



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**SAMUEL ARAÚJO TEIXEIRA**

**A NATUREZA BIOJURÍDICA DO NASCITURO: UM ÓBICE AO ABORTO ARBITRÁRIO**

**FORTALEZA**  
**2017**

SAMUEL ARAÚJO TEIXEIRA

A NATUREZA BIOJURÍDICA DO NASCITURO: UM ÓBICE AO ABORTO ARBITRÁRIO

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

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho

FORTALEZA  
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

---

T269n Teixeira, Samuel Araújo.  
A natureza biojurídica do nascituro: um óbice ao aborto arbitrário / Samuel Araújo Teixeira. –  
2017. 133 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de  
Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

1. Nascituro. 2. Aborto. 3. Direito à vida. 4. Direito da personalidade. 5. Direito reprodutivo da  
mulher.

I. Título.

CDD 340

---

SAMUEL ARAÚJO TEIXEIRA

A NATUREZA BIOJURÍDICA DO NASCITURO: UM ÓBICE AO ABORTO ARBITRÁRIO

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

Área de concentração: Direito Civil

Aprovado em \_\_/\_\_/\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

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

---

Professor Doutor Regnoberto Marques de Melo Júnior  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Doutor Francisco Regis Frota Araújo  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## DEDICATÓRIA

Aos nascituros.

Pois de pouco vale conhecer o direito se as pessoas, por  
cuja causa foi constituído, são ignoradas.

*Nam parum est jus nosse, si personae quarum causa  
statutum est, ignorentur (Inst. 1.2.12)*

## AGRADECIMENTO

Ao Pai Celestial, que em sua infinita bondade, nos permitiu e confiou a realização deste trabalho: gratidão pela energia da vida.

Aos meus amados pais, de quem um dia fui nascituro: gratidão pela solidez moral com a qual nos ensinou o caminho do bem. Que a morada do Pai abrigue seus espíritos.

À minha família, pela qual dedico meus dias, sonhos e felicidade: gratidão pela companhia na caminhada da vida... André, Andrea, Larissa, Ana Cláudia, Ertha, Isadora, Stephanie e Alice, minhas alegrias diárias

Aos amigos queridos: gratidão por serem a força e o amparo nos momentos certos, em especial a Ana Paula Carvalho e Raphael Marinho.

Aos magistrados e colegas servidores da Justiça Militar da União: gratidão pelo apoio nessa caminhada.

Aos amigos e colegas da Faculdade de Direito: gratidão pelo auxílio sempre certo, em especial a Paula Silveira, Stephane Lima e Daniel Lourenço.

Ao Prof. Glauco Magalhães, meu orientador. Um grande mestre, cuja competência, nobreza e seriedade são exemplos para alunos e professores. Gratidão por aceitar tão gentil e prontamente a orientação do presente trabalho.

Aos grandes professores Regnoberto Marques de Melo Júnior e Francisco Regis Frota Araújo: gratidão pelo acolhimento espontâneo quanto ao convite para participação da banca de avaliação do trabalho monográfico.

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho: gratidão.

## RESUMO

O debate em torno da prática do aborto – sua permissão ou proibição absolutas – movimentou o cenário acadêmico em diversos ramos do saber humano, ocupa a cena política no parlamento brasileiro, adentra nos tribunais pátrios reclamando solução, desperta paixões dos mais variados setores da sociedade. Não há perspectiva para mínimo consenso em um futuro próximo. O pleito pela descriminalização do aborto, frequentemente, limita-se a tocar nos direitos sexuais, reprodutivos e de disposição do corpo da mulher, como garantidores do abortamento irrestrito, negligenciando-se, com isso, a pessoa humana a ser atingida com tal liberação, o nascituro. Não apenas deve ser considerado, como a discussão sobre a liberação irrestrita ao aborto deve, invariavelmente, passar pelo estudo sobre a natureza biológica e jurídica do nascituro, uma vez que é a sua essência biojurídica o ponto de partida (e o ponto final) para definirmos as possibilidades e os limites da prática do aborto. Nesse passo, de início, analisamos o nascituro sob a ótica jurídica, desde o direito romano até o tratamento jurídico conferido na contemporaneidade, de modo a observar os direitos da pessoa humana que titulariza e o personalizam. Em seguida, estudamos o nascituro sob a perspectiva da ciência médica, a fim de constatar a sua essência biológica, nos apoiando nas lições da embriologia e da genética. Após, avaliamos a convergência entre as perspectivas jurídica e biológica, a fim de descobrir a natureza biojurídica do nascituro. Por fim, analisamos as consequências jurídicas decorrentes da essência do *conceptus*, com relação às possibilidades da prática do aborto, bem como quanto aos limites da atuação legiferante que toca ao tema, tanto no âmbito ordinário quanto na seara constitucional.

**Palavras chaves:** Nascituro. Aborto. Direitos sexuais e reprodutivos. Direitos do nascituro. Natureza jurídica do nascituro.

## ABSTRACT

The discussion about the practice of abortion – its absolute permission or prohibition – it moves the academic scene in various branches of human knowledge, it occupies the political scene in the Brazilian parliament, it enters the courts of the country demanding a solution, it arouses passions of the most varied sectors of society. There is no prospect for a minimum agreement in the near future. The vote for decriminalization of abortion is often limited to touch the sexual rights, reproductive and disposal rights of the body of the woman, as guarantors of unrestricted abortion, neglecting, thereby, the human person to be achieved with such a release, the unborn child. The discussion on the uninterrupted release of abortion should not only be considered, but should invariably go through the study of the biological and legal nature of the unborn child, since its biojuridic essence is the starting point (and the final point) for that we define the possibilities and limits of abortion practice. In this step, from the outset, we analyze the unborn child from the legal point of view, from Roman law to the juridical treatment conferred in contemporaneity, in order to observe the rights of the human person who secures and personalizes it. Then, we studied the unborn child from the perspective of medical science, in order to determine its biological essence, supporting in the lessons of embryology and genetics. Afterwards, we evaluate the convergence between the legal and biological perspectives, in order to discover the biojuridic nature of the unborn child. Finally, we analyze the legal consequences deriving from the essence of the conceptus, regarding the possibilities of abortion practice, as well as the limits of the legislative action on the subject, as in the ordinary scope as in the constitutional field.

**Keywords:** Unborn child. Abortion. Sexual and reproductive rights. Rights of the unborn child. Legal nature of the unborn child.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2</b>	<b>O NASCITURO: PERSPECTIVA JURÍDICA</b>	10
2.1	Conceito de nascituro	10
2.2	Conceito de concepção	13
2.3	O Direito Brasileiro: breves notas de sua construção histórica	15
2.3.1	Nascituro: histórico no direito romano	16
2.3.2	Nascituro: histórico no direito brasileiro	27
2.3.2.1	Ordenações Filipinas	27
2.3.2.2	Consolidação das Leis Civis – Augusto Teixeira de Freitas	28
2.3.2.3	Esboço do Código Civil – Augusto Teixeira de Freitas	28
2.3.2.4	Projeto de Nabuco de Araujo	31
2.3.2.5	Projeto de Felício dos Santos	32
2.3.2.6	Projeto de Coelho Rodrigues	32
2.3.2.7	Projeto de Clovis Bevilacqua: o Código Civil de 1916	33
2.3.2.8	A “alteração” na disciplina do nascituro no Código Civil de 2002	35
2.4	Personalidade Jurídica	36
2.5	Aquisição da Personalidade Jurídica	39
2.5.1	Teoria Natalista	39
2.5.2	Teoria da Personalidade Condicional	42
2.5.3	Teoria Concepcionista	44
2.6	Direitos da Personalidade	49
2.6.1	Espécies de direitos da personalidade titularizados pelo nascituro	51
2.6.1.1	Direito à vida	51
2.6.1.2	Direito à integridade física	54
2.6.1.3	Direito ao corpo	56
2.6.1.4	Direito à imagem	57
2.6.1.5	Direito à identidade: nome	59
2.6.1.6	Direito à honra	60
2.7	(Outros) Direitos do nascituro no ordenamento jurídico	64
2.7.1	(Outros) Direitos positivados no Código Civil	64
2.7.1.1	Alimentos	65

2.7.1.2 Reconhecimento de filiação .....	67
2.7.1.3 Representação e Curatela .....	67
2.7.1.4 Direitos patrimoniais: doação e herança .....	69
2.7.1.4.1 Doação .....	69
2.7.1.4.2 Herança .....	73
2.8 O nascituro em outros ramos do direito .....	77
2.8.1 Direito Constitucional .....	77
2.8.2 Direito Penal .....	79
2.8.3 Direito do Trabalho .....	80
2.8.4 Outros direitos .....	83
<b>3 O NASCITURO: PERSPECTICA DA CIÊNCIA MÉDICA .....</b>	<b>85</b>
3.1 Desenvolvimento Embrionário .....	87
3.1.1 Oocitação .....	87
3.1.2 Fecundação .....	89
3.1.3 Implantação (nidação) .....	91
3.1.4 Formação do Sistema Nervoso .....	92
<b>4 A NATUREZA BIOJURÍDICA DO NASCITURO COMO ÓBICE AO ABORTO .....</b>	<b>101</b>
4.1 O Estado na defesa da vida do nascituro: dever de respeito, proteção e promoção ....	102
4.1.1 Descriminalização do aborto: proibição de proteção insuficiente .....	103
4.2 Os particulares na defesa da vida do nascituro .....	106
4.3 A harmonia entre o direito à vida do nascituro e o direito reprodutivo da Mulher .....	107
<b>5 DIREITO CONSTITUENDO: PEC 181/2015 .....</b>	<b>116</b>
<b>6 CONCLUSÕES .....</b>	<b>120</b>
<b>7 REFERÊNCIA .....</b>	<b>124</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A natureza jurídica do nascituro – a questão de possuir ou não personalidade jurídica, o fato de ser ou não pessoa – é tema controvertido no direito brasileiro, em suas várias fontes de conhecimento, seja na doutrina jurídica, na diversidade das decisões judiciais exaradas pelo Estado-Juiz ou, ainda, nas matrizes legais e constitucional do ordenamento pátrio.

A compreensão sobre a natureza biológica do nascituro ganhou novos contornos com o desenvolvimento da ciência médica, notadamente nos campos da embriologia e da genética, cujos avanços tecnológicos propiciam subsídios cientificamente seguros para definir o início da vida.

A seara jurídica, por sua vez, não há de ignorar a perspectiva médica sobre o nascituro, sobretudo porque a realidade material/natural (o ser) a antecede, servindo-lhe de fundamento. Nesse sentido, *naturalia iura civilis ratio perimere non potest* (Institutas de Justiniano, III, 1, §11) – a razão civil não pode abolir os direitos naturais<sup>1</sup>.

Considerando a complementaridade e a interdisciplinaridade do tema, mais adequado falar-se, portanto, em natureza biojurídica do nascituro, tendo em vista a indissociável conexão entre o início da vida e a personalização do ser humano. A compreensão do tema adquire elevada importância no hodierno cenário social, tendo em vista que a prática do aborto, mais do que nunca, tem sido pleiteada como direito reprodutivo da mulher.

Discutir a expansão do abortamento para além dos casos já previstos no ordenamento jurídico brasileiro, passa, necessariamente e antes de tudo, pela compreensão da essência jurídica e biológica do ser concebido em desenvolvimento uterino, porquanto impensável desconsiderar sua existência e seus direitos em um contexto no qual a defesa do direito reprodutivo da mulher visa ao esvaziamento do seu direito à vida.

Nesse contexto, discute-se se o atual arcabouço normativo voltado à vedação e à punição do aborto violaria a liberdade reprodutiva da mulher.

A solução a essa suposta colisão de direitos passa, necessariamente, pela compreensão da natureza biojurídica do nascituro e, ainda, pelo atento estudo dos deveres inerentes à reprodução humana.

---

<sup>1</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

## 2 O NASCITURO: PERSPECTIVA JURÍDICA

### 2.1 Conceito de Nascituro

A natureza jurídica do nascituro é o eixo ao redor do qual orbitam os temas a ele relacionados e, ainda, o ponto a partir do qual se originam o posicionamento ideológico, as políticas públicas e as construções jurídicas a ele pertinentes.

Assim, questões como a titularidade dos direitos fundamentais, a fertilização *in vitro*, a adoção de embriões crioconservados, as permissões e vedações ao abortamento, o direito alimentar, a eficácia dos direitos patrimoniais, a questão sucessória, dentre outras matérias jurídicas, devem partir da mais acurada compreensão de quem seja o nascituro.

Para tanto, iniciamos o estudo pela análise do seu conceito. Quem é o nascituro?

Paulo Dourado de Gusmão define como o “concebido com vida intrauterina”.<sup>1</sup>

Oscar Joseph de Plácido e Silva<sup>2</sup>, invocando a origem do vocábulo, ensina que ele deriva do latim “*nasciturus*”, indicando o ser gerado, concebido, que há de nascer, com existência no ventre materno, em vida intrauterina.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, “é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido”.<sup>3</sup>

Na superfície do tema, o conceito apresenta uma boa proporção de consensos na doutrina brasileira, desta ou de outras épocas, limitando-se, basicamente, a duas notas informativas: a) ser concebido b) com vida no ventre materno.

As divergências são observadas à medida em que se aprofundam as análises sobre a substância, a essência, a natureza, enfim, do nascituro.

Para Pontes de Miranda<sup>4</sup>, nascituro “é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”.

O uso do vocábulo *alguém* por Pontes de Miranda, referindo-se ao titular dos direitos constituídos por ocasião da concepção, demonstra a filiação do jurista à teoria da indeterminação do sujeito no contexto em que se insere o nascituro. Oportunamente, a ideia de Miranda será abordada com maior detalhamento.

<sup>1</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Dicionário de direito família**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 751.

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 228.

<sup>3</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v.1. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 137

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. V.1. Rio de Janeiro. Borsoi, 1954, p. 166.

Rubens Limongi França<sup>5</sup>, inicialmente, recorre à etimologia da palavra para distinguir nascituro – “aquele que há de ou deve nascer” – de prole eventual, fazendo referência ao artigo 1.718, do Código Civil de 1916, cujo teor corresponde ao do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil de 2002, segundo o qual os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, se vivas ao tempo da abertura da sucessão testamentária, podem ser chamados a suceder.

Trata-se, segundo Pontes de Miranda<sup>6</sup>, da prole eventual, do *nondum conceptus*, definindo-a como o ente humano futuro, aquele que pode vir a ser concebido.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal diferenciam os entes nos seguintes termos: “enquanto o nascituro é o filho que alguém já concebeu, mas ainda não nasceu, o concepturo é o filho que alguém ainda vai conceber”.<sup>7</sup>

Assim, a diferença reside no fato de que o nascituro é ser concebido, enquanto a prole eventual (concepturo) significa projeto/possibilidade de concepção, sem qualquer existência biológica hodierna.

Indo além da definição vocabular, Limongi França informa seu conceito de modo a demarcar o seu posicionamento teórico sobre o tema, sentenciando que “nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.<sup>8</sup>

A utilização do vocábulo “pessoa” demonstra com clareza a filiação do jurista ao entendimento de que, ao nascituro, é reconhecida a personalidade jurídica.

Além desses, destacamos os conceitos de Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Humberto João Carneiro Filho e Giselda Maria Novaes Hironaka.

Silmara Chinelato<sup>9</sup> acompanha o conceito de Limongi França – pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno, tendo revisto<sup>10</sup> seu entendimento, segundo o qual a personalidade do nascituro surgiria com a ligação do ovo à parede intrauterina, por ocasião do processo de nidação, no qual o nascituro liga-se à ventre materno através do tecido endometrial.

<sup>5</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 142.

<sup>6</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. V.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm: 2012, p. 301

<sup>8</sup> FRANCA, R. Limongi. *Opus Citatum*, p. 142.

<sup>9</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Bioética e Direitos da Personalidade do Nascituro**. Revista Scientia Iuris. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>>. Acesso em 30/09/2017.

<sup>10</sup> Inicialmente, Chinelato elaborou construção teórica a fim de promover reparo no conceito de Limongi França, de modo que a expressão “já concebida no ventre materno” subtendesse o estado gravídico da mulher, sem o qual não surgiria a personalidade jurídica do nascituro. Assim, seria a ligação do ovo ao tecido endometrial uterino o momento a partir do qual o nascituro seria pessoa, rechaçando a personalização do ente a partir da concepção propriamente dita. Com os avanços tecnológicos, especialmente no campo da reprodução assistida, a jurista alterou seu entendimento, concluindo não ser a melhor tese a que faz coincidir a personalidade com a nidação, passando, portanto, a considerar o início da personalidade a partir da concepção no ventre materno. CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12-13.

De suas reflexões, sobretudo em razão do avanço das novas técnicas de reprodução humana assistida, a doutrinadora concluiu que a personalidade do nascituro surge efetivamente com a concepção, não somente após a nidação.

Para Humberto João Carneiro Filho, o conceito de nascituro vai além, albergando “todas as realidades humanas existentes desde a fecundação do óvulo (momento mais remoto dentre as muitas opções apresentadas), evitando trazer para o direito problemáticas metajurídicas ainda insolvidas: *in dubio, nasciturus est*”.<sup>11</sup>

Desse modo, por “todas as realidades humanas existentes desde a fecundação”, Carneiro filho inclui o nascituro na categoria de embrião pré-implantatário.

No mesmo sentido, é a conclusão de Giselda Maria Novaes Hironaka, segundo a qual:

o conceito tradicional de *nascituro* – ser concebido e ainda não nascido – ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação).<sup>12</sup>

Os conceitos de nascituro alteraram-se sobremaneira ao longo dos tempos, especialmente, em razão do desenvolvimento científico experimentado nos últimos anos, especialmente, no campo da genética, embriologia e reprodução humana assistida.

É lícito indagar, ainda que por conjecturas, se os juristas de outros tempos, aqueles declaradamente negacionistas quanto à personalidade do nascituro, manteriam-se como tais, diante das inovações biotecnológicas conhecidas na atualidade.

Impossível inferir. Porém, em que pese haja divergências doutrinárias acerca do nascituro ser ou não pessoa, sobre ser dotado ou não de personalidade, o fenômeno da concepção desponta como um importante elemento conceitual para definição do preciso momento em que o nascituro surge no universo jurídico.

Hironaka, por exemplo, expressa uma alteração ampliativa do conceito, pois o nascituro assumiria essa condição independente do local em que se efetive a concepção, sendo indiferente, para a autora, a fecundação ocorrer *in vivo* ou *in vitro*.

Diante disso – e sobretudo porque é a partir da concepção que o nascituro tem resguardados os seus direitos – é de fundamental relevância bem compreender e conceituar esse fenômeno.

---

<sup>11</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: < <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

<sup>12</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 318.

## 2.2 Conceito de concepção

Determina o Código Civil de 2002, na segunda parte do artigo 2º, que a lei resguarde, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O artigo 2º da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008), de igual modo, estabelece o direito a alimentos a partir da concepção.

O parágrafo 1º do artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica – determinada, por seu turno, o direito e o respeito à vida humana desde a concepção.

A concepção humana, como se vê, é o momento referenciado em lei, a partir do qual se irradiam direitos, garantias e proteções destinados ao nascituro, evidenciando-se, desse modo, a relevância inescapável de bem compreender a sua natureza.

Saliente-se, de início, que não apenas a lei, mas toda expressão jurídica existente – o Direito, enfim – é ativado a partir da concepção para proteger os direitos do ser humano.

Então, que é concepção?

Concepção é o fato biojurídico pelo qual o ser humano surge na existência material do mundo visível e, como consequência, no universo jurídico.

O termo biojurídico é aqui utilizado para designar que o fato é natural (biológico) e jurídico, porque dele surge a pessoa humana, ente personalizado.

Nesse quadro, torna-se imperativo que a concepção, em perspectiva jurídica, seja consonante com a sua realidade biológica, de modo a conferir maior precisão e segurança jurídica ao conceito.

Para Caetano Lagrasta e Jose Simão, a concepção “dá-se no momento da fecundação, seguindo-se, após a gestação e o nascimento”.<sup>12</sup>

Carneiro Filho<sup>13</sup>, invocando a origem latina do vocábulo, ensina que provém de *conceptio*, *conceptionem*, designando “na maioria de suas acepções, de uma ação de efeito inovador, seja ela *ad intra* (concepção intelectual, novo engenho do espírito), seja *ad extra* (concepção geracional, novo ser). Assim sendo, conceber é agir com novidade”.

<sup>12</sup> LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando. **Dicionário de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 733

<sup>13</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

De Plácido e Silva<sup>14</sup>, informa que concepção, “derivado do latim *conceptio*, de *concupere*, indica o momento em que se assinala a geração dos seres”.

No que tange à perspectiva biológica da concepção humana, o assunto será tratado com o necessário detalhamento em tópico adequadamente destinado a esse fim.

Porém, diante da indissolubilidade existente entre o ente jurídico e o ser material, estabeleçamos, para os fins conceituais, as linhas gerais sobre a concepção humana pelo prisma biológico.

Não obstante os entendimentos em contrário, é forçoso convir que a geração biológica do ser humano é caracterizada pela sua individualização no mundo físico.

A manifestação primeira dessa individualização, com fundamento nos estudos sobre a genética, ocorre, a rigor, na inovação do código genômico ocorrida com a união entre o componente genético feminino, contido no oócito (ovócito), e o componente genético masculino, contido no espermatozoide.

A ligação entre esses elementos cromossômicos opera uma combinação genética única, diversa dos genitores e de qualquer outro ser humano, marcando a origem e a individualidade do ser concebido.

Nas palavras de Moore, Persaud e Torchia:

“O zigoto é geneticamente único porque metade de seus cromossomos vem da mãe e a outra metade é proveniente do pai. Este mecanismo é a base para a herança biparental e variação da espécie humana. [...] O cruzamento de cromossomos, realocando os segmentos dos cromossomos paternos e maternos, ‘embaralha’ os genes, produzindo assim uma recombinação de material genético”.<sup>15</sup>

A concepção humana é, pois, a fusão dos elementos cromossômicos contidos nos gametas masculino e feminino, resultando na formação de um novo ser, dotado de código genético humano próprio e único. Assim, concepção não se confunde com fecundação.

A rigor, a fecundação é processo que se divide em fases, em uma das quais (na última) ocorre a concepção, ou seja, a combinação de 23 cromossomos contidos em cada pronúcleo (23 do espermatozoide e 23 do óvulo), tendo como resultado a origem de um novo e único ser (zigoto) com 46 cromossomos<sup>16</sup>.

No entanto, diante da impossibilidade de se aferir tamanha precisão quanto ao momento de fusão cromossômica e, ao mesmo tempo, reconhecendo a irrelevância prática dessa distinção, reputa-se razoável entender fecundação e concepção como fenômenos sinônimos, a fim de determinar o início da personalidade jurídica do ser humano.

<sup>14</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 228

<sup>15</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 24

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 23

### 2.3 O Direito Brasileiro: breves notas de sua construção histórica

Nas palavras de Moreira Alves, “o direito civil brasileiro deita suas raízes no antigo direito civil português, ligando-se a este mais estreitamente do que o próprio direito civil lusitano dos tempos modernos. Daí sua formação profundamente romanística”.<sup>17</sup>

À época da Proclamação da Independência, em 1822, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas e assim se mantiveram por mais de três séculos, passando desse sistema jurídico diretamente para o Código Civil de 1916<sup>18</sup>.

De fato, D. Pedro I, mandou “*vigorar no império as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos Reys de Portugal até 25 de abril de 1821; e depois dessa ephoca, as do Regente D. Pedro e as das Côrtes Portuguezas, enumeradas em huma tabella*”<sup>19</sup>.

Evidenciando a feição romanista das Ordenações, Cândido Mendes de Almeida assevera que o direito português ali estabelecido, além da legislação nacional, é composto, ainda, de legislação romana, “considerada Direito Commum, tanto a que foi incorporada, como a que o Legislador considerou subsidiaria”<sup>20</sup>.

Quanto à forma e conteúdo, não foram poupadas críticas às Ordenações, reputadas como “pobríssimas”<sup>21</sup> por Teixeira de Freitas, segundo o qual os “collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados, ou por fugirem á maior trabalho, reportarão-se muitas vezes ao Direito Romano”<sup>22</sup>.

Some-se a isso, a intensa lacunosidade das Ordenações e o volumoso número de legislações extravagantes.

Orlando Gomes informa que o panorama da legislação encontrava-se caótico, razão pela qual o Império incumbiu a Teixeira de Freitas Consolidação das Leis Civis, “com a obrigação de coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Brasil”<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> ALVES, J. C. Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 88 (1993). p 186. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

<sup>19</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Primeiro Livro. p. VII. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. LXXVI.

<sup>21</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis. História do Direito Brasileiro**. Vol I, 2003. p. XXXII. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

Gomes salienta que, não fosse a primorosa Consolidação das Leis Civis, condensada e sistematizada por Teixeira de Freitas, “as Ordenações não teriam vivido até 1917”<sup>24</sup>, ano em que foram substituídas pelo Código de 1916.

Clóvis Beviláqua<sup>25</sup>, invocando uma retrospectiva histórica, discorre sobre o que denominou de “materiais valorosos”, referindo-se ao:

- I. Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas;
- II. Projeto de Nabuco de Araújo;
- III. Projeto de Felício dos Santos;
- IV. Projeto de Antônio Coelho Rodrigues;

Beviláqua reconheceu a relevante influência dos referidos trabalhos na elaboração do seu Projeto, que, após intensas discussões, tornou-se o primeiro Código Civil brasileiro, cuja vigência estendeu-se até a instituição do atual Código Civil de 2002.

A partir dessas notas histórico-jurídicas, investiguemos condição do nascituro e o tratamento a ele conferido no bojo das referidas produções jurídicas, desde o Direito Romano, fonte inspiradora do direito pátrio e de aplicação subsidiária no país por determinação das Ordenações Filipinas, até o Projeto do Código de 1916, de Clóvis Beviláqua, na sua versão revisada.

### 2.3.1 Nascituro: histórico no Direito Romano

Inicialmente, cumpre salientar que, no Direito Romano, o nascituro é referido sob diversas nomenclaturas.

O que definimos, atualmente, como ser humano concebido, os romanos definiam com expressões que remetiam à fisiologia feminina, tais como *venter* e *uterus*, bem assim, referindo a vocábulos como *partus*, *filius*, *postumus*, *animans*, *conceptos*, ou, ainda, utilizando expressões como *qui est in venter* e *qui est in utero* e outras fórmulas designativas, evidenciando que o nascituro ostenta condição jurídica de ser humano<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>25</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. Vol. I. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14356>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>26</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

Ao longo do *Corpus Iuris Civilis*, especialmente no Digesto, o *nasciturus* recebe tratamentos jurídicos aparentemente distintos e conflitantes, suscitando interpretações divergentes entre civilistas e romanistas acerca de sua natureza, uns vislumbrando razões para negar, outros, em sentido oposto, reconhecendo no direito justinianeu motivos para atribuir-lhe personalidade.

Mario Curtis Giordani<sup>27</sup>, ao analisar o artigo 4º do Código Civil de 1916<sup>28</sup> (correspondente ao artigo 2º da Lei Civil de 2002<sup>29</sup>), à luz do Direito Romano, elenca os seguintes trechos do *Corpus Iuris Civilis*, com a tradução correspondente, que se relacionam direta ou indiretamente com o nascituro:

**D. 35.2.9.1:** *... partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

O filho ainda não nascido não se diz ser homem.

**D. 25.4.1.1:** *... partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*

O filho, antes do parto, é uma porção da mulher ou de suas vísceras.

**D. 1.5.7:** *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.*

Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos (como se já se encontrasse nas coisas humanas) sempre que se trate de seus interesses.

[...]

**Gaio 1.90:** *Itaque se cui mulieri civi Romanae praegnanti, aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina facta tunc parriat, complures distinguunt et putant, si quidem ex justis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci.*

Se, portanto, a alguma mulher cidadã romana, grávida, for imposta a interdição da água e do fogo (= pena de exílio) e deste modo se tornar peregrina, se vier a dar à luz nessas condições, muitos distinguem e pensam que se concebeu em justas núpcias, dela nascerá um cidadão romano.

**D. 1.5.26:** *Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse.*

Os que se encontram no útero são considerados em quase todo direito civil como nascidos.

**D. 50.16.231:** *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro supérstite, esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur; aliis autem non prodest nisi natus.*

Aquilo que dizemos, que se tem por nascido o que se espera que nasça, é sempre certo quando se tratar de seu direito, para outros só pode ser útil após o nascimento.

**D. 37.9.1.15:** *Et generaliter ex quibus causis Carbonianam honorum possessionem puero praeter dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque suvenir praetorem deberem non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: portui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti cujus esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

E de modo geral naqueles casos em que o pretor costuma dar a um menino a posse dos bens (em virtude do edito) Carboniano, não duvidamos que nesses mesmos casos o pretor deva socorrer também o nascituro, tanto mais que se deve favorecer mais o não nascido que o já nascido; com efeito favorece-se ao nascituro para que venha a nascer, e o já nascido para que seja introduzido na família; com efeito, o nascituro deve ser alimentado porque nascerá não somente para o pai (cuja paternidade se alega) mas também para a república.

<sup>27</sup> GIORDANI, Mário Curtis. **O Código Civil à luz do Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ. Forense: 1992. p. 8-13

<sup>28</sup> Art. 4º, CC16: a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

<sup>29</sup> Art. 2º, CC02: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

**D.37.9.1 pr:** *Sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi, non neglexit...*

Do mesmo modo como o pretor cuidou dos descendentes que já existem, assim também não descuidou daqueles que ainda não nasceram, por causa da expectativa de nascer...

**C. 7.4.14:** *Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur, et homo fieri speratur: nos vetus iurgium decidentes, libertatis favore censemus, et fideicommissariam necnon directam libertatem suam firmitatem habere, sive in masculino, sive in foemina, qui quaeve adhuc in ventre vehitur: ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constants eum vel eam ediderit. Sin autem plures creati vel creatae sint: sive uniuns fecit mentionem, sive pluraliter nuncupavit: nihilominus omnes ad libertatem a primis veniant cunabulis: cum in ambiguis sensibus melius sit (et maxime in libertate favore ejus) humaniorem amplecti sententiam.*

Duvidava-se entre os antigos se fosse possível conceder uma liberdade fideicomissária a um escravo que ainda se encontrasse no ventre materno, e na expectativa de tornar-se homem. Decidindo essa antiga disputa, ordenamos, em favor da liberdade, que não somente uma liberdade fideicomissária concedida nessa situação seja válida mas também uma liberdade direta qualquer que seja o sexo do nascituro, de tal maneira que seja livre tão logo nasça, ainda que sua mãe conserve a condição de escrava no momento em que der à luz a criança. Se do mesmo parto nascerem várias crianças que todas sejam imediatamente consideradas livres, quer o testador tenha feito menção a uma só ou a várias pois na dúvida deve-se acolher uma decisão mais humana, principalmente quando se trata da liberdade.

**D. 48.19.3:** *Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est. (Ulpianus ad Sabinum).*

A pena de morte da mulher grávida é adiada até o parto e eu sei, além disso, que nem sequer é submetida à tortura enquanto durar a gravidez.

**D. 1.5.5.2:** *... quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est. ... porque a desgraça da mãe não deve prejudicar aquele que está no ventre.*

**D. 11.8.2:** *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

Uma lei régia proíbe que a mulher, que tiver morrido grávida, seja enterrada antes que seja extraído o feto; quem fizer o contrário se considera como tendo destruído uma esperança de vida juntamente com a mulher grávida. (grifos nossos)

Clovis Bevilaqua<sup>30</sup> ventilou que o Direito Romano apresentaria textos contraditórios sobre a condição jurídica do nascituro, evocando, para tanto, o confronto dos dispositivos D. 25.4.1.1 e D. 35.2.9.1 com os fragmentos D. 1.5.26 e D. 1.5.7.

As fórmulas contidas em D. 35.2.9.1 (*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*) e D. 25.4.1.1 (... *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*) tem instrumentalizado a defesa à tese de que o nascituro não ostenta personalidade jurídica.

Segundo Caio Mário, não seria dado ao feto direitos porque seria “uma parte da mãe, ‘*portio mulieris vel viscerum*’, e não uma pessoa, um ente ou um corpo”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. Vol. I. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14356>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>31</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 144.

Para Moreira Alves<sup>32</sup>, os juristas romanos não consideravam o nascituro como pessoa, fundamentando esse entendimento nas referidas letras do Digesto (D. 35.2.9.1 e D. 25.4.1.1).

De igual modo, Reinaldo Porchat, sustentando-se nos mesmos fragmentos do Digesto, sentencia que, no Direito Romano, a separação completa entre feto e genitora reflete uma das condições jurídicas para caracterização do nascimento perfeito, após o qual surgiria a personalidade do ser humano, uma vez que:

antes de verificar-se essa separação, não é possível dizer-se que haja um ser diferente daquele em cujo ventre foi gerado: vivendo da própria vida materna pela propulsão da mesma circulação sanguínea, o feto, antes de inteiramente destacado, considera-se como uma parte das vísceras maternas, e não pôde, por consequência, ter capacidade jurídica. O direito romano assim o reconheceu de modo expresso, determinando Ulpiano, no fr. 1 § 1º - *de insp. vent.* (25.4), que o parto, antes de dado á luz, é uma parte da mulher ou de suas vísceras - *partus enim antequam edatur, mulieris por tio est, vel viscerum*, no que está de acordo com Papiniano, no fr. 9 § 1 *ad leg. fale.* (35-2), quando declara que não se pôde correctamente chamar homem ao parto antes de dado á luz—*partus nondum editus, homo nom recte fuisse dicitur*.<sup>33</sup>

Assim, valendo-se desses dispositivos (D. 35.2.9.1 e D. 25.4.1.1), os negacionistas concluem pela inexistência da personalidade jurídica do nascituro, porquanto não haveria falar em pessoa antes do nascimento, sendo considerado, durante o período uterino, tão somente uma porção das vísceras da gestante.

É relevante, no entanto, o quadro de romanistas e civilistas que divergem da interpretação de que os referidos dispositivos demonstrariam a ausência de personalidade do nascituro. Destacam-se Humberto João Carneiro Filho, Hécio França Madeira, Helmut Steinwascher Neto, Mario C. Russomanno, Silmara Chinelato, Teixeira de Freitas, R. Limongi França, Pierangelo Catalano, dentre outros juristas.

Carneiro Filho<sup>34</sup>, referindo-se ao trecho “*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*” – (D. 25.4.1.1) – sugere que a conclusão negacionista da personalidade do nascituro deve-se à interpretação isolada dessa passagem do Digesto, sendo necessária a análise do dispositivo em sua inteireza, bem como do contexto em que está inserido, a fim de conferir-lhe uma melhor compreensão.

Para tanto, cumpre referir os princípios gerais do *Ius Romanum* reservados ao nascituro, segundo a lição de Pierangelo Catalano, estabelecidos no D. 1.5.26 (*Qui in útero*

<sup>32</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 98.

<sup>33</sup> PORCHAT, Reinaldo. **Direito Romano**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. v. 19. 1911. p. 13. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/65114>>. Acesso em 07/10/2017

<sup>34</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: < <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

*sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*) e no D. 1.5.7 (*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset*).<sup>35</sup>

O primeiro princípio – D. 1.5.26 – *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse* (os que se encontram no útero são considerados em quase todo direito civil como nascidos), reflete a informação de que o nascituro existe<sup>36</sup>, equiparado ao ser humano nascido, não sendo mera parte (vísceras) da gestante.

O segundo princípio – D. 1.5.7 – *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* (protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos sempre que se trate de seus interesses), estabelece o critério para solução de antinomia, devendo ser eleita a norma mais benéfica aos interesses do nascituro<sup>37</sup>.

Assim, com fundamento nos referidos princípios, Catalano conclui que “o nascituro é, evidentemente, um indivíduo distinto de sua mãe, e suas desventuras não devem prejudicá-lo”<sup>38</sup>.

O parágrafo D. 25.4.1.1 – pelo qual o nascituro *mulieris portio est, vel viscerum* – em verdade, referia-se à específica hipótese na qual uma mulher divorciada dissimulasse estar grávida (ou não estar grávida). Nesse caso, o fragmento atuaria tão somente como uma exceção<sup>39</sup> ao princípio geral de que o concebido existe e equiparado ao nascido, em “quase todo o direito civil” (D. 1.5.26), descabendo extrair do excerto uma negação à existência do ente concebido.

Para contextualizar, tomemos o fragmento D. 25.4.1.1 em sua integridade:

*Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.*

Hélcio Madeira o traduz para a seguinte fórmula:

Por este rescrito torna-se evidentiíssimo que não há lugar para os senatusconsultos relativos ao reconhecimento dos filhos, se a mulher dissimular estar (ou também não estar) grávida; e não sem razão, pois o parto antes de ser separado é uma porção da mulher ou de vísceras. Depois de o parto ter completamente vindo a lume da mulher, pode o marido, por meio de um interdito, por seu direito, postular que o filho lhe seja

<sup>35</sup> CATALANO, Pierangelo. **Il concetto “soggetto di diritto secondo il sistema giuridico romano**, p. 4. Disponível em: <<http://www.testimonianzecristiane.it/teologia/aborto/battaglie/referendum/catalano.pdf>>. Acesso em: 08/10/2017

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> *Idem.*

exibido, ou que lhe seja permitido conduzi-lo. O príncipe, pois, vem ‘extra ordinem’, auxiliá-lo na causa necessária.<sup>40</sup>

O fragmento expressa a impossibilidade de reconhecimento de filhos, durante a gestação, na hipótese de haver dúvidas sobre a existência da gravidez da mulher divorciada.

Sobre a ficção de o nascituro ser vísceras da mulher, o excerto “intenciona mais servir, na prática, como um instrumento de defesa dos interesses da mulher e do filho nascituro frente ao marido, do que se constituir em mera norma excludente de direitos”.<sup>41</sup>

Ronaldo Polleti interpreta o fragmento do Digesto no mesmo sentido, pois tratar-se-ia de uma proteção dirigida à mulher divorciada, diante da possibilidade de o ex-marido pretender “colocá-la sob sua guarda, tendo em vista estar grávida do filho dele”.<sup>42</sup>

Segundo Mario C. Russomanno<sup>43</sup> o juriconsulto alude, em D. 25.4.1pr<sup>44</sup>, à situação na qual o marido afirmasse, em um divórcio, que a mulher estaria grávida. Caso a mulher negasse a gravidez, um rescrito autorizava a sua custódia, bem como a realização de exame por obstetras para atestar a legitimidade do filho por nascer.

O juriconsulto, em seguida (D. 25.4.1.1), referiu-se à situação posterior ao divórcio em que o marido suscitasse a gravidez, pretendendo reconhecer ou negar a paternidade do nascituro.

Diante dessa hipótese, ensina Russomanno que:

<sup>40</sup> MADEIRA, Hélcio Maciel França. **O nascituro no Direito Romano: conceito, terminologia, princípios**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005. p. 20

<sup>41</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

<sup>42</sup> POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 76

<sup>43</sup> RUSSOMANO, Mário César. **El Nasciturus en el derecho romano y el critério de Freitas**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 10. 1991. p. 87. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20(18).pdf)>. Acesso em 10/10/2017.

<sup>44</sup> [D. 25.4.1pr]: *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti valerio prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: "novam rem desiderare rutilius severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset:[...]"*. (“Na época dos ‘divi fratres’, havendo sucedido que um marido sustentasse que a esposa estivesse grávida, enquanto a esposa negava, o pretor urbano Valerio Prisciano foi consultado com estas palavras: "Resulta que Rutilio Severo propõe uma nova hipótese, pedindo para nomear um guardião para a esposa, que havia se divorciado dele e declara não estar grávida e, portanto, ninguém se surpreenderá se também sugerirmos um novo critério e um novo remédio. Portanto, se insiste nesta petição, é muito oportuno escolher a casa de uma mulher honestíssima a quem Domitia pode ir; Ali, três obstetras de comprovada experiência e credibilidade, assumidas por ti, a inspecionam. E se, ou todos ou dois a declarem grávida, então será necessário convencer a mulher a aceitar a custódia como se ela mesma tivesse pedido: [...]" – TAFARO, Sebastião. **Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. Nº 7. 2009. p.180. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/414>>. Acesso em: 30/11/2017. (Tradução nossa: do espanhol para o português).

*Se a mujer negare estar embarazada, no podría admitirse el reconocimiento o el desconocimiento de la paternidad, lo cual debía razonablemente diferirse hasta el parto, ya que antes no podría saberse desde cuando estaba encinta la mujer y no podría atribuirse o no la paternidad al ex marido.*<sup>45</sup>

Portanto, considerando o contexto factual em que se inseria, entende-se que a interpretação mais adequada para essa passagem do Digesto revela o sentido de que a norma funcionava como medida protetiva ao nascituro, e não como indicativo de negar a personalidade do ser concebido.

Da mesma forma, quanto ao disposto no D. 35.2.9.1, há de se interpretá-lo de acordo com o contexto ao qual se relaciona.

O referido trecho do Digesto (*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*) diz respeito ao nascituro de gestante escrava.

Veja-se a íntegra:

**[Dig. 35.2.9pr]:** *In falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.*

**[Dig. 35.2.9.1]:** *Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

Hélcio Madeira traduz o dispositivo para a seguinte fórmula:

**[Dig. 35.2.9pr]:** É de consenso na lei Falcídia que os frutos depois percebidos, que estavam maduros no tempo da morte, aumentam a estimação da herança em nome do fundo, o qual parece ter sido mais precioso naquele tempo.

**[Dig. 35.2.9.1]:** Quanto ao ventre da escrava nenhuma distinção de tempo foi admitida, e não sem razão, porque o parto enquanto não nascido, não se diz propriamente que foi um homem (**um escravo**).<sup>46</sup> (Grifos incluídos)

O fragmento expõe, segundo a lição de Catalano<sup>47</sup>, outra exceção ao princípio geral de que o concebido é considerado como se nascido fosse em quase todo o direito civil (D. 1.5.26), bem como de que a equiparação entre concebido e nascido se opera sempre que se trate de seus interesses (D. 1.5.7). Logo, se a hipótese representasse situação desfavorável ao concebido, não haveria falar em equiparação ao nascido.

Como observa M. Carmen Gómez Buendía<sup>48</sup>, a *Lex Falcidia* reconhecia a liberdade para o testador dispor de seu patrimônio por meio de legados, de acordo com os

<sup>45</sup> RUSSOMANO, Mário César. **El Nasciturus en el derecho romano y el critério de Freitas**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 10, 1991. p. 87. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20(18).pdf)>. Acesso em 10/10/2017.

<sup>46</sup> MADEIRA, Hélcio Maciel França. **O nascituro no Direito Romano: conceito, terminologia, princípios**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005. p. 20.

<sup>47</sup> CATALANO, Pierangelo. **Il concetto di diritto secondo il sistema giuridico romano**, p. 4. Disponível em: <<http://www.testimonianzecristiane.it/teologia/aborto/battaglie/referendum/catalano.pdf>>. Acesso em: 08/10/2017

<sup>48</sup> BUENDÍA, Carmen Gómez. **Una aproximació casuística a la tutela processual de la quarta falcídia**. *Revista de Dret Històric Català*. Societat Catalana d'Estudis Jurídics. Vol. 8. 2008. p. 156. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/RevistaDretHistoric/article/view/243951>>. Acesso em: 09/10/2017.

limites por ela estabelecidos, fixando-se, para tanto, uma fração mínima insuscetível de disposição, a qual seria destinada aos herdeiros necessários, não podendo ser, em qualquer caso, menos de um quarto do patrimônio.

A primeira parte do dispositivo (Dig. 35.2.9pr) informa a regra geral, segundo a qual os frutos percebidos após a morte do testador aumentam a composição do patrimônio a ser dividido entre os herdeiros necessários, excluindo-se, portanto, da fração patrimonial disponível.

Conforme salientado, o dispositivo trata de circunstância em que se insere uma escrava (*ancillae*) e, por ostentar essa circunstância, ela compunha o patrimônio do seu senhor.

A segunda passagem do dispositivo (Dig. 35.2.9.1) estabelece exceção à regra geral, uma vez que exclui da composição (indisponível) da herança o *conceptus* da escrava gestante, sendo necessário aguardar o seu nascimento para verificar se será ou não considerado para fins de compor o *quantum* disponível para o testador, tendo em vista a possibilidade de ter deixado legado à escrava, pelo qual poderia alforriá-la no testamento.

Russomanno, esclarece que:

*Este fragmento debe interpretarse teniendo, fundamentalmente, en cuenta que corresponde al título que trata de la ley Falcidia y que el juriconsulto se refiere a que no puede incluirse en la cuarta parte disponible del testador al concebido, por una esclava, lo cual resulta razonable porque, hasta el nacimiento, se ignora si el hijo será esclavo o libre.<sup>49</sup>*

Portanto, a norma irradia, em verdade, mais um instrumento de proteção ao nascituro, cuja liberdade poderia ser concedida através do legado deixado pelo testador à mãe do concebido, pelo qual determinasse a alforria materna, sendo desconsiderada, por essa razão, a equiparação com o ser humano nascido.

Os trechos reputados contraditórios (D. 35.2.9.1 e D. 25.4.1.1), quando devidamente contextualizados, sugerem, ao contrário, o entendimento de que há, isso sim, razoabilidade nas regras que expressam (uma vez que apenas aparentemente desconsideram a existência e os direitos do nascituro), bem como o de que há compatibilidade com os demais dispositivos que estabelecem paridade jurídica entre entes concebidos e nascidos.

A desconsideração jurídica do *conceptus*, nesses casos, não se operava, como é óbvio, por ser ignorada a sua existência.

Ao contrário, é precisamente por haver ciência de sua existência – e por ostentar paridade com o ser humano nascido – que admitiu-se, excepcionalmente, a sua inexistência para o fim de conferir-lhe situação jurídica mais benéfica.

<sup>49</sup> RUSSOMANO, Mário César. **El Nasciturus en el derecho romano y el critério de Freitas**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 10, 1991. p. 86. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20(18).pdf)>. Acesso em 10/10/2017.

Segundo Chinelato, coube a Savigny a teoria que nega a personalidade jurídica do nascituro, tendo baseado o seu entendimento nos fragmentos D. 35.2.9.1 e D. 25.4.1.1, do Digesto<sup>50</sup>.

O pensamento de Savigny, segundo o qual a paridade entre nascituro e nascido seria uma mera ficção legal, influenciou “a elaboração de muitos códigos civis, como o alemão e o brasileiro de 1916, os quais dispuseram que personalidade natural somente seria imputada quando do nascimento com vida”<sup>51</sup>.

Anota Carneiro Filho que Savigny, “em seu labor investigativo do direito romano, vilipendiou o sentido de algumas instituições romanas, conferindo-lhes um teor que não correspondia ao adotado originalmente”<sup>52</sup>, notadamente em relação às passagens que levaram o jurista a vislumbrar como ficção a equiparação do concebido com o nascido.

A conclusão é a mesma para Russomanno, segundo o qual “assiste razão a Freitas e não a Savigny, no ponto em que o Direito Romano Justinianeu consagrou a realidade ao considerar o ‘nasciturus’ como um ser humano vivo, protegendo-o por ele mesmo e não apenas pela expectativa de que chegue a nascer”<sup>53</sup>.

Desta feita, a equiparação do concebido ao nascido, no direito romano, não se deu por ficção, como sustenta Savigny, pois os dispositivos D. 35.2.9.1 e D. 25.4.1.1 do Digesto – com apoio nas lições de Catalano, Carneiro Filho, Silmara Chinelato, Russomanno e outros juristas – não autorizam essa compreensão.

Ao contrário, por tudo exposto, evidencia-se que a equiparação entre o ente concebido e o nascido, no direito romano justinianeu, operava-se pela constatação da realidade, pela qual vislumbrava-se a identidade ontológica entre um e outro.

Equiparação essa, frise-se, excepcionada com o objetivo de conferir proteção à mulher gestante e ao próprio nascituro, não havendo, portanto, razão qualquer para negar personalidade ao nascituro com fundamento nessas hipóteses (D. 35.2.9.1 e D. 25.4.1.1).

Ademais, o direito romano é farto em dispositivos que atestam a equiparação entre o nascituro e o ser humano nascido, conferindo-lhe proteção jurídica em situações diversas, resguardando direitos de várias naturezas.

<sup>50</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12-13.

<sup>51</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> RUSSOMANO, Mário César. **El Nasciturus en el derecho romano y el critério de Freitas**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 10: 1991. p. 87-88. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20(18).pdf)>. Acesso em 10/10/2017.

Embora haja fragmentos em número superior, restringimo-nos aos excertos traduzidos por Mario C. Giordani<sup>54</sup>, por considerá-los suficientes para o fim de exemplificar as diferentes espécies de direitos tutelados ao nascituro:

**D. 1.5.7:** “Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos sempre que se trate de seus interesses”.

Do fragmento, depreende-se que o ente concebido era percebido pela sua realidade concreta, não sendo sua realidade material ignorada pelos juristas. Havia completa ciência da existência do ser “que se encontra no útero”, conferindo-lhe tutela própria, distinta, individual, uma vez que a proteção jurídica o alcança para resguardar “seus interesses”.

**Gaio 1.90:** “Se, portanto, a alguma mulher cidadã romana, grávida, for imposta a interdição da água e do fogo (= pena de exílio) e deste modo se tornar peregrina, se vier a dar à luz nessas condições, muitos distinguem e pensam que se concebeu em justas núpcias, dela nascerá um cidadão romano”.

Considerando-se o tempo esperado para a gestação, seria possível verificar se o nascituro havia sido concebido em justas núpcias, de modo que, confirmada a concepção nessas circunstâncias, mesmo dando à luz na condição de peregrina, o nascido seria considerado cidadão romano.

Extraí-se do fragmento a importância jurídica conferida ao momento concepcional, uma vez que, a partir dele, o *status* do nascido seria estabelecido, sugerindo que a individualização do ser humano se daria ao tempo da concepção.

O dispositivo estabelece a distinção entre gestante e nascituro, cada um com sua individualidade, uma vez que, na hipótese de concepção em justas núpcias, a sorte de um será distinta da sorte do outro. Evidencia-se, desta feita, a relevância do fenômeno da concepção para a constituição dos direitos (*status*) do nascituro.

**D. 1.5.26 –** “Os que se encontram no útero são considerados em quase todo direito civil como nascidos...”

O excerto revela o princípio geral de paridade (ontológica e de direitos) entre nascituro e ser humano nascido.

<sup>54</sup> GIORDANI, Mário Curtis. **O Código Civil à luz do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 8 *et seq.*  
D. 1.5.7: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.*

Gaio 1.90: *Itaque se cui mulieri civi Romanae praegnanti, aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina facta tunc pariat, complures distinguunt et putant, si quidem ex justis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci.*

D. 1.5.26 – *Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse...*

A regra geral, como resta claro, é a da paridade, sendo excepcional os casos em que ocorre a desequiparação, cujas razões encontram fundamento na proteção dos interesses do próprio nascituro.

**D.37.9.1 pr:** “Do mesmo modo como o pretor cuidou dos descendentes que já existem, assim também não descuidou daqueles que ainda não nasceram, por causa da expectativa de nascer...”

Já no primeiro excerto do título 9, do livro 37 – Digesto, observa-se a linha de atuação do pretor, uma vez que deve cuidar dos entes não nascidos, assim como cuidou dos já nascidos<sup>55</sup>, expressando, mais uma vez, a paridade entre ambos os entes humanos.

**D. 37.9.1.15:** “E de modo geral naqueles casos em que o pretor costuma dar a um menino a posse dos bens (em virtude do edito) Carboniano, não duvidamos que nesses mesmos casos o pretor deva socorrer também o nascituro, tanto mais que se deve favorecer mais o não nascido que o já nascido; com efeito favorece-se ao nascituro para que venha a nascer, e o já nascido para que seja introduzido na família; com efeito, o nascituro deve ser alimentado porque nascerá não somente para o pai (cuja paternidade se alega) mas também para a república”.

Segundo Silmara Chinelato, o fragmento é de grande importância, pois, além de equiparar nascido e concebido, “reconhece expressamente o direito à vida e o direito a alimentos, desde a concepção, visando ao nascimento e não dele dependendo como termo inicial da personalidade, ou seja, da atribuição de direitos”<sup>56</sup>.

Os fragmentos C. 7.4.14, D. 48.19.3, D. 1.5.5.2 e D. 11.8.2 cuidam da tutela dos direitos referentes à liberdade, à incolumidade física e à vida do nascituro.

Assim, com apoio nas lições de destacados civilistas e romanistas nacionais e estrangeiros, é de se constatar que o Direito Romano estabeleceu direitos diversos ao nascituro, muitos dos quais de fruição imediata e sem condicionante ao nascimento com vida para o seu regular exercício, razão pela qual tem-se por certo que, no âmbito do direito justinianeu, o ente concebido, em paridade ao ser humano já nascido, ostentava a posição de sujeito de direitos, de ente físico personalizado.

---

D.37.9.1 pr: *Sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi, non neglexit...*

D. 37.9.1.15: *Et generaliter ex quibus causis Carbonianam honorum possessionem puero praeter dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subveniri praetorem deberem non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: portui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.* (GIORDANI, Mário Curtis. **O Código Civil à luz do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 8 *et seq.*).

<sup>55</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 45.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 46.

## 2.3.2 Nascituro: histórico no direito brasileiro

### 2.3.2.1 Ordenações Filipinas

Quando da Independência do Brasil em relação ao Reino de Portugal, ocorrida em 1822, vigiam as Ordenações Filipinas, sendo mantido o seu vigor no Estado brasileiro por decisão do Imperador D. Pedro I, assim como de leis e decretos promulgados pelos Reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não fosse organizado um novo Código, ou não tivessem suas disposições alteradas<sup>57</sup>.

Teixeira de Freitas<sup>58</sup> aponta os seguintes dispositivos relacionados aos nascituros, no âmbito das Ordenações Filipinas:

- a) 3º Livro, Título XVIII, parágrafo 7º;<sup>59</sup>
- b) 4º Livro, Título LXXXII, parágrafo 5º.<sup>60</sup>

O *caput* do Título XVIII, 3º Livro, estabelece os casos em que são ordenadas férias<sup>61</sup>, em cujos períodos “pessoa alguma será ouvida em juízo nos ditos dias; e sendo em cada hum delles alguma cousa em Juízo demandado, ou julgada, será havido por nenhum tal procedimento e sentença”. O parágrafo 7º dispõe: “E poderá ouvir e julgar sobre demanda que faça alguma mulher que ficasse prenhe, que mettam em posse de alguns bens, que lhe pertencerem em razão da criança, que tem no ventre”.

O Título LXXXII, em seu *caput*, estabelece a proporção de um terço do patrimônio de que o testador poderia dispor para distribuição a quem lhe aprover. O parágrafo 5º dispõe: “Outrosi, se o pai, ou a mãe ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte do pai, ou mãe, assi o testamento, como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor”.

<sup>57</sup> ALVES, J. C. Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 88 (1993). p 186. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>58</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis. História do Direito Brasileiro**. Vol I, 2003. 1. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>59</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Terceiro Livro. p. 582. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>60</sup> *Ibidem* p. 911

<sup>61</sup> *Ibidem* p. 582: Em nota, Cândido Mendes ensina que o vocábulo férias refere-se, dentre outras acepções, aos “tempos de vacações em que cessa o exercício dos Tribunais e Auditorios”.

### 2.3.2.2 Consolidação das Leis Civis – Augusto Teixeira de Freitas

Diante da caótica situação em que se encontrava o ordenamento jurídico vigente, que, além das Ordenações, somava inúmeros e esparsos diplomas legais, o Governo Imperial incumbiu a Teixeira de Freitas, em 15 de fevereiro de 1855, a elaboração da Consolidação das Leis Civis, pela qual deveria “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Brasil”.<sup>62</sup>

Já no Título I – Das Pessoas – o artigo 1º dispõe que “as pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes-conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”.<sup>63</sup>

Teixeira de Freitas observa que “a Lei lhes-conserva seus direitos para o tempo do nascimento, contanto que nasção vivos”.<sup>64</sup>

Sentencia, a seguir, que se elimine a expressão “de sucessão”, pois “além deste direito, ha outros que a Lei lhes-conserva”<sup>65</sup>, citando, como exemplo, o direito a posse em nome do ventre, a curadoria de pessoas por nascer, bem como o reconhecimento de paternidade de filhos não nascidos (desde que já concebidos).

### 2.3.2.3 Esboço do Código Civil – Augusto Teixeira de Freitas

Embora o Esboço de Teixeira de Freitas não tenha completado sua jornada, haja vista a rescisão do contrato firmando entre o jurista e o Governo Imperial, as ideias ali traçadas influenciaram o Projeto de Bevilacqua, que culminou com a aprovação do Código Civil de 1916.

No artigo 53 do Esboço, Teixeira de Freitas conceitua *peçoas por nascer* dizendo serem “as que, não sendo nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>63</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis. História do Direito Brasileiro**. Vol I, 2003. p. 1. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 28/09/2017.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 54.

Nos comentários ao artigo, Freitas faz distinção entre as pessoas por nascer (nascituro) e as pessoas futuras (prole eventual), sustentando que as primeiras são pessoas, existem, pois, embora não nascidas, vivem no ventre materno, podendo ser legalmente representadas, não havendo nisso qualquer ficção jurídica.<sup>67</sup>

Já as pessoas futuras não existem, não são pessoas, razão pela qual “não há nada a representar”.

O artigo 221 dispõe que:

“Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas”.<sup>68</sup>

A proposição de Teixeira de Freitas não deixa dúvidas de que o juriconsulto adotou a teoria segundo a qual a personalidade jurídica do ser humano surge com o fenômeno da concepção, anotando que, a partir desse momento, antes do nascimento, as “pessoas por nascer” fruem alguns direitos estabelecidos na ordem vigente.

O doutrinador ensina que “esta existência é real, seus efeitos jurídicos não deixam duvidar, e sobre eles não há divergência alguma; mas tem-se imitado o Direito Romano, as palavras têm sido infiéis ao pensamento, e aquilo que é verdade se diz que é ficção”.<sup>69</sup>

Assim, Freitas elabora crítica à ideia savigniana, que reputa a equiparação entre concebido e nascido como simples ficção, pois não há como conceber, no seu entendimento, “que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa”.<sup>70</sup>

Para o jurista, além de todas as demonstrações de efeitos jurídicos surgidos em função do nascituro, a exemplo dos direitos que se lhe atribuem, a “prova irrecusavelmente que já existe personalidade é o fato em si de se tomar medidas provisórias a bem do embrião”<sup>71</sup> em relação às partes interessadas em uma partilha de herança.

Além disso, a legislação criminal irradia proteção à vida e à incolumidade física do nascituro, evidenciando a sua personalidade.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esbôço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 54.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>72</sup> Teixeira de Freitas, na mesma obra (p. 136), faz referência às regras protetivas ao nascituro, contidas no Código Penal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830, então em vigor: “Se não são pessoas, [...] qual o motivo (art. 199 200, Cód. Pen.) de punir o aborto? Qual o motivo (art. 43, Cód. Pen.) de não executar-se a pena de morte na mulher prenhe, e nem mesmo de se a julgar, no caso de merecer tal pena, senão quarenta dias depois do parto?”

O artigo 222, por sua vez, estabelece que certos “direitos porém só ficarão irrevogavelmente adquiridos, se os concebidos nascerem com vida, isto é, se a manifestarem, ainda que por instantes, depois de completamente separados da mãe”.<sup>73</sup>

Conforme a lição de Silmara Chinelato, Freitas, nesse ponto, refere-se aos direitos patrimoniais como irrevogavelmente adquiridos após o nascimento com vida, uma vez que a proteção jurídica de ordem pessoal, a exemplo do direito à vida, já estaria em pleno vigor desde a concepção.<sup>74</sup>

Chinelato reforça esse entendimento, ao interpretar o referido artigo em conjunto com o disposto no artigo 227 do Esboço, no qual Teixeira de Freitas estabelece que “êsses direitos, que não chegaram a ser irrevogavelmente adquiridos, reverterão ou passarão para quem de direito fôr”.<sup>75</sup>

Por evidente, mesmo nascendo morto, os direitos revertidos ou passados “para quem de direito fôr” referem-se aos de ordem patrimonial, uma vez que certos direitos da personalidade, como a vida, são adquiridos na concepção e plenamente exercidos durante a gestação.

Não há distinção entre o nascimento ocorrido espontaneamente ou através de parto cirúrgico (art. 223), tampouco importará, nos termos do artigo 224, o tempo de vida extrauterina, seja em razão do nascimento antes do tempo (feto prematuro) ou pela presença de qualquer vício de organização interna.<sup>76</sup>

Com isso, o autor afasta do Esboço o critério da viabilidade para a vida (vitalidade) como condicionante para o ser nascido obter o *status* de pessoa, para o surgimento de sua personalidade jurídica.

Teixeira de Freitas qualifica como “opinião despida de fundamento” a ideia de Savigny, segundo a qual não haveria personalidade, não possuiria capacidade a criança nascida antes do tempo e morresse quase imediatamente.

O jurista evidencia a fragilidade da teoria savigniana, asseverando que:

“o erro de tal doutrina, e a inconseqüência dos que a seguem, bem se manifesta nas relações da matérias com o Direito Criminal. Se o filho não vital – *vitae habilis* – dever ser reputado como morto, era forçoso reconhecer, segundo observa o mesmo Savigny, que tal filho não poderia ser objeto de algum delito, porque não há delito possível contra um cadáver”.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 137.

<sup>74</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 151.

<sup>75</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Opus Citatum*, p. 139.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 138.

A proposição de Teixeira de Freitas (art. 224), na substância, ilumina de dignidade a existência do ser humano, ainda que brevíssima sua vida, não havendo fundamento admissível que pretenda reduzi-lo ao *status* de um cadáver, de um nada jurídico.

O artigo 226 dispõe que “se nascerem mortos por abôrto, ou se morrerem no ventre materno, ou antes de que sua mãe seja completamente separados, serão considerados como se em tempo nenhum houvessem existido, resolvendo-se por êste fato os direitos que tiverem adquirido”.<sup>78</sup>

Em nota, o autor observa que o caso trata de uma *conditio juris* com o caráter de condição resolutiva, reforçando o entendimento de que o direito se constitui na concepção, porquanto se resolverá apenas na hipótese de nascer morto.<sup>79</sup>

Dessa forma, o enunciado não autoriza supor que o jurista seria partidário da teoria da personalidade condicional. Por todas as suas palavras, Teixeira de Freitas adota a teoria de que o ser humano, desde a concepção, é dotado de personalidade jurídica.

#### 2.3.2.4 Projeto de Nabuco de Araújo

Em julho de 1868, Conselho de Estado emitiu parecer favorável às propostas de Teixeira de Freitas, quanto à elaboração de dois Códigos, um Geral e um Civil, bem como à fusão do Código Comercial ao Código Civil. Em 1872, no entanto, o Governo Imperial rejeitou a elaboração de dois Códigos, rescindindo o contrato com jurisconsulto.<sup>80</sup>

No mesmo ano, em 1872, Nabuco de Araújo assina contrato com o Governo Imperial para elaboração do Projeto do Código Civil, começando os trabalhos em janeiro de 1873. Não completou a jornada, em razão de seu falecimento, deixando o Título Preliminar, com 118 Artigos, e 182 artigos da Parte Geral, entregues pelos filhos ao Governo.<sup>81</sup>

Silmara Chinelato<sup>82</sup> aponta os artigos de Nabuco relacionados ao nascituro:

No parágrafo 1º, do artigo 15, Nabuco de Araújo classificou “as pessoas por nascer” como absolutamente incapazes, definindo-as, no artigo 19, como “as que já estão

<sup>78</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 139.

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império: Nabuco de Araújo: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco**. v. III. Rio de Janeiro: H Garnier, 1899. p. 516-521

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 521-524

<sup>82</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 184.

concebidas no ventre materno”. Nos termos do artigo 20, o nascituro teria o direito de receber doação e figurar como herdeiros e legatárias, hipóteses em que seria necessária a sua curadoria.

É de se ver, portanto, que Nabuco de Araújo reconhecia o nascituro como pessoa, sujeito de direitos, alinhando-se à teoria concepcionista para o surgimento da personalidade.

### 2.3.2.5 Projeto de Felício dos Santos

Em 1881, Joaquim Felício dos Santos apresentou seu projeto de Código Civil ao Governo Imperial, tendo sido o último do período monárquico.<sup>83</sup>

Felício dos Santos estatuiu que as pessoas podem ser “naturais ou jurídicas” (art. 74)<sup>84</sup>, asseverando que “a capacidade geral para adquirir e exercer direitos é inerente a todas as pessoas” (art. 75)<sup>85</sup>, incluindo as “pessoas por nascer”, no rol de pessoas incapazes (art. 77)<sup>86</sup>.

Observa-se, portanto, que, assim como os projetistas anteriores, Joaquim Felício dos Santos adotou a concepção para início da personalidade jurídica do ser humano.

Proclamada a República, o Ministro da Justiça Campos Sales, em 1890, ainda durante o governo provisório, contrata Coelho Rodrigues para elaborar o projeto do Código.<sup>87</sup>

### 2.3.2.6 Projeto de Coelho Rodrigues

Em 1893, Antônio Coelho Rodrigues apresenta ao Governo o seu projeto, cuja elaboração recebeu forte inspiração no Código Civil de Zurich.<sup>88</sup>

Até então, os projetos de codificação civil, desde o Esboço de Teixeira de Freitas, avançavam na adoção de uma perspectiva dignificante do ser humano concebido, fazendo coincidir a qualidade de pessoa com a sua realidade física. Da mesma forma, em todos

<sup>83</sup> ALVES, J. C. Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 88 (1993). p. 208. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>84</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do código civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Ed. H Laemmert. 1884. p. 79

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 80

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 81

<sup>87</sup> ALVES, J. C. Moreira, *opus citatum*, p. 209.

<sup>88</sup> ALVES, J. C. Moreira, *opus citatum*, p. 209.

os projetos até então elaborados, não seria rejeitada a personalidade jurídica ao ser humano nascido, com fundamento em critérios de viabilidade e aparência humana.

Coelho Rodrigues, ao mesmo instante em que negou personalidade ao ente concebido, ressuscitou arcaicos critérios condicionantes para o ser humano nascido ostentar a qualidade de pessoa, conforme se depreende das proposições pertinentes ao nascituro, destacando-se os artigos 2º e 3º pela clareza com a qual evidenciam a escola de pensamento a que se filia o jurista:

Art. 2º Todo aquelle que nasce com vida e forma humana é considerado pessoa natural e capaz de direitos civis.

Art. 3º A capacidade civil da pessoa natural começa com o nascimento; mas desde a concepção do feto humano, a lei o considera existindo pra conservar-lhe os direitos que há de adquirir, si nascer vivo.<sup>89</sup>

Observa-se a adesão de Coelho Rodrigues à teoria de que o nascituro não ostenta personalidade jurídica. Se nascer com vida, e desde que observadas as condicionantes da viabilidade para a vida e apresentar forma humana, poderá o nascido ser qualificado como pessoa.

Após análise, a Comissão de Juristas nomeada pelo Governo expediu parecer contrário à acolhida do Projeto de Coelho Rodrigues.<sup>90</sup>

Em 1889, Epitácio Pessoa, então Ministro da Justiça, convida Clóvis Bevilacqua para elaborar o Projeto do Código Civil, aproveitando-se o possível dos trabalhos anteriores.<sup>91</sup>

### 2.3.2.7 Projeto de Clovis Bevilacqua: O Código Civil de 1916

Bevilacqua assinala a existência de duas escolas de pensamento que disputam a razão na comunidade jurídica quanto ao início da personalidade jurídica do ser humano, sendo que: “Uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando ao nascituro, entretanto, uma expectativa de direito. [...] Outra faz coincidir a vida jurídica com a *physica* dando-lhe por extremos a concepção e a morte”.<sup>92</sup>

Ao indagar-se sobre onde está a verdade, Bevilacqua assevera:

<sup>89</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projecto do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial: 1893. p. 3.

<sup>90</sup> ALVES, J. C. Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 88 (1993). p. 209. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>>. Acesso em: 28/09/2017

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil Brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração**. v. I. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro: 1917. p. 35-36.

Com aquelles que harmonizam o Direito Civil consigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a lógica, como demonstrou TEIXEIRA DE FREITA na luminosa nota ao art. 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege, comminando penas contra a provocação do aborto, a logica exige que se lhe reconheça o caracter de pessoa.<sup>93</sup>

No projeto primitivo, os artigos 3º e 4º são propostos nos seguintes termos<sup>94</sup>:

Art. 3º A **personalidade civil do ser humano começa com a concepção**, sob a condição de nascer com vida.

Art. 4º **São absolutamente incapazes** de exercer por si os actos da vida civil:

1º **Os nascituros**;

2º Os menores de quatorze annos de ambos os sexos;

3º Os alienados de qualquer esp écie ;

4º Os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade;

5º Os ausentes declarados taes em juizo. (**Grifos nossos**)

O teor do artigo 3º sugere, aparentemente, uma inclinação de Bevilacqua à ideia de uma personalidade condicional a ser conferida ao nascituro.

No entanto, como bem disse o autor, a verdade sobre o início da personalidade está com “com aqueles que harmonizam o Direito Civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia”, uma vez que, diante dos diversos dispositivos que tratam o nascituro como sujeito de direitos, “a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa”.

Ademais, se o nascituro é absolutamente incapaz (art. 4º), não poderá exercer por si os atos da vida civil. Assim, embora careça de outrem para a prática dos referidos atos, essa circunstância não desintegra a sua personalidade civil, tanto assim como não se dissolve a personalidade dos menores de quatorze annos e demais incapazes, os quais também não poderão exercer por si os atos da vida civil.

Segundo Carneiro Filho, a Comissão Revisora alterou o início da personalidade para o nascimento com vida, anotando que “as influências da doutrina alemã (cujo Código Civil entrava em vigor no alvorecer do século) se sobrepuseram privilegiando o evento nascimento, decerto menos problemático que a concepção, contudo, sem refletir a tradição romana”.<sup>95</sup>

Após algumas reformas ocorridas no decorrer da discussão do projeto, a personalidade civil passou a figurar no Código Civil de 1916 nos seguintes termos:

Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>93</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil Brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração**. v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. p. 36.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 97-98.

<sup>95</sup> CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: < <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

Bevilaqua, ao comentar o artigo, salienta que, apesar dos excelentes argumentos em torno da teoria que faz coincidir o a personalidade civil com o início da vida física, optou-se pela personalização jurídica a partir do nascimento com vida por “parecer mais prática”.<sup>96</sup>

O jurista reconhece, no entanto, que o Código Civil de 1916 apresenta diversas situações em que o nascituro figura como pessoa, citando, como exemplo, a legitimação do filho concebido (art. 359), o reconhecimento do filho concebido antes do nascimento (art. 363, parágrafo único), a curatela do nascituro (art. 468), bem como a capacidade para adquirir por testamento (art. 1.718).<sup>97</sup>

A redação do artigo 4º, do Código Civil de 1916, em verdade, inseriu incoerência no ordenamento jurídico referente ao tratamento conferido ao nascituro, pois ao tempo em que estabelece a personalidade civil do ser humano a partir do nascimento com vida, diversos outros dispositivos do sistema evidenciam o caráter de pessoa do ser concebido.

### **2.3.2.8 A “alteração” na disciplina do nascituro no Código Civil de 2002**

O Código Civil de 2002 repetiu a substância do diploma antecessor quanto ao tratamento conferido ao nascituro. O dispositivo substituiu, apenas simbolicamente, o vocábulo “homem” pela palavra “pessoa”, passando a dispor que:

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.

À época da discussão do projeto, o desenvolvimento biotecnológico já dispunha de mecanismos suficientes para lançar luz sobre o início da existência humana a partir do fenômeno da concepção. A Lei Civil, no entanto, manteve a incoerência do Código de 1916, cuja solução, a personalização do nascituro, era reclamada por Teixeira de Freitas desde a elaboração do seu Esboço, ainda no século XIX.

Diante da omissão legislativa sobre a personalidade do nascituro, indaga-se: Que é personalidade? Que e quais são direitos da personalidade? Pode o nascituro ser sujeito desses direitos? É possível ser sujeito de direito sem ser pessoa? É possível negar a personalidade do nascituro apenas por não vir expressa no Código Civil?

Vejamos.

<sup>96</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clovis Bevilacqua*. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. p. 171

<sup>97</sup> *Idem*.

## 2.4 Personalidade

Consoante o Código Civil pátrio, as pessoas podem ser Naturais (Título I) ou Jurídicas (Título II). Diante do recorte temático voltado à natureza jurídica do nascituro, trataremos tão somente da pessoa natural.

Pontes de Miranda define personalidade como:

“a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portando, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas, como um dos termos dela. Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter quaisquer direitos; basta que possa ter um direito. Quem pode ter um direito é pessoa”.<sup>98</sup>

Limongi França define, concisamente, a personalidade como a “qualidade do ente que se considera pessoa”.<sup>99</sup>

Miranda parece adotar uma definição de personalidade, em que se vislumbra o direito como poderes que o homem exerce por sua vontade “contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si”.

No entanto, personalidade não transmite a ideia de possibilidade, mas de qualidade. A possibilidade, como observa Pontes de Miranda, conecta-se à ideia de capacidade de direito, não à personalidade. Desse modo, pensamos assistir razão a Limongi França.

A personalidade existe ou inexistente. Se o ser ostenta personalidade, é pessoa humana. Se não possui, não é pessoa.

Já a definição de França parece convergir com a tese de que a personalidade – vista como qualidade – irradia “direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral”.<sup>100</sup>

Nesse passo, se, para Miranda, “basta que *possa ter* um direito”, para que seja pessoa, aos partidários dos “direitos ínsitos na pessoa”, basta que seja humano para que tenha direito (à vida, por exemplo, tida por muitos como pressuposto de todos os outros direitos).

Essa mudança de perspectiva, pela qual o direito nasce/surge com o ser, altera o conceito de pessoa, bem como a própria referência a partir da qual se inicia a personalidade. Ora, se A tem direito, A é pessoa, dotada, portanto, de personalidade. Se A é pessoa, o direito primeiro de que for titular (a vida) marcará o início da sua personalidade.

<sup>98</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. V.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 153.

<sup>99</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 147.

<sup>100</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Saraiva. São Paulo: 2015. p. 35

Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Ser pessoa (ter personalidade) e ser capaz (ter capacidade) são contornos jurídicos que não se confundem.

Na esteira de Limongi França, personalidade é a qualidade inerente àquele que se considera pessoa. Nesse prisma, por ser *qualidade do ser*, o conceito de pessoa não comporta graduações ou intensidades, sendo impróprio, impossível mesmo, medir a quantidade da personalidade.

Como consequência lógica, não é possível ostentar mais ou menos personalidade. Ou a personalidade está presente no ente, qualificando-o como pessoa, ou, simplesmente, inexistente, hipótese em que não se tratará de pessoa.

A capacidade, por seu turno, apresenta-se como um atributo da personalidade<sup>101</sup>, podendo exprimir-se mais ou menos em cada sujeito, variando de acordo com o estado no qual cada pessoa se encontra.

Nos termos do artigo 2º do Código Civil de 2002, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. O dispositivo dispõe sobre a capacidade de direito, ou seja, a capacidade de adquirir direitos e de contrair obrigações na vida civil.

A capacidade de direito é a possibilidade de posicionar-se no universo jurídico, titularizando direitos ou contraindo obrigações, sendo “inerente a todo homem em virtude exclusiva da sua condição de pessoa. Apesar de seguir *pari passu* com a personalidade, não há de se confundir uma com outra porque [...] esta é pressuposto daquela”.<sup>102</sup>

De fato, não há de se confundir. A capacidade de direito apresenta-se como possibilidade de gozo de direitos, podendo ou não a pessoa valer-se dessa prerrogativa para posicionar-se como sujeito de direito. A personalidade, por sua vez, é qualidade que, estando presente, define o ser como pessoa, não cabendo falar em prerrogativa, escolha ou possibilidade de exercê-la.

Ademais, “enquanto a personalidade jurídica abrange todo o âmbito geral da vida do direito, a capacidade de direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa à face dos direitos particularmente considerados”.<sup>103</sup>

Há de se analisar o ato da vida especificamente considerado a fim de verificar se a pessoa tem capacidade jurídica para levá-lo a efeito ou não. Podendo, em tese, praticar determinado ato, a pessoa terá capacidade de direito. Não podendo, sequer abstratamente, praticar determinado ato, a pessoa não terá capacidade de direito. Em qualquer caso, tendo ou não capacidade de direito, será pessoa, ostentará personalidade.

---

<sup>101</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 147.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 148

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 148

Para ilustrar a distinção, Limongi exemplifica a situação do recém-nascido em relação ao serviço militar. O recém-nascido, embora seja pessoa (personalidade jurídica), não possui capacidade de direito (nem de fato) para ingressar nas Forças Armadas.<sup>104</sup>

Saliente-se que o fato de o recém-nascido não possuir capacidade de direito para ingressar nas Forças Armadas não o torna um ente despersonalizado.

A capacidade de fato, por seu turno, é a possibilidade de exercício do ato, por si só, pessoalmente, com vistas a adquirir direitos e a contrair obrigações.<sup>105</sup>

A circunstância de possuir ou não *capacidade de direito* para exercer certo ato da vida ou, ainda, a de ter ou não *capacidade de fato* para levá-lo a efeito por si só, enseja a possibilidade de se graduar/medir a capacidade de direito e de fato da pessoa.

O mesmo não ocorre com a personalidade. Pode a pessoa não ter capacidade para certo ato, mas ter para outro. Bastaria uma única capacidade de direito para se constatar a presença de personalidade jurídica, tanto quanto se observa em uma pessoa que possui ampla capacidade de direito, pois a medida da capacidade não altera a qualidade (personalidade) da pessoa.

Na ordem civil vigente, quanto à capacidade, temos: os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil; os incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer; bem como os capazes de exercer, por si só, todos os atos da vida civil.

As pessoas tidas por absolutamente incapazes somente o são sob a perspectiva da incapacidade de fato, pois a pessoa, por trazer consigo direitos inerentes à sua condição humana, sempre conserva um padrão mínimo de capacidade de direito.<sup>106</sup>

Já a incapacidade relativa pode ser de fato ou de direito. As hipóteses quanto à realização de *certos atos ou à maneira de os exercer* são previstas no próprio ordenamento jurídico.<sup>107</sup>

Independente da graduação verificada na capacidade de direito ou na de exercício dos atos da vida, cada pessoa ostenta, em igualdade, a mesma personalidade, uma vez que se revela apanágio da condição humana.

---

<sup>104</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 148

<sup>105</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 151.

## 2.5 Aquisição da Personalidade Jurídica

O início da personalidade é tema que sempre ensejou intensos debates na comunidade jurídica, da qual brota uma profusão de ideias e teorias para definir o marco inicial da personalidade e, a partir dessa referência, explicar a natureza jurídica do nascituro.

A discussão vem assumindo progressiva relevância social e jurídica, sobretudo na atualidade, em função do confronto de forças sociais, empresariais e políticas em torno do tema. De um lado, os que pleiteiam a livre prática de práticas abortivas, ignorando, desta feita, a essência biojurídica do ente concebido. De outro, os que pretendem restringir o abortamento, por reconhecerem a natureza humana no nascituro.

No Direito Brasileiro, são apontadas três escolas doutrinárias que explicam o início da personalidade civil: natalista, concepcionista e da personalidade concepcional.

### 2.5.1 Teoria Natalista

A teoria natalista advoga a tese de que a personalidade jurídica do ser humano inicia-se do nascimento com vida.

Os partidários desse pensamento extraem sua convicção da primeira parte do artigo 2º, do Código Civil de 2002, (art. 4º, CC16) segundo o qual “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”.

A teoria natalista reúne juristas de grande respeitabilidade: Caio Mário, Pontes de Miranda, Vicente Rao, Silvio de Salvo Venosa, Orlando Gomes, dentre outros.

Caio Mario ensina que “o direito moderno assenta a regra do início da personalidade no sistema romano”.<sup>108</sup>

Para o jurista, os direitos reconhecidos ao nascituro permanecem apenas em estado potencial, não se constituindo efetivamente até ocorra o nascimento com vida. Tanto é certo, assevera Caio Mario, que “se não nasce vivo, a relação de direito não chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido”.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 144.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 145.

Pontes de Miranda, expressamente, adere à ideia de que “no útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa)”.<sup>110</sup>

Porém, ressalte-se, Miranda repeliu com clareza a existência de direitos sem sujeito, o que seria, em suas palavras, “*contradictio in adiecto*”.<sup>111</sup>

Desse modo, Miranda defendeu interessante teoria com o objetivo de compatibilizar o fato de o nascituro ter direitos (ou seja, atua como sujeito de direito no bojo de uma relação jurídica), ao mesmo tempo em que lhe rejeitara a personalidade jurídica, já que, em seu entender, “nunca foi pessoa”.

Assim, para compatibilizar o sistema, ensina que “no intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja”.<sup>112</sup>

Nesse contexto, haveria uma indeterminação do sujeito na relação jurídica originada com a concepção. Para Miranda, o nascituro “já é ser humano; o que é indeterminado é o sujeito do direito”.<sup>113</sup>

Nesse ponto, há importante diferença entre a perspectiva de Caio Mario e Pontes de Miranda, embora ambos tenham adotado a teoria natalista.

Para Caio Mario, o direito não chega sequer a constituir-se, permanecendo, durante a gestação, em estado potencial. Assim, não havendo direito constituído, não há sujeito a ser considerado. Nega-se a existência do direito (presente), pois é mera potência (futuro), com o fito de negar a pessoa.

Miranda, por sua vez, reconhece a existência do direito, mas, para não admitir o nascituro como seu titular, adotou a tese da indeterminação do sujeito. Assim, o direito existe, “não é futuro”<sup>114</sup>, mas tem como titular um sujeito indeterminado.

Vicente Rao assinala tratar-se de mera expectativa jurídica, uma pendência apenas, uma situação que se aperfeiçoa com o nascimento com vida, razão pela qual não há falar em reconhecimento ou atribuição de personalidade.<sup>115</sup>

Silvio de Salvo Venosa, por seu turno, entende que a condição do nascituro, dada a peculiaridade de sua condição, “extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva”.<sup>116</sup>

Venosa, em sua lição, assevera que

<sup>110</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 162.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 169

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 169

<sup>115</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 686

<sup>116</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v.1. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 137.

“o fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara”.<sup>117</sup>

Entendemos que Venosa como natalista, pois, embora reconheça a proteção legal conferida ao nascituro, como o direito a alimentos, o autor o esvazia de personalidade.

Orlando Gomes reputa como ficção jurídica, simples técnica, com a qual são conferidos direitos ao nascituro, de modo que não há, em seu entender, logicidade em admitir o nascituro como pessoa natural. O doutrinador assevera que:

essas ficções atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses.<sup>118</sup>

Os juristas conectados ao direito anterior parecem defender a teoria natalista com argumentos vetorizados pelo patrimonialismo sob o qual se fundou o direito privado de antanho. Como consequência, as considerações natalistas evidenciam seriadas contradições nas fundamentações propostas por seus defensores.

A excessiva preocupação com direitos patrimoniais (tidos por direito em potência, ou figurando como mera expectativa jurídica no período gestacional) fez deslocar a personalização do ser humano para o nascimento com vida, de modo a pavimentar as relações jurídicas com maior segurança jurídica.

Eis a contradição: O natalismo esforça-se em rejeitar a personalidade do nascituro, sob o argumento de que inexistente direito constituído, tratando-se de mera expectativa, ao mesmo tempo em que ignora os direitos levados a efeito desde a concepção. Ora, com a finalidade de resguardar/proteger o patrimônio – daí afirmar-se a inexistência do direito, sob o argumento de que é uma mera expectativa – ignoram-se os direitos exercidos pelo nascituro desde a concepção. Por isso, dizemos que tal linha de pensamento parece conferir primazia a um certo patrimonialismo jurídico, contrapondo-se ao personalismo hodiernamente vigente, vetorizado pela valorização da pessoa humana em todas as suas fases de desenvolvimento.

Não se sustenta o argumento natalista de que os direitos reconhecidos ao nascituro permanecem apenas em estado potencial, os quais não se constituiriam efetivamente até ocorresse o nascimento com vida. São diversos os direitos do nascituro levados a efeito desde a concepção, dos quais se destaca o direito à vida. Não se trata de direito em estado potencial,

<sup>117</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v.1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 138.

<sup>118</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. v.1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 129.

mas de direito em exercício presente, revestido de grandeza constitucional e de natureza fundamental, dotado de eficácia vertical (em face do Estado) e horizontal (em face de particulares).

Insustentável, ainda, o argumento que recorre à indeterminação do sujeito para despersonalizar o nascituro. Assim, o natalista admite a existência do direito (porque impossível negá-lo), ao tempo em que indetermina o titular (porque impossível afirmar direito sem sujeito).

Ora, não há indeterminação alguma no sujeito de direitos.

Quem, senão o nascituro (o ser concebido), seria o titular dos direitos insculpidos no mundo jurídico por ocasião de sua concepção? Como qualificar de indeterminado um ser humano cuja existência é de elementar e segura constatação? Como reconhecer a natureza humana do nascituro, como fez Miranda, e, ao mesmo tempo, negar-lhe a personalidade?

É recorrente entre natalistas o argumento de os direitos conferidos ao nascituro, equiparando-o ao ser humano nascido, não passa de ficção jurídica.

Em verdade, não há falar em ficção jurídica quando se equiparam seres humanos ontologicamente idênticos. A ficção está, diga-se, na ideia que reputa inexistir um ser humano concebido, individualizado, geneticamente único, cuja existência é de trivial observação.

Mais correto seria, pois, afirmar que adotam teorias ficcionais aqueles que, cientes de sua existência, ignoram o nascituro com o fim de negar-lhe a personalidade.

Ademais, a inferência extraída a partir de fontes românicas, pelas quais o nascituro seria apenas parte das vísceras da gestante, resultou de equívoco interpretativo acerca do direito justinianeu, como bem demonstraram diversos juristas, deste e de outros países, de Teixeira de Freitas a P. Catalano, segundo os quais, em resumo, o descompasso entre o texto dos dispositivos e as circunstâncias em que se inseriam levou à conclusão conflitante com o verdadeiro modo pelo o qual o nascituro era compreendido e tratado no direito romano.

## **2.5.2 Teoria da Personalidade Condicional**

A teoria da personalidade condicional remete à ideia de que o nascituro é pessoa condicional, tendo em vista que a personalidade estaria sob dependência de uma condição, evento futuro e incerto, de natureza suspensiva.

Para os teóricos da personalidade condicional, é o nascimento com vida a condição suspensiva, cujo implemento levaria a efeito a personalização do ser humano. Durante o período gestacional, o nascituro seria pessoa sob condição.

Filiam-se a essa escola de pensamento juristas como Miguel Maria de Serpa Lopes e Washington de Barros Monteiro.

Washington de Barros Monteiro observa que:

“Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, **o nascituro é pessoa condicional**; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.<sup>119</sup> (Grifo nosso)

Serpa Lopes, por sua vez, ensina que:

A aquisição de tais direitos, segundo o sistema do nosso Código Civil, fica subordinada à **condição de que o feto venha a ter existência**; se tal sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direito, como deverá suceder, se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos.<sup>120</sup> (Grifo incluído)

Em que pese haver opiniões em contrário, pensamos que a teoria da personalidade condicional é, em verdade, essencialmente natalista, uma vez que, sob o mesmo fio condutor do patrimonialismo, ignora os direitos constituídos ao tempo da concepção, muitos dos quais são efetivamente fruídos pelo nascituro no tempo presente, não havendo qualquer condição a ser implementada.

Não há falar em personalidade sob condição, da mesma forma que não há falar em pessoa sob condição. Personalidade é qualidade ínsita de quem é pessoa (ente humano vivo), não sendo possível ostentar mais ou menos personalidade. Ou a personalidade está presente no ente, qualificando-o como pessoa, ou, simplesmente, inexistente, hipótese em que não se tratará de pessoa. De modo análogo, não é possível ser ente humano sob condição: ou o indivíduo é humano ou não é humano, porque inconcebível ser mais ou menos *homo sapiens*.

Silmara Chinelato<sup>121</sup>, com clareza, sentencia:

**Não há meia personalidade ou personalidade condicional.** Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso, se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe. (Grifos nossos)

A proximidade com a teoria natalista evidencia-se, ainda, pelo recurso à ideia de ficção para atribuição de direitos ao nascituro. Ratificam-se as considerações já apresentadas a esse respeito.

<sup>119</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61

<sup>120</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. v. 1. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 210.

<sup>121</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. Saraiva. São Paulo: 2000. p. 168

A escola da personalidade condicional não responde às contradições intrínsecas à sua teoria, uma vez, tal como os partidários da proposição natalista, ignoram os direitos do nascituro em vigor desde a concepção, que independem do implemento de qualquer condição.

### 2.5.3 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista reconhece a personalidade jurídica do ser humano desde a sua concepção, conferindo, a partir de então, o *status* de pessoa ao ente concebido, em igualdade ontológica e jurídica aos seres humanos já nascidos.

Não há falar em condição a ser implementada para fazer surgir a personalidade. Haveria, porém, segundo alguns, condição para constituição de alguns direitos patrimoniais.

Desde o direito anterior, são numerosos os juristas partidários da ideia de que a personalidade humana surge com a concepção.

Ainda sob a vigência de um direito privado fortemente patrimonialista, grandes doutrinadores brasileiros, demonstrando riqueza jurídica e notório humanismo, reconheceram no nascituro a sua natureza biojurídica (pessoa humana).

Reconheciam a personalidade jurídica do nascituro: Teixeira de Freitas (Consolidação e Esboço), Nabuco de Araújo (Projeto), Felício dos Santos (Projeto), Clovis Beviláqua (Projeto) e Rubens Limongi França.

Da atualidade, destacam-se Silmara Chinelato, Francisco Amaral, Giselda Hironaka, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, Hércio Madeira, Francisco dos Santos Amaral, Humberto Carneiro Filho, Nelson Rosendal, dentre outros juristas.

Teixeira de Freitas, já na Consolidação das Leis Civis do Império, dispôs, no art. 1º, que “as pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”.<sup>122</sup>

No Esboço do Código Civil, conferiu personalidade ao nascituro no art. 53, conceituando os seres concebidos no ventre materno como *personas por nascer*.<sup>123</sup>

Ao distinguir nascituro de prole eventual, assinalou que nascituro é pessoa, existe, não havendo nisso qualquer ficção.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis. História do Direito Brasileiro**. Vol I, 2003. p. 1. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 28/09/2017.

<sup>123</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 54.

<sup>124</sup> *Idem*.

Quanto à prole eventual, definiu como pessoas futuras, razão pela qual não ostentariam personalidade.

Dispôs, ainda, no art. 221 que “desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas”.<sup>125</sup>

Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, nos projetos que seguiram ao Esboço de Teixeira de Freitas, mantiveram a tradição de conferir personalidade ao nascituro.

No Projeto primitivo de Bevilacqua<sup>126</sup>, o jurista, da mesma forma, consignou que a “personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida” (art. 3º).

Cotejando as teorias natalista e concepcionista na nota ao referido artigo 3º do projeto primitivo, Bevilacqua sentencia que a personalidade jurídica do ser humano inicia com a concepção, asseverando que a verdade está:

Com aquelles que harmonizam o Direito Civil comsigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a lógica, como demonstrou TEIXEIRA DE FREITAS na luminosa nota ao art. 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege, comminando penas contra a provocação do aborto, a logica exige que se lhe reconheça o caracter de pessoa.<sup>127</sup>

No âmbito das discussões do projeto, o artigo sofreu reforma no seu conteúdo, deslocando o início da personalidade para o nascimento com vida. O dispositivo passou a figurar no artigo 4º do Código Civil de 1916, com os seguintes termos: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Apesar da modificação do artigo, entendemos que Bevilacqua filia-se à teoria concepcionista.

Segundo o autor, em nota ao artigo, optou-se pela personalização do ser humano a partir do nascimento com vida por “parecer mais prática”, observando, porém, que o nascituro figura como pessoa em diversos dispositivos do Código Civil de 1916.<sup>128</sup>

O conceito de Limongi França é, ao mesmo tempo, conciso e revelador: “nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 134.

<sup>126</sup> BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil Brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração**. v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. p. 35-36.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 36

<sup>128</sup> BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clovis Bevilacqua**. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. p. 171

<sup>129</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 142.

Chinelato<sup>130</sup> decompõe didaticamente a definição de França, explicitando os elementos do conceito:

- 1) Pessoa: indica a posição doutrinária de Limongi França, segundo o qual o nascituro é ente personalizado;
- 2) Por nascer: estabelece a distinção com o ente já nascido;
- 3) Concebido: fixa a diferença com a prole eventual;
- 4) Ventre materno: informa o *locus* propício ao desenvolvimento do nascituro.

Limongi França<sup>131</sup>, em defesa da teoria concepcionista, enfrentou os argumentos comumente utilizados pelos natalistas.

a) *O Embrião, seja no aspecto jurídico, seja em perspectiva filosófica, não é pessoa;*

“Filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de toda uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico-tomista), o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. [...] Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até mesmo a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro”.<sup>132</sup>

b) *Difícil atribuição de capacidade se inexistente pessoa;*

“A condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão-somente para que se consolide a sua capacidade jurídica”.<sup>133</sup>

“Embora a personalidade comece com a concepção, a capacidade jurídica só se consolida com o nascimento. A capacidade realmente supõe a personalidade, e esta, existe a partir da concepção, quer filosoficamente, quer sob o ponto de vista jurídico”.<sup>134</sup>

“Quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”.<sup>135</sup>

c) *A teoria concepcionista traria o inconveniente de que a mera alegação de gravidez modificar o curso das relações jurídicas;*

<sup>130</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.

<sup>131</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 143.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 144.

“É incabível supor que em ciência se possa admitir o valor de qualquer alegação infundada. No caso da gravidez, a alegação supõe a prova por perícia médico-legal”.<sup>136</sup>

Além desses argumentos, Limongi França ressalta a diversidade de direitos conferidos ao nascituro na ordem civil, assim como a tutela no direito penal e, ainda, a assunção de obrigação fiscal, quando donatário de bem imóvel.<sup>137</sup>

O direito experimentou relevante impacto com promulgação da Constituição Federal de 1988. Foi inaugurada uma ordem jurídica de tonalidade personalista com fundamento, orientação e primazia na dignidade da pessoa humana, consagrando em seu texto “valores fundamentais que justificam e legitimam a nova ordem jurídica [...] no qual a pessoa humana é referencial básico e primeiro da sistematização constitucional”.<sup>138</sup>

Não por acaso, a teoria concepcionista vem, progressivamente, ganhando espaço no cenário jurídico, em substituição à teoria natalista, ainda dominante.

A obra de Silmara Chinelato Tutela Civil do Nascituro representa um marco na pesquisa profunda sobre o ente concebido. *Verdadeiramente concepcionista*, como a própria jurista se define, Chinelato assevera que:

Certos direitos e determinados estados, atributos da personalidade, independem do nascimento com vida, o que refuta a tese de que aquela deste depende sempre. **Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um status ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade**, porque não há direito ou *status* sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a *certos e determinados* direitos *particularmente considerados*.

[...]

Nenhum homem é capaz de todos os direitos e de todas as obrigações reconhecidas pelo sistema jurídico. A personalidade é um valor. A capacidade é um *quantum*, a medida da personalidade”.<sup>139</sup> (Negrito incluído)

Francisco Amaral, recorrendo a uma interpretação lógico-sistemática entre a Constituição e o Código Civil, expressa convicção de que persiste no direito brasileiro a tradição romano-ibérica de que o nascituro é pessoa, sendo a concepção o termo inicial da personalidade.<sup>140</sup>

Maria Helena Diniz apresenta uma teoria concepcionista peculiar sobre o início da personalidade, ensinando que

na vida intra-uterina, tem o nascituro, e, na vida extra-uterina, tem o embrião personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material,

<sup>136</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 144.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 145

<sup>138</sup> AMARAL, Francisco. **O nascituro no Direito Civil Brasileiro: Contribuição do Direito Português**. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 8. Rio de Janeiro: 1990. p. 75. Disponível em: < [http://www.idclb.com.br/revistas/08/revista8%20\(11\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/08/revista8%20(11).pdf) >. Acesso em 19/10/2017.

<sup>139</sup> CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 168.

<sup>140</sup> AMARAL, Francisco. *Opus Citatum*, p. 89

alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.<sup>141</sup>

Em que pese sofisticada a teoria, entendemos a personalidade jurídica de modo a acompanhar a doutrina de Limongi França e Silmara Chinelato, para quem a personalidade é qualidade de quem é pessoa e, nesse sentido, una, não cabendo conjecturas sobre divisibilidade ou parcialidade. A personalidade surge com a concepção de modo integral e imutável, seguindo assim até o termo final, com a morte.

---

<sup>141</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35

## 2.6 Direitos da Personalidade

A expressão *direitos da personalidade* transmite a ideia de que, à personalidade, adere uma cadeia de específicos direitos, cuja natureza os distingue de outros, porque sua razão de existir na ordem jurídica repousa na humanidade do ente que os titulariza, sendo inerente ao homem, considerada em sua dimensão individual e em sociedade.

Os direitos da personalidade são reconhecidos à pessoa humana para a defesa dos valores inatos no homem, em função de sua estruturação física, mental e moral, assumindo, em vista de sua inerência à humanidade do ente, uma posição singular em relação aos demais direitos privados, destacando-se por serem intransmissíveis e irrenunciáveis.<sup>142</sup>

Positivistas e naturalistas compreendem a origem dos direitos da personalidade de maneira diversa.

Para os positivistas, os direitos da personalidade, embora sejam, em sua maioria, direitos inatos ao homem, devem ser reconhecidos como tais apenas aqueles corporificados em textos legais pelo Estado, uma vez que seria a positivação a razão de sua força jurídica.<sup>143</sup>

Para os naturalistas, os direitos da personalidade “se relacionam com os atributos inerentes à condição da pessoa humana”, cabendo ao Estado apenas o reconhecimento no ordenamento jurídico, seja no bojo da Constituição ou no âmbito da legislação ordinária.<sup>144</sup>

Independente da escola jurídica, prevalece na doutrina a tese de que “são direitos ínsitos na pessoa”<sup>145</sup>, restringindo-se ou não aos direitos positivados pelo Estado.

A condição humana assumiu relevo com a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que declarou a dignidade humana como fundamento da República, elevando os direitos inerentes do homem ao centro do sistema jurídico e conferindo uma tonalidade personalista ao direito posto.

Por esse prisma, Anderson Schreiber observa que a dignidade da pessoa humana, petrificada no texto constitucional, conferiu supremacia dos valores existenciais, sendo imperativo que os atributos da personalidade não sejam tratados sob a ótica patrimonialista que, por séculos, caracterizou o direito civil.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>146</sup> SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. In Diálogos sobre Direito Civil, v. II, coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <[http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Os\\_Direitos\\_da\\_Personalidade\\_e\\_o\\_Codigo\\_Civil\\_de\\_2002.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Os_Direitos_da_Personalidade_e_o_Codigo_Civil_de_2002.pdf)>. Acesso em 20/10/2017

Gustavo Tepedino, a seu turno, assevera que

a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram **cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana**, esta tomada como valor máximo pelo ordenamento.<sup>147</sup> (Grifo nosso).

A cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana possui o conteúdo aberto para o desenvolvimento dos direitos da personalidade ainda não descobertos pela inteligência humana. A doutrina debruça esforços e estudos sobre direitos ainda não positivados pelo legislador, mas que demandam respostas do judiciário, diante da complexidade da condição humana e da dinamicidade das relações sociais.

Nesse contexto, cite-se o Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil, em que o Conselho da Justiça Federal alinhou o direito ao esquecimento aos direitos da personalidade:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.<sup>148</sup>

A Constituição de 1988 expressa abertura ao desenvolvimento de novos direitos e garantias fundamentais decorrentes dos princípios por ela adotados (§§ 2º e 3º, do art. 5º, da CF88).

Assim, compartilhamos da ideia de que os direitos da personalidade não encontram limitação no texto legal ou constitucional, uma vez que, por identificarem-se com a condição humana, não figura o Estado (na sua função legiferante) o único definidor de direitos, pois lhe “compete, em verdade, reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram”.<sup>149</sup>

Como consequência da inerência ao ser humano, observa-se uma reciprocidade lógica entre a personalidade e os direitos (da personalidade) inatos ao homem.

<sup>147</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Personalidade e Capacidade na legalidade constitucional**. Disponível em: <<https://uerj.academia.edu/GustavoTepedino>>. Acesso em: 20/10/2017

<sup>148</sup> Conselho da Justiça Federal. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em 24/10/2017.

<sup>149</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Saraiva. São Paulo: 2015. p. 39.

Essa reciprocidade, em verdade, trata-se de uma sincronicidade. No preciso momento da concepção, em absoluta sincronia com o mundo físico, a personalidade surge no universo jurídico.

Assim, se o ente é pessoa (ser humano em sua projeção jurídica), lhe são conferidos, automática e instantaneamente, os direitos relativos à personalidade, porquanto inatos ao homem. Por outra via, se ao ente são atribuídos direitos da personalidade inerentes ao ser humano, então o ente, inequivocamente, é pessoa natural.

Nesse passo, é forçoso concluir, por mais esse ângulo, que o nascituro é pessoa natural, uma vez que a ordem jurídica lhe confere direitos da personalidade (inatos ao homem), cuja constituição se opera com a concepção, a partir da qual são imediatamente levados a efeito, não dependendo, para tanto, da ocorrência do nascimento com vida.

### **2.6.1 Espécies de direitos da personalidade titularizados pelo nascituro**

Quanto às espécies, nos guiamos pela disposição de Carlos Alberto Bittar, na obra *Os Direitos da Personalidade*, de modo a estudar especificamente os direitos da personalidade compatíveis com a condição do nascituro. Assim, na esteira de Bittar, destacamos os seguintes direitos da personalidade de que o nascituro é titular<sup>150</sup>:

#### **2.6.1.1 Direito à vida**

A vida é o direito da personalidade primário do ser humano.

Maria Helena Diniz assevera que o direito à vida condiciona a existência de todos os demais direitos da personalidade<sup>151</sup>, constituindo-se no “princípio do primado do mais relevante”<sup>152</sup>, uma vez que se sobreporia aos demais direitos em caso de colisão.

A vida é amplamente tutelada no ordenamento jurídico, inclusive e principalmente na Constituição Federal de 1988, garantindo-se a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, da CF88).

<sup>150</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 111.

<sup>151</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 25

Frise-se, à evidência do teor do *caput* do artigo 5º, que a Constituição Federal conferiu máxima amplitude à inviolabilidade da vida, abarcando a todos quantos se encontrem em território nacional, seja brasileiro ou estrangeiro, sem nenhuma espécie de discriminação, assim como sem qualquer restrição ao direito. Não há, portanto, qualquer discriminação ou restrição à vida humana protegida, podendo ser intrauterina, independente do estágio de desenvolvimento, ou nascida, seja criança, adulto ou idoso.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que, quanto ao nascituro, ou seja, ao ente concebido com vida uterina, é nítida a sua titularidade de direitos fundamentais, notadamente o direito à proteção da conservação da vida, reconhecendo-lhe, inclusive, como imanescentes os direitos da personalidade.<sup>153</sup>

Sarlet observa que, embora haja variações na doutrina,

**tem sido majoritariamente consagrado na doutrina brasileira, que igualmente assegura uma tutela constitucional e jusfundamental à vida não nascida (intrauterina),** mas também reconhece, em termos gerais, uma (ainda que diferenciada, a depender do autor) proteção à vida embrionária extrauterina.<sup>154</sup> (Grifo nosso)

Também o Pacto de São José da Costa Rica, de que a República brasileira é signatária, conferiu o direito à vida desde o momento da concepção, esclarecendo o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro no sentido de promover e resguardar o direito do nascituro à vida.

Na seara penal, registre-se o Título I da Parte Especial, do Código Penal, que versa sobre os crimes contra a pessoa, nos quais o bem jurídico tutelado é a vida, em seu sentido amplo. Quanto ao nascituro, o legislador penal lhe dedicou especial atenção nos tipos penais que criminalizam a prática do aborto (do art. 124 a 127, do CP), cujo bem jurídico tutelado é a vida intrauterina, a partir da concepção, em qualquer estágio de desenvolvimento.

Bittar assinala que o direito à vida possui um caráter negativo:

impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, visto que se não pode ceifar a vida humana, por si ou por outrem.<sup>155</sup>

Com imenso respeito à doutrina de Bittar, ousamos discordar nesse ponto, porquanto, no plexo de direitos conferido ao nascituro, o Estado não impõe apenas a abstenção de comportamento tendente a violar o direito à vida do ser concebido, mas também uma série de direitos de natureza promocional com vistas a propiciar as condições mais adequadas ao seu

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 219

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 220

<sup>155</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

desenvolvimento, seja através de políticas públicas estatais, seja reconhecendo a responsabilidade dos particulares, cujas ações positivas (e não apenas abstenções) devem contribuir para o regular desenvolvimento do ente que está por nascer.

Nesse contexto, diversas são as ações do Estado que promovem o regular desenvolvimento da vida do nascituro, a exemplo do atendimento pré-natal no Sistema Único de Saúde (art. 3º, III, da Lei nº 9.263/96), bem como a vinculação da gestante à maternidade na qual ela será atendida nos casos de intercorrência pré-natal (art. 1º, II, da Lei nº 11.634/07). Quanto às ações promocionais no âmbito dos particulares, destaque-se o direito aos alimentos gravídicos, os quais “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” (art. 2º, *caput*, Lei nº 11.804/08).

O direito à vida evidencia a personalidade jurídica do nascituro, sendo um consenso, mesmo entre os doutrinadores da escola natalistas, de que o ente concebido atua como titular do direito.

Embora partidário da teoria natalista, Caio Mario reconhece que a ordem jurídica assegura o direito à vida desde antes do nascimento, protegendo os interesses do nascituro com a punição do aborto.<sup>156</sup>

Pontes de Miranda, por seu turno, não apenas reconhece a titularidade do direito à vida pelo ente concebido, mas reconhece que “se a ofensa ao *non natus* é ofensa ao ‘direito’ à vida, desse direito é titular o feto; e então há pessoa, desde a concepção, pelo menos no direito penal”.<sup>157</sup>

Pode-se dizer superada na doutrina a teoria de que existe direito sem sujeito, sendo inconcebível admitir que o nascituro é titular do direito à vida e, ao mesmo tempo, ter afastada a personalidade jurídica.

A vida é direito incondicional, levado a efeito no mundo jurídico com a concepção, seja de forma negativa (exigindo abstenção de todos quanto a atos lesivos ao bem jurídico tutelado), seja de forma positiva (titularizando direitos prestacionais direcionados à promoção de sua vida, com desenvolvimento saudável).

---

<sup>156</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 158.

<sup>157</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. V.1. Rio de Janeiro. Borsoi, 1954, p. 173

Nesse ponto, pedimos *venia* para, novamente, discordar de Bittar, porquanto o jurista, embora afirme que o direito à vida manifesta-se com a concepção, assevera que tal direito está sob a condição do nascimento com vida.<sup>158</sup>

Não se vê como possível o direito à vida ser condicional, qualquer seja a condição. Segundo Bittar, “inicia-se como direito ligado à pessoa, quando o nascituro – que também dispõe desse direito –, ao ser liberado do ventre materno, passa a respirar por si”.<sup>159</sup>

Ora, quando passa a respirar por si, não se trata de nascituro, mas de nascido.

Frise-se, ainda, que não se inicia o direito à vida com a liberação do ventre materno, uma vez que a vida é direito de observância e fruição imediata, no tempo presente, não se submetendo a nenhuma condição, tampouco dependendo do nascimento com vida para ser regularmente exercido.

### 2.6.1.2 Direito integridade física

O direito à integridade física possui estreita relação com o direito à vida. Não basta ao homem o direito à vida, sendo necessário, por força da dignidade inerente à condição humana, que a vida seja plena, de modo que cada um possa irradiar suas potências a bem da coletividade e de si próprio.

Nesse contexto, a preservação da integridade física revela-se um componente fundamental para o exercício de uma vida plena, sem violações à esfera corpórea e mental do ser humano.

O direito à integridade física, conforme a lição de Bittar,

“consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos. Revestindo-se das qualidades gerais dos direitos da personalidade, acompanha o ente humano desde a concepção à morte, ultrapassando as barreiras fisiológicas e ambientais para alcançar tanto o nascituro como o corpo sem vida (cadáver)”.<sup>160</sup>

A integridade física comporta a tutela não apenas do elemento corpóreo, mas também da dimensão mental do ser, de modo a preservar o ente humano contra violações de natureza física e intelectual.

<sup>158</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

<sup>159</sup> *Idem*.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 129.

A Constituição de 1988 consagrou a integridade física à posição de direito fundamental, destinando-a de modo geral, a todas as pessoas, como, por exemplo, a determinação de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), ou de modo específico, como a garantia de que os presos terão direito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

A amplitude protetiva conferida pela Constituição Federal impede concluir pela máxima abrangência possível com referência aos sujeitos destinatários, na medida em que não restringiu a titularidade do direito à integridade física a determinadas pessoas, mesmo porque todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF88).

O direito do nascituro à integridade física, ao mesmo modo do direito à vida, requer observância de caráter abstencionista e prestacional.

Em uma perspectiva positiva, Silmara Chinelato assinala o desenvolvimento de procedimentos médicos com a finalidade de promover a saúde e a integridade física do nascituro durante todo o período gestacional, destacando-se, pela complexidade, as diversas cirurgias intrauterinas, cuja realização tem por destinatário o ente concebido.<sup>161</sup>

Chinelato cita, dentre outras intervenções médicas, a cirurgia intrauterina para correção de obstrução na bexiga do nascituro, que levaria ao óbito da criança logo após o nascimento; a operação do feto portador de hérnia do diafragma para assegurar o pleno desenvolvimento do pulmão do nascituro; cirurgias cardíacas para desentupimento da válvula aórtica; exames de baixa, média e elevada complexidade, da ultrassonografia à análise biológica molecular.<sup>162</sup>

Sob o ângulo negativo, exige-se de toda a coletividade o respeito à integridade física, de modo a abster-se de atos que violem o direito do nascituro.

Assim, sendo empreendida ameaça ou efetiva violação à integridade física do nascituro, surge o direito de reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (art. 12, CC02).

Ainda no campo do direito prestacional, os alimentos despontam como direito de eficácia horizontal, exigível do particular responsável, sendo, em regra, o pai do nascituro. Além de resguardar, em última instância, a vida, tem também, como finalidade imediata, a proteção da integridade física, sendo certo que o acesso à nutrição equilibrada, à assistência médica e psicológica, bem como às demais prescrições preventivas e terapêuticas necessárias durante o pré-natal auxiliam no bom desenvolvimento do feto.

---

<sup>161</sup> CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 312.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 313

Na seara trabalhista, a legislação instrumentaliza a preservação da integridade física do nascituro, afastando a gestante de atividades insalubres, conforme recomendação médica, observados os critérios de cada caso. O afastamento visa a preservar a integridade física do nascituro, na medida em que a sua existência (no mundo físico e no universo jurídico) faz surgir o direito ao trabalho livre de insalubridade.

### 2.6.1.3 Direito ao corpo

O corpo humano é o instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo, integrando-se no rol dos direitos da personalidade, tendo início desde a formação da vida (concepção) até a morte.<sup>163</sup>

O direito ao corpo mantém relação com os direitos à vida e à integridade física, os quais funcionam como limites aos atos de disposição do corpo que ensejem violação à vida ou à saúde física, ou acarrete deformação corpórea permanente.

A esse respeito, o artigo 13 do Código Civil de 2002 dispõe que, ressalvada a exigência médica, é vedado o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

O direito ao corpo sugere uma relação da pessoa com seu próprio corpo, a fim de conferir-lhe autonomia sobre seu instrumento físico para a realização dos atos da vida civil. Não significa, entretanto, como deixa claro o texto legal, que a autonomia corpórea seja irrestrita e inconsequente, de modo que comporta limites de ação e de disposição.

Quanto ao nascituro e aos limites que sua condição impõe à disposição do próprio corpo, Bittar observa que “a não aceitação de filhos indesejáveis tem sido o móvel de submissão da mulher ao abortamento, que, detectado, fica sujeito às sanções apresentadas, respondendo os exequentes por eventuais consequências danosas às vítimas”.<sup>164</sup>

O direito ao corpo tem sido pauta para argumentar em favor da livre prática do abortamento, uma vez que – justifica Daniel Sarmiento<sup>165</sup> – a gestação desenvolve-se no corpo da mulher, circunstância na qual o seu direito à privacidade sofreria interferência, ensejando, em consequência “o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular”,

---

<sup>163</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141

<sup>164</sup> *Idem*.

<sup>165</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 240. Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 26/10/2017.

sendo “difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade”.

Com muito respeito, discordamos da ideia esposada pelo jurista.

Em verdade, a gravidez não é imposta à mulher, ou ao casal, mas tão somente o resultado material do livre exercício do direito ao corpo, se advier, por óbvio, da prática sexual consensual, ensejando, em virtude disso, a responsabilidade parental para com o nascituro, a fim de assegurar todos os direitos a ele compatíveis na ordem jurídica, seja prestando pessoalmente ou exigindo do Estado.

Não se trata de intervenção heterônoma sobre o corpo de seu titular, mas resultado óbvio e esperado de quem exercita, livremente, suas potências sexuais.

O nascituro, em razão de sua completa impossibilidade para exprimir sua vontade, está sujeito, não ao descarte, mas aos cuidados dos responsáveis pelo seu surgimento no mundo físico. A lei civil o põe sob curatela dos responsáveis para realização dos atos necessários à preservação e concretização dos seus direitos, cabendo-lhes a observância das regras atinentes ao exercício da tutela (art. 1.781, CC02), destacando-se o dever de defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição (art. 1.740, I, CC02).

Assim, atuando como representante do nascituro para a salvaguarda de seus direitos, é vedado à genitora praticar atos que importem diminuição permanente da integridade física do nascituro, tanto quanto lhe é vedado praticar contra seu próprio físico.

#### **2.6.1.4 Direito à Imagem**

Segundo a lição de Bittar, a imagem

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).<sup>166</sup>

No âmbito do Código Civil, a disciplina está tratada no artigo 20, o qual estabelece que a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas a seu requerimento, estando sujeita a indenização em caso de dano à honra, boa fama ou respeitabilidade, bem como na hipótese de se destinarem a fins comerciais.

<sup>166</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 153

O Enunciado nº 1 do Conselho da Justiça Federal, da I Jornada de Direito Civil, dispõe “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Resta claro, pela dicção do enunciado, que o Conselho reconhece a titularidade do nascituro quanto ao direito de imagem.

A doutrina passou a considerar um duplo sentido ao direito à imagem, de acordo com a peculiaridade do caso, reconhecendo a existência da imagem-retrato e a da imagem-atributo.<sup>167</sup>

A imagem-retrato refere-se ao aspecto físico, tomado no todo ou em parte, que funcione como representação da pessoa através de fotografia, escultura, desenho e outras representações que requeiram autorização, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF88).<sup>168</sup>

A imagem-atributo refere-se ao conteúdo socialmente identificável da pessoa, correspondendo ao conjunto de qualidades pelo qual é reconhecida, ensejando o direito de resposta diante de ato que cause agressão à imagem, sendo assegurada indenização por dano decorrente da violação (art. 5º, V, CF88).<sup>169</sup>

Abstraindo as espécies e sentidos do direito à imagem, Silmara Chinelato assinala que o nascituro é titular desse direito da personalidade, tendo em vista que “a ultrassonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade de consentimento do titular da imagem por seu representante legal”.<sup>170</sup>

Registre-se que hipótese apontada pela jurista está consignada no livro *Tutela Civil do Nascituro*, cuja última edição data do ano 2000. Passados dezessete anos (2017), é patente o extraordinário avanço tecnológico dos equipamentos de imagens e vídeos que registram o nascituro no ambiente uterino, sendo possível, inclusive, a construção tridimensional de detalhes morfológicos faciais do nascituro, com reprodução em cores.

Nesse quadro, acompanhamos o entendimento da doutrinadora, ratificando que o direito da personalidade à imagem tem plena constituição e exercício durante a vida em ambiente intrauterino, não necessitando do nascimento com vida para ser levado a efeito.

---

<sup>167</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 65

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 66

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 66

<sup>170</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 199

### 2.6.1.5 Direito à identidade: Nome

Limongi França ensina que o direito à identidade pessoal “é o direito que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é e de não ser confundida com outrem”, manifestando-se através do direito ao nome, ao pseudônimo, ao título e ao signo figurativo.<sup>171</sup>

O direito ao pseudônimo refere-se à faculdade de que a pessoa dispõe para identificar-se por designação diversa do seu nome, frequentemente utilizado no mundo artístico, literário e jornalístico.

O direito ao título relaciona-se à identificação da pessoa por meio de seus títulos científicos, honoríficos ou militares, utilizados em lugares e circunstâncias específicos, de forma complementar ao nome.

O direito ao signo figurativo revela a faculdade de que dispõe a pessoa para identificar-se por meio da utilização de brasões familiares ou títulos de qualificação ou pertencimento a grupos sociais.

Entendemos que direito ao pseudônimo, ao título e ao signo figurativo são incompatíveis com a condição do nascituro, mesmo porque, como destaca França, são faculdades disponíveis à pessoa, não se verificando uma relação de inerência desses direitos à condição humana.

O direito ao nome, por seu turno, não se reveste de facultatividade, tratando-se de direito da personalidade ínsito à condição humana, diante da natural necessidade de individualização da pessoa no mundo.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que o direito à identidade pessoal, como direito da personalidade, poderia ser deduzida de “uma cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, como, de resto, ocorre com o direito ao nome”.<sup>172</sup>

Nesse contexto, em nota, Sarlet referencia o acórdão proferido no âmbito do Recurso Extraordinário nº 248.869-1 (07/08/2003), com relatoria do Ministro Maurício Corrêa, no qual restou consignado que:

“o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível”.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4ed. rev. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1980. p. 415-416.

<sup>172</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89

<sup>173</sup> *Idem*.

A individualização pelo nome não remonta apenas ao âmbito privado, apresentando também um aspecto público, referente à tutela penal e administrativa, bem como a obrigação do nome a que cada pessoa se submete.<sup>174</sup>

Registre-se a rejeição, por alguns, quanto ao entendimento de que o direito ao nome reflete um direito inerente à pessoa, uma vez que não seria um direito originário, já que a pessoa não nasce com nome.

Nesse ponto, há de se distinguir o *nome* do *direito ao nome*. O nome, em si, é a designação utilizada para identificação pessoal do sujeito, sendo atribuída à pessoa por outrem, não se tratando, portando, de um caractere originário do ser humano. O nome não surge com a concepção ou com o nascimento, estando a pessoa sujeita à especificação nominal em tempo oportuno pelos seus responsáveis. Isso não significa, porém, que inexistam o direito ao nome, que com o nome não se confunde. O direito constitui-se com a concepção, adquirindo eficácia por ocasião da designação (prenome e patronímico) no ato de registro cartorário.

Corroboram com esse entendimento, o Enunciado nº 01, da I Jornada de Direito Civil (Conselho de Justiça Federal), cuja proposição consignou que “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”, evidenciando que o nascituro é titular do direito ao nome.

### 2.6.1.6 Direito à honra

Trata-se de elemento de natureza moral, ínsita à condição humana, conferida a todos indistintamente. No direito à honra, tutela-se a reputação e a consideração social para alcançar a paz coletiva e para preservar a dignidade humana.<sup>175</sup>

A honra pode ser compreendida sob duas perspectivas distintas.

Sob um foco subjetivo, a honra é tomada pelos conceitos e impressões que a pessoa tem de si própria, correspondendo ao “sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade”.<sup>176</sup>

<sup>174</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 416.

<sup>175</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 201

<sup>176</sup> GAGLIANO, Stolze Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodoldo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral** v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

Sob um prisma objetivo, a honra refere-se aos conceitos e impressões que o coletivo social tem em relação ao indivíduo, ou seja, “à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade”.<sup>177</sup>

Confere-se à honra tutela penal e civil para proteção, em última instância, da dignidade humana.

No âmbito penal, a honra é tutelada através da criminalização dos atos de calúnia, difamação e injúria, capitulados, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140, do Código Penal Brasileiro.

Quanto ao crime de calúnia, legalmente definido como a falsa imputação a alguém quanto a fato definido como crime, não se mostra possível o cometimento em face do nascituro, porquanto lhe é impossível figurar no pólo passivo, dada a sua condição em vida intrauterina.

Pela mesma razão, impossível ao nascituro assumir a posição de sujeito passivo no crime de difamação, definido pela lei criminal como a imputação a alguém quanto a fato ofensivo à sua reputação.

Quanto ao crime de injúria, conceituado como ofensa à dignidade ou o decoro da pessoa natural, rejeita-se ao nascituro a posição de vítima, uma vez que a configuração do tipo penal depende da compreensão do destinatário da ofensa empreendida, já que o bem jurídico tutelado alcança a honra na sua dimensão subjetiva<sup>178</sup>, fazendo-se necessário que o ofendido tenha “a capacidade de entender o caráter ofensivo da conduta do sujeito ativo, isto é, devem ter consciência de que está sendo lesada sua dignidade ou decoro”.<sup>179</sup>

Para ilustrar a incompatibilidade do nascituro como sujeito passivo do crime de injúria, cite-se a queixa-crime proposta pela cantora Wanessa Camargo e por seu marido Marcus Buaiz, por si próprios e como representantes do nascituro, também querelante, contra o humorista Rafael Bastos pelo crime de injúria, por ter o querelado ofendido a honra de Wanessa Camargo e de seu filho, nascituro, à época, logo após a exibição de entrevista da cantora, em quadro do programa CQC, da TV Bandeirantes.

Em decisão declaratória de incompetência, a juíza de Direito Juliana Guelfi, da 14ª vara Criminal de SP deixou consignado que “não se ignora a Teoria Concepcionista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde o momento da concepção

---

<sup>177</sup> GAGLIANO, Stolze Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodoldo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral** v.1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

<sup>178</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 346

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 347

possuindo, portanto, capacidade de ser parte, podendo, assim, figurar no polo ativo de demandas, desde que devidamente representado”.<sup>180</sup>

A magistrada, no entanto, ressaltou que o caso “cuida de falta de legitimidade *ad causam*. Isto porque o crime de injúria é uma ofensa à honra subjetiva, de modo que a pessoa deve ter consciência da dignidade ou decoro”.<sup>181</sup>

Assim, a Juíza asseverou a inevitabilidade de “se reconhecer que o nascituro não pode ser sujeito passivo de injúria, analisando-se que, no caso, não tem a mínima capacidade psicológica de entender os termos e o grau da ofensa à sua dignidade e decoro”.<sup>182</sup>

Na seara extrapenal, porém, a violação à honra do nascituro está sujeita à indenização, sendo reconhecida sua personalidade jurídica.

Bittar observa que, na proteção civil, “o direito é extensível a pessoas jurídicas, alcançando, como entende a doutrina, incapazes e até mesmo pessoa de má fama (naquilo que se integre á sua parte débil)”.<sup>183</sup>

Assim, a violação à honra, boa fama ou respeitabilidade através da divulgação de escritos, da transmissão da palavra, ou a publicação, exposição ou utilização da imagem ensejará a reparação indenizatória do dano empreendido (art. 20, CC02).

No caso em que envolveu o nascituro da cantora Wanessa Camargo, um processo civil foi ajuizado em face de Rafael Bastos, com vistas ao ressarcimento do dano moral experimentado pelo ente concebido e seus genitores.<sup>184</sup>

Rafael Bastos suscitou ilegitimidade ativa do nascituro, argumentando que a personalidade jurídica ocorre com o nascimento com vida, havendo no período gestacional apenas uma expectativa de direito.

Sobreveio sentença, na qual o juiz da causa asseverou que nascituro é titular do direito à honra e à imagem, podendo figurar no polo ativo, não havendo a ilegitimidade *ad causam* levantada pelo requerido.

No âmbito da 2ª instância, na 10ª Câmara de Direito Privado, o relator, Desembargador João Batista Vilhena, ao julgar a apelação interposta por Rafael Bastos, explicitou em seu voto que:

“o nascituro tem capacidade ativa a ele garantida pelo fato de ter a lei posto a salvo seus direitos desde a concepção, na forma do art. 2º, do Código Civil. Esta condição

<sup>180</sup> Vide Decisão (inteiro teor), Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/abrirDocumentoVinculadoMovimentacao.do?processo.codigo=1E001JVS0000&cdDocumento=150672&nmRecursoAcessado=Decis%C3%A3o+Proferida>>. Acesso em 27/10/2017.

<sup>181</sup> *Idem*

<sup>182</sup> *Idem*

<sup>183</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205

<sup>184</sup> Vide Acórdão (inteiro teor), disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22748385/apelacao-apl-2018380520118260100-sp-0201838-0520118260100-tjsp/inteiro-teor-110959839#>>. Acesso em 27/10/2017.

legal confere ao nascituro legitimidade ativa, capacidade de estar em juízo, na defesa de tais direitos, ainda que, a princípio, o faça por intermédio de seus representantes legais, o quanto ocorreu nestes autos”.<sup>185</sup>

No mérito, foi reconhecido o direito à honra do nascituro (e dos genitores), cuja violação culminou com o pagamento de indenização para reparação do dano causado.

---

<sup>185</sup> Vide Acórdão (inteiro teor), disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22748385/apelacao-apl-2018380520118260100-sp-0201838-0520118260100-tjsp/inteiro-teor-110959839#>>. Acesso em 27/10/2017.

## 2.7 (Outros) Direitos do nascituro no ordenamento jurídico

O nascituro, diante de sua relevância ontológica, recebe tratamento jurídico em diplomas diversos do ordenamento jurídico brasileiro, exercendo influência decisiva em uma imensa pluralidade de situações fáticas, o que reforça ainda mais a sua personalidade civil, confirmada pela perspectiva de muitos ramos do direito brasileiro contemporâneo.

### 2.7.1 (Outros) Direitos positivados no Código Civil

O artigo 2º do Código Civil dispõe que:

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

A partir da interpretação gramatical, a primeira parte do artigo parece sugerir que a personalidade jurídica da pessoa natural inicia-se do nascimento com vida.

A partir dessa interpretação, muitos juristas brasileiros sustentam que o Código Civil pátrio teria adotado a teoria natalista, de modo que o nascituro não ostentaria personalidade jurídica, sem a qual não seria pessoa.

Discordamos da escola natalista, à medida em que a observação do ordenamento jurídico, tomado em uma perspectiva panorâmica, não se exigindo minuciosa análise, já impõe pensamento diverso, à vista de tantas incoerências e contradições surgidas com a adoção dessa teoria.

Um estudo ampliado, considerando, porém, apenas dispositivos do Código Civil, já forneceria elementos bastantes para confirmarmos o início da personalidade jurídica do ser humano a partir da concepção biológica, tendo em vista que, em variadas passagens, o nascituro recebe tratamento jurídico de pessoa.

Um estudo sistêmico, considerando diversos diplomas do ordenamento jurídico, pela mesma razão, torna irresistível a adoção da teoria concepcionista.

Quanto à primeira parte do artigo 2º, advirta-se, de logo, que não deve ser interpretada de forma isolada, sendo imperativo conformá-la aos demais dispositivos do Código Civil, a fim de que a compreensão sobre o nascituro reflita a sua natureza.

A segunda parte do dispositivo estabelece que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O próprio artigo, portanto, informa que o nascituro é titular de direitos desde a concepção, sem especificá-los, seja exemplificativa ou taxativamente. Nesse passo, não há falar em expectativa de direitos, como muitos juristas assim compreendem, uma vez que o dispositivo não restringiu a constituição dos direitos do nascituro.

Silmara Chinelato observa que:

Além da impropriedade técnico-vocabular incontornável, ao consignar “direitos” em vez de expectativas, tal entendimento traz o inconveniente de não justificar os direitos e estados que independem do nascimento com vida e que são atribuídos ao nascituro pelo simples fato da concepção.<sup>186</sup>

De fato, muitos direitos são conferidos ao nascituro e levados a efeito sem qualquer condicionante, desde a concepção, a exemplo dos direitos da personalidade compatíveis com a situação do ente concebido, bem como do direito a alimentos, ao reconhecimento de filiação, à doação, à herança e legado, à curatela, dentre outros direitos.

### 2.7.1.1 Alimentos

O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos (art. 1.696, CC02). A condição de filho é estabelecida com a concepção, a partir da qual o nascituro torna-se titular do direito, podendo exigí-lo em juízo, nos termos da Lei de Alimentos Gravídicos, devendo a prestação ser capaz de cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto (art. 2º, Lei nº 11.804/2008).

O direito do nascituro a alimentos é corolário do direito à vida, a fim de garantir a subsistência, bem como à integridade física, para assegurar o desenvolvimento saudável, uma vez que o valor fixado objetiva sua existência e desenvolvimento com dignidade.

Em que pese a Lei de Alimentos Gravídicos informar que o direito a alimentos é conferido à mulher gestante (art. 1º), resta claro o entendimento de que o direito é estabelecido ao nascituro. A esse respeito, Silmara Chinelato elabora crítica à nomenclatura dada pela Lei nº 11.804/2008, tendo em vista que o diploma:

<sup>186</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 197

trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ — desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher — desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo da premissa errada, o que repercute no teor da lei.<sup>187</sup>

Realmente, os alimentos são destinados ao nascituro, sem o qual não haveria o direito constituído, tampouco os instrumentos jurídicos necessários para efetiva fruição. Ademais, além do pai prover os alimentos, também a própria genitora é responsável por contribuir com o pagamento de despesas, na proporção de seus rendimentos.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, no mesmo sentido, assinalam que a dicção do artigo 6º da Lei de Alimentos Gravídicos corrobora com o entendimento de que o nascituro titulariza o direito, na medida em que:

fixados os alimentos gravídicos e sobrevindo o nascimento sem impugnação da paternidade, eles serão convertidos em pensão alimentícia em favor da criança. **Ora, se os alimentos gravídicos se convertem em pensão alimentícia em favor do infante, logicamente é porque foram fixados em seu favor.** Afinal de contas, não poderiam ser fixados em favor da gestante e, posteriormente, serem convertidos em favor do filho dela – que, nesse caso, não seria parte da relação jurídica processual. Assim, firmamos nossa compreensão na legitimidade do próprio nascituro para reclamar os alimentos gravídicos.<sup>188</sup> (Grifo nosso)

Corroborando com essa linha de pensamento, o Judiciário tem afirmado o nascituro como titular do direito a alimentos, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Havendo indícios da paternidade apontada, **é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro**, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso desprovido.<sup>189</sup> (Grifo incluído)

Frise-se que essa espécie de alimentos, por sua natureza, é concedida ao nascituro durante o período gestacional, sendo, por conseguinte, de eficácia imediata, não dependendo, portanto, do nascimento com vida.

<sup>187</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coord.). Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3 ed. São Paulo: Manole, 2010, p. 29

<sup>188</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012. p. 307

<sup>189</sup> Rio Grande do Sul. TJRS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70069631729. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado: 27/07/2016. DJRS: 28/07/2016. , disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 28/10/2017

### 2.7.1.2 Reconhecimento de filiação

O reconhecimento dos filhos tem caráter irrevogável e pode ser realizado por meio do registro do nascimento, por escritura pública ou escrito particular a ser arquivado em cartório, por testamento, ainda que incidentalmente manifestado e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (art. 1.609, caput, CC02).

O reconhecimento de filiação pode ser voluntário ou judicial. Ressalvado o registro de nascimento, o nascituro pode ter a filiação reconhecida pelos demais instrumentos assinalados.

Flávio Tartuce defende que Ministério Público e Defensoria Pública possuem legitimidade extraordinária para atuarem como substitutos processuais em ação investigatória de paternidade. O nascituro é legitimado a promover por si a ação, com o fito de ter reconhecida a filiação, hipótese em que deverá ser representado em juízo, geralmente pela mãe.<sup>190</sup>

A legitimidade foi reconhecida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

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.**<sup>191</sup> (Grifo nosso)

A disciplina do reconhecimento de filho confirma a personalidade jurídica do nascituro, uma vez que o ato de reconhecimento pode preceder o nascimento (parágrafo único, art. 1.609, CC02), tendo como destinatário, portanto, o nascituro. De coisa (*res*), é evidente, não se reconhece a paternidade, porquanto somente a pessoa é destinatária do reconhecimento de filiação.

### 2.7.1.3 Representação e Curatela

A representação é o veículo pelo qual a manifestação de vontade de uma pessoa é exercida por outra, na exata medida dos poderes conferidos ao representante pela lei ou pelo interessado.

<sup>190</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de família**. v. 5. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 405

<sup>191</sup> Minas Gerais. TJMG. 8.ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0024.04.377309-2/001. Relator: Des. Duarte de Paula, j. 10.03.2005. DJMG 10.06.2005.

Silvio Venosa ensina que

a noção fundamental, pois, é a de que **o representante atua em nome do representado, no lugar do representado**. O representante conclui o negócio não em seu próprio nome, mas como pertencente ao representado. Quem é a parte no negócio é o representado e não o representante. Reside aí o conceito básico da representação.<sup>192</sup> (Grifo incluído)

A Lei Civil estabelece que os poderes de representação são conferidos por lei ou pelo interessado (art. 115, CC02) ao representante, cuja manifestação de vontade correrá nos limites de seus poderes, produzindo efeitos em relação ao representado (art. 116, CC02).

Do preceito legal, extrai-se que a representação pode ser legal ou voluntária. Acrescente-se, ainda, a representação judicial, na hipótese em que o juiz nomeia administradores no curso de um processo.<sup>193</sup>

Venosa assinala que:

a representação legal ocorre quando a lei estabelece, para certas situações, uma representação, o que ocorre no caso dos incapazes, na tutela, curatela etc. Nesses casos, o poder de representação decorre diretamente da lei, que estabelece a extensão do âmbito da representação, os casos em que é necessária, o poder de administrar e quais as situações em que se permite dispor dos direitos do representado. A representação voluntária é baseada, em regra, no mandato, cujo instrumento é a procuração. A figura da representação não se confunde com a do mandato.<sup>194</sup>

O nascituro tem direito à representação legal, como consequência natural do poder familiar (art. 1630, CC02), competindo aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. (art. 1690, CC02).

A curatela é espécie de representação legal (não voluntária), sujeitando o nascituro de forma subsidiária, excepcional, uma vez que somente se dará curador ao ente concebido, se os seus pais, por qualquer razão, não tiverem o poder familiar. Assim, não havendo necessidade de nomear-lhe um curador, o nascituro estará sujeito ao poder familiar, de ambos os pais, qualquer seja a situação conjugal em que se encontrem (art. 1.634, CC02).

No entanto, em caráter excepcional, será nomeado curador ao nascituro, caso o pai não tenha reconhecido a filiação (art. 1.633, CC02) ou tenha falecido, estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar (art. 1.779, CC02).

O direito à representação e à curatela reforçam o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, uma vez que, nas palavras de Teixeira de Freitas, “o nada não se representa”, mas sim uma pessoa, em nome de quem o representante atua.

<sup>192</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v.1. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 348

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 350

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 350

## 2.7.1.4 Direitos patrimoniais: Doação e herança.

### 2.7.1.4.1 Doação

O Código Civil pátrio dispõe, no artigo 542, que “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

O dispositivo encerra, com clareza, o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, uma vez que, expressamente, lhe atribui a figura do donatário.

Prevalece, na doutrina brasileira, o entendimento de que o contrato de doação requer a manifestação de vontade do donatário para imprimir a aceitação da liberalidade, de modo a aperfeiçoar o contrato no mundo jurídico (plano da existência).

Sílvio Venosa<sup>195</sup> ensina que “a aceitação pode ser expressa ou tácita, admitindo a lei que também seja presumida. [...] No entanto, embora presumida, a aceitação sempre se fará presente”. Segundo o jurista, quando à doação pura para absolutamente incapaz (art. 543, CC02), o silêncio manifesta aceitação (presumida) do benefício.

Nesse passo, concordamos com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona<sup>196</sup>, quando asseveram que a doação é contrato bilateral na origem, haja vista a necessária manifestação de vontade para aceitação (que pode ser tácita, expressa ou presumida), mas unilateral nos efeitos, uma vez que não se exige contraprestação do donatário. Assim, somente após a aceitação, o contrato de doação é constituído no mundo jurídico (plano da existência).

Em relação ao contrato de doação para nascituro, Flavio Tartuce, com entendimento diverso, assinala que a aceitação do representante legal encontra-se no plano de validade do contrato.<sup>197</sup>

Além disso, Tartuce assevera que

a eficácia do contrato depende do nascimento com vida do donatário, havendo uma doação condicional, segundo o entendimento majoritário.

Em outras palavras, se o donatário não nascer com vida, caduca a liberalidade, pois se trata de direito eventual, sob condição suspensiva. No entanto, se tiver um instante de vida, receberá o benefício, transmitindo-o a seus sucessores.<sup>198</sup>

<sup>195</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. v.3. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 106

<sup>196</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos em espécie**. v. 4. t. II. 10. Ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142

<sup>197</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2016. p. 349

<sup>198</sup> *Idem*.

Quanto ao plano da existência, de nossa parte, entendemos que, embora o dispositivo apresente o vocábulo “valerá”, tal manifestação de vontade representa um elemento constitutivo do negócio jurídico<sup>199</sup> (manifestação de vontade; agente emissor da vontade; objeto; forma), não um pressuposto de validade<sup>200</sup> (manifestação de vontade livre e de boa-fé; agente emissor da vontade capaz e legitimado para o negócio; objeto lícito, possível e determinado/ou determinável; forma adequada).

Manifestada a aceitação pelo representante legal, reputa-se constituído o direito do nascituro. Cumpre, então, analisar pressupostos de validade do negócio jurídico: manifestação de vontade livre e de boa-fé; agente emissor da vontade capaz e legitimado para o negócio; objeto lícito, possível e determinado/ou determinável; forma adequada.

Para tanto, retome-se o conceito de doação referido no Código Civil pelo artigo 538, segundo o qual “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Saliente-se, de início, que o dispositivo assinala uma imprecisão técnica ao dispor que a transferência da propriedade ocorre com o contrato. Em verdade, o modelo adotado pelo direito brasileiro estabelece que a transferência do domínio opera-se pela tradição, se coisa móvel (art. 1.267, *caput*, CC02), ou pelo registro, se imóvel (art. 1.245, CC02).

Nesse contexto, a forma do contrato de doação, a fim de verificar o cumprimento dos pressupostos de validade, será considerada adequada, de acordo com a natureza da coisa, objeto da doação, tendo em vista que as características da *res* impõem instrumentos específicos para a válida concretização do negócio.

Satisfeitos os demais pressupostos de validade, temos por válido o contrato de doação ao nascituro (plano de validade).

Quanto aos efeitos, ou seja, a transferência da propriedade doada, há que se observar, novamente, a natureza da *res* (objeto do contrato), uma vez que as suas características impõem modos específicos de transferência.

Além disso, no plano da eficácia, são analisados os elementos acidentais do negócio jurídico: o termo, a condição e o modo ou encargo.<sup>201</sup>

Discute-se na doutrina sobre a presença do elemento *condição* quando se trata de direito conferido ao nascituro, uma vez que a adesão a uma ou outra teoria sobre o início da personalidade jurídica tem papel determinante na abordagem do tema.

<sup>199</sup> GAGLIANO, Stolze Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral** v.1. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 368

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 378

<sup>201</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2016. p. 346

Entre natalistas, o contrato de doação não constitui direito à coisa, mas uma mera expectativa de direitos, de modo que o nascimento com vida atua como uma condição suspensiva à própria constituição do direito patrimonial.

Para os adeptos da teoria da personalidade condicional, os direitos patrimoniais da doação estariam, ao mesmo modo dos natalistas, sujeitos a condição suspensiva para surgimento do direito no mundo jurídico.

Para os juristas da escola concepcionista, o direito é constituído pelo contrato de doação, não havendo falar em condição para a constituição do direito à *res* doada, porquanto o contrato, aperfeiçoado, adentrou o mundo jurídico. Há, no entanto, diversidade de entendimento quanto à ocorrência dos efeitos do negócio jurídico.

Há, entre os concepcionistas, quem considere que, sob quaisquer circunstâncias da doação, os efeitos serão condicionados suspensivamente ao nascimento com vida. Ou seja, o direito encontra-se constituído e válido, mas somente ocorrerão efeitos se implementada a condição suspensiva do nascimento com vida. Nesse sentido, Tartuce.

Há, ainda, entre os concepcionistas, quem entenda que, sob quaisquer circunstâncias da doação, o direito à coisa será levado a efeito, antes do nascimento com vida. Nesse sentido, Silmara Chinelato.

Chinelato entende que a doação será levada a efeito antes do nascimento com vida, mas o direito patrimonial estaria sob condição resolutiva, na hipótese de o feto nascer *sem* vida. Assim, os efeitos seriam experimentados desde logo, podendo os representantes do nascituro entrar na posse da coisa doada, mas, em caso de nascimento *sem* vida, o direito se extingue, se resolve.<sup>202</sup>

De nossa parte, entendemos que a verificação dos efeitos da doação impõe análise conjunta, envolvendo a natureza da *res* (móvel ou imóvel) e do elemento acidental condição, haja vista que o efeito da doação (transferência da propriedade por tradição ou registro) poderá ou não ser condicionada, de acordo com as características da coisa doada.

Diante de nossa filiação à teoria concepcionista, entendemos que a personalidade jurídica inicia-se com a concepção, não havendo falar em condição para adquirir de direitos para os quais o nascituro já ostenta capacidade jurídica para titularizar.

Ora, pela dicção do artigo 542, do Código Civil, é cristalina a capacidade jurídica do nascituro para receber doação. Disso, não há dúvidas. O representante legal *supre*, por óbvio, a sua incapacidade para o exercício do ato.

---

<sup>202</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 199

No entanto, os efeitos da doação ao nascituro são determinados fundamentalmente pela natureza do objeto doado.

Assim, quando se tratar de doação de *res*, cuja transferência se concretize com a simples tradição, não há falar em efeitos apenas a partir do nascimento com vida, uma vez que não terá qualquer termo, condição ou modo a ser implementado. Nessa hipótese, havendo tradição, os representantes do nascituro entram na posse da coisa.

Logo, quanto à doação de coisa móvel, concordamos com Silmara Chinelato quanto aos imediatos efeitos da doação, de acordo com sua proposição a respeito da inversão da espécie de condição que integra o elemento accidental do negócio jurídico. Segundo a jurista, as condições resolutive e suspensiva podem converter-se uma na outra, pois uma condição suspensiva positiva pode ser expressa sob a forma de uma condição resolutive negativa. Assim, a condição suspensiva positiva do “nascimento *com* vida” pode converter-se em condição resolutive negativa do “nascimento *sem* vida”.<sup>203</sup>

Com essa inversão de perspectiva, a ideia de uma condição resolutive negativa adequa-se perfeitamente à teoria concepcionista, uma vez que o nascituro (pessoa desde a concepção) tem capacidade para titularizar o direito patrimonial e, sendo assim, experimentaria os efeitos desde a constituição do direito patrimonial, na medida em que seus representantes entrem na posse da coisa móvel. Na hipótese de nascimento sem vida, extingue-se o direito.

Entendemos, porém, que a condição resolutive negativa seja adequada apenas na doação de coisa móvel, uma vez que, nesse caso, a tradição é suficiente para operar a transferência da propriedade e, assim, gerar os efeitos esperados do negócio jurídico. Em se tratando de doação de coisa imóvel, pensamos que o tratamento deva ser outro, em razão da solenidade exigida para a transferência da propriedade.

No caso de coisas imóveis, cuja transmissão da propriedade depende de registro cartorário, entendemos que a escritura pública somente poderá ser registrada com o nascimento com vida, tendo em vista os requisitos formais exigidos do donatário para perfeito, válido e eficaz registro cartorário, tais como: o nome, domicílio e nacionalidade (art. 176, §1º, inc. III, *item* 2, da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos), assim como o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou do Registro Geral da cédula de identidade (art. 176, §1º, inc. III, *item* 2, *letra a*, da LRP). Tais requisitos formais somente são constituídos com o nascimento com vida.

Dessa forma, a doação de coisas imóveis, embora aperfeiçoados os elementos constitutivos do contrato e observados os pressupostos de validade, tem sua eficácia diferida

---

<sup>203</sup> CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 199

pela condição suspensiva do nascimento com vida, uma vez que a transmissão da propriedade do imóvel somente ocorre com o registro cartorário.

#### 2.7.1.4.2 Herança

O Código Civil pátrio conferiu direitos sucessórios ao nascituro.

O artigo 1.798 dispõe sobre a capacidade jurídica para suceder, estabelecendo que os nascituros figuram como legitimados à sucessão.

Diante dos avanços tecnológicos no campo da reprodução assistida, tem-se discutido na doutrina se o embrião crioconservado seria também legitimado a suceder, uma vez que se encontra concebido, geneticamente individualizado.

A análise sobre o embrião crioconservado merece estudo próprio, tendo em vista a riqueza científica do tema e a intensa discussão doutrinária que o assunto desperta. Nesse passo, frisamos que nosso estudo fixa-se à análise no ente humano que se encontra em desenvolvimento *in vivo*, independente da forma com a qual concretizou-se a concepção (natural ou artificial).

Feito o recorte temático, retomemos a análise do artigo 1.798 do Código Civil, segundo o qual “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

De uma só vez, o dispositivo reconhece a personalidade do nascituro através de dois conceitos jurídicos nele inseridos.

Primeiro atribui legitimidade ao nascituro para suceder.

Ora, legitimação (aptidão específica) para suceder pressupõe a capacidade jurídica (aptidão genérica) sucessória. Por seu turno, a capacidade jurídica pressupõe personalidade jurídica.

Ou seja, além de possuir aptidão genérica para adquirir direitos sucessórios e contrair as obrigações decorrentes (capacidade jurídica), o nascituro tem aptidão específica para adquirir os direitos sucessórios e contrair obrigações (legitimidade).

Segundo, o dispositivo, expressamente, legitima as *pessoas concebidas* ao direito a suceder, reconhecendo, desse modo, que os entes concebidos são pessoas.

É cristalino o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro. Essa conclusão, porém, não é consenso doutrinário.

Para Zeno Veloso,

*o conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas **o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de direito** (art. 2º, primeira parte). O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), um ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz.<sup>204</sup> (Grifo nosso)

Com muito respeito, ousamos discordar.

Primeiro, o direito sucessório, em verdade, é definido e consolidado (leia-se, constituído) no momento da abertura da sucessão, uma vez que nesse preciso instante, a herança transmite-se imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, CC02).

Em comentários ao artigo 1.784, do Código Civil de 2002, Zeno Veloso ensina que:

extinguindo-se a personalidade civil, [...] **abre-se a sucessão, dando-se, no mesmo instante, a transmissão do patrimônio do de cujus.** [...] Os herdeiros, por essa previsão legal, **tornam-se donos da herança ainda que não saibam** que o autor da sucessão morreu, ou que a herança lhes foi transmitida.<sup>205</sup> (Grifos nossos)

Acompanhamos a lição de Veloso, sendo pacífico na doutrina brasileira o entendimento de que a transmissão do patrimônio aos sucessores segue *pari passu* ao passamento do *de cujos*. Logo, não há falar em definição ou consolidação futura do direito sucessório, condicionado a nascimento com vida.

Em um segundo ponto, conexo ao primeiro, discordamos que o fato “nascer com vida” faça surgir personalidade civil ou capacidade de direito, momento em que, segundo o jurista, o direito sucessório estaria consolidado.

Ora, como legitimar (aptidão específica) uma pessoa à aquisição de um direito, sem que, antes, ela possua capacidade jurídica (aptidão genérica) para titularizá-lo? Mais: como atribuir capacidade (atributo da personalidade) a alguém sem, antes, qualificá-la com a personalidade jurídica de que é pressuposto?

Por óbvio, não se legitima, sem capacitar. De igual modo, não se capacita, sem personalizar. Nesse sentido, é a lição de Limongi França: “Quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”.<sup>206</sup>

Maria Helena Diniz, por seu turno, afirma que

**A capacidade sucessória do nascituro é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva.** O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se fosse nascido, porém, em estado

<sup>204</sup> VELOSO, Zeno; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Arts. 1.784 a 2.027. In: **Código Civil Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1781

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 1760-1761

<sup>206</sup> FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 144.

potencial, como lhe falta personalidade material, nomeia-se-lhe curador ao ventre. Se nascer será tido como se nunca tivesse existido, logo, a sucessão será ineficaz. Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder.<sup>207</sup>

Com o máximo respeito, temos de discordar.

A cada fragmento do ordenamento jurídico que, ostensivamente, personaliza o nascituro, é frequente o uso, por diversos juristas, de qualificações ao direito do concebido e também à própria condição do *conceptus*, reputando-os como “excepcional”, a fim de, com isso, negar-lhe a personalidade.

São tantos os direitos conferidos ao nascituro que mais adequado seria qualificar como excepcionais as hipóteses em que o ordenamento jurídico não lhes confere direitos.

Muitas outras considerações natalistas ou dos partidários da personalidade condicional, invariavelmente, referenciam situações que maculam a coerência o ordenamento pátrio. Como compatibilizar, por exemplo, a “pendência na transmissão hereditária”, como sugerido por Diniz, na medida em que o nascituro, conforme assinala a mesma jurista, “adquire desde logo o domínio e a posse da herança”?

A solução concepcionista, novamente, revela-se a mais adequada, porquanto mantem a coerência do ordenamento jurídico.

Diferentemente da doação de imóveis, na qual a transmissão da propriedade ocorre com o registro, a herança, seja legítima ou testamentária, é transmitida aos sucessores no preciso momento da abertura sucessória (art. 1.784, CC02).

Não há, no direito sucessório, qualquer requisito formal (tais como contrato, registro, aceitação) a ser cumprido pelo nascituro de que ele não disponha na sua condição para que se concretize a transmissão da herança. Tanto não há, que a transmissão patrimonial opera-se automaticamente, *ex lege*, dispensando, inclusive, o conhecimento de herdeiros quanto à morte do autor da sucessão.

Diante da transferência automática, é forçoso convir que a constituição do direito (plano da existência) opera-se desde a abertura da sucessão, estando sob sua condição resolutiva negativa, nos moldes da construção teórica de Silmara Chinelato.

Durante a o período gestacional, a eficácia não se revela plena ao nascituro. Há, por óbvio, o efeito *ex lege* da transmissão sucessória automática. No entanto, os efeitos somente atingem sua plenitude diante do nascimento com vida, uma vez que o quinhão do nascituro será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento (Art. 650, nCPC).

Desse modo, pela dicção do artigo 650 do novo Código de Processo Civil, entendemos que a transmissão patrimonial não autoriza os representantes do nascituro a entrar

<sup>207</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35

na posse dos bens referentes ao seu quinhão hereditário, uma vez que estarão sob a posse do inventariante, a fim de aguardar o nascimento do *conceptus* e, com isso, verificar se o herdeiro veio à luz com ou sem vida.

Reputamos prudente a disposição da nova lei processual, uma vez que, sem descaracterizar a personalidade do nascituro, preveniu a ocorrência de prováveis confusões patrimoniais.

Assim, nascendo *com* vida, a condição resolutive não se implementa, razão pela qual o direito atinge plena eficácia.

No entanto, nascendo *sem* vida, implementa-se a condição resolutive, pelo que resolve-se o direito, extinguindo-o para todos os efeitos (art. 127, primeira parte, CC02).

O direito patrimonial sucessório, ao contrário da sustentação teórico-natalista, é constituído em favor do nascituro com a abertura da sucessão, como expressamente determina a legislação. A distinção observada, no cotejo entre o tratamento conferido aos nascidos e aos nascituros, restringe-se tão somente ao plano da eficácia, de modo a aguardar a plenitude dos efeitos para o momento do nascimento.

## 2.8 O nascituro em outros ramos do direito

O Direito Civil, dentre os ramos do Direito Brasileiro, é a maior fonte jurídica de onde brotam os direitos e situações que comprovam, de forma lógica, coerente e inescapável a personalidade jurídica do nascituro. Mas não a única.

Outros ramos do Direito, da mesma forma, ratificam a natureza jurídica de pessoa natural, conferindo-lhe direitos e garantias protetivas.

Por essa razão, enunciaremos, brevemente, alguns ramos do direito brasileiro nos pontos em que tocam a condição jurídica do nascituro, a fim de observar a unidade do ordenamento em torno do tratamento conferido ao *conceptus*.

### 2.8.1 Direito Constitucional

No Direito Constitucional, a abordagem inicia-se, invariavelmente, pelo relevo da dignidade da pessoa humana insculpida nos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A corporificação da dignidade humana no texto constitucional não sinaliza um viés meramente programático, de efeito distante e abstrato, ou uma utopia axiológica de conteúdo simbólico. Ao contrário, a dignidade humana, ao se posicionar como fundamento da república, elege o ser humano como o princípio e o fim da sociedade.

Nesse sentido, Ingo Sarlet observa que a Constituição Federal,

reconheceu categoricamente que **o Estado existe em função da pessoa humana**, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.<sup>208</sup> (Grifo incluído)

A dignidade humana irradia seus efeitos protetivos a todos os seres humanos, incluindo o ente concebido, sem discriminação a qualquer fase da vida em que se encontre, abarcando do início (concepção) ao fim (morte). A Constituição dispensa proteção a todas as pessoas nascidas, e, “com ainda maior razão, à condição humana do nascituro”.<sup>209</sup>

Com esse espírito, Ives Gandra Martins Filho, assevera que

<sup>208</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 220

a dignidade da pessoa humana, como ser superior a todo o universo material, **impõe o respeito ao ser humano, desde a concepção e até a sua morte natural**, não se admitindo tergiversações que, relativizando os mais básicos direitos fundamentais, dê azo à instauração de uma sociedade calcada no direito do mais forte.<sup>210</sup> (Grifo nosso)

A dignidade, antes de ser direito, é qualidade do ser humano. É valor natural e imutável de que todos somos portadores, apenas e simplesmente por sermos humanos.

Para Marcelo Novelino, a dignidade humana impõe aos poderes públicos o “dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna”. O dever de respeito exige um comportamento abstencionista, pelo qual se impõe que Estado e particulares *não* violem o direito de outrem. Já o dever de proteção requer uma atitude positiva do Estado para inibir a violação da dignidade praticada por terceiros, a exemplo da atuação legislativa com vistas à tipificação penal de condutas lesivas a determinado bem jurídico. Quanto ao dever de promoção, determina a concretização de direitos e medidas de caráter prestacional, cuja efetivação se alinha à busca da igualdade material.<sup>211</sup>

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal, estatui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

Saliente-se, inicialmente, que o princípio da igualdade insculpido na constituição manifesta um sentido substancial, pelo qual proteção e promoção de direitos albergados na ordem jurídica são, muitas vezes, efetivados de modo desigual, a fim de equalizar posições sociais e naturais em descompasso.

Assim, diante da natural vulnerabilidade do nascituro, ínsita à sua condição, entendemos como razoável a realização de um conjunto de esforços do Estado a fim de cumprir seus deveres de respeito, proteção e promoção da dignidade do ser humano em desenvolvimento no ventre materno.

Em meio a discussões incessantes em torno da temática do aborto, entendemos que o direito à vida é, dentre todos, aquele que representa, hodiernamente, o ponto de maior vulnerabilidade do nascituro. Corresponde, ironicamente, ao primeiro e mais importante direito individual fundamental enunciado na Constituição Federal (art. 5º, *caput*, CF88).

<sup>210</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1; coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 283

<sup>211</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método. 2013. p. 363-364.

O direito à vida é consagrado na Constituição ao ser humano, sem qualquer discriminação ou restrição à titularidade, não sendo possível estabelecer graus para o direito à vida, com base em circunstâncias como idade, sexo ou condição social. Nesse sentido, Paulo Branco ensina que “não se há de condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. [...] O direito à vida não pode ter o seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional”.<sup>212</sup>

Para titularizar o direito à vida, basta ao ser humano existir. O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*.

Paulo Gustavo Gonet Branco, com precisão, assevera que

o elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*. **O nascituro é um ser humano**. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. **Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana.**<sup>213</sup> (Grifos nossos).

Embora haja algumas divergências, mínimas, frise-se, as palavras de Paulo Branco refletem o pensamento jurídico constitucional brasileiro da atualidade, segundo o qual não há dúvidas sobre a natureza humana do nascituro e, em consequência, é pacífica a titularidade do direito à vida, que deve ser respeitada e protegida desde a concepção. Naturalmente, o direito à vida do nascituro obsta a prática do aborto irrestrito, arbitrário.

## 2.8.2 Direito Penal

A vida do nascituro é bem jurídico tutelado pelo direito penal, demonstrando, também pela ótica criminalista, que o tratamento protetivo se dirige ao *conceptus*, por sua condição de ser humano. Não por acaso, o crime de aborto aloca-se topograficamente entre os crimes contra a pessoa, especificamente, nos tipos penais que tutelam a vida.

A lei penal reconheceu a vida do nascituro, bem como o seu *status* de pessoa, desde a concepção, tendo em vista punição ao aborto em qualquer fase do desenvolvimento.

Não se confundem os crimes de homicídio, infanticídio e aborto. Consoante Cezar Bitencourt, iniciado o parto, a destruição do feto caracteriza o homicídio, pois “a vida

<sup>212</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 258-259

começa [...] com o rompimento do saco amniótico”. A partir do início, durante ou logo após o parto, se praticada a conduta sob o estado puerperal, tipifica-se o infanticídio. Praticada antes do parto, a conduta criminosa tratar-se-á de aborto.<sup>214</sup>

Dessa forma, segundo a lição de Nelson Hungria, no infanticídio, “o sujeito passivo deste já não é apenas o recém-nascido, mas também o feto nascente”.<sup>215</sup>

O artigo 124 do Código Penal pátrio tipifica como conduta criminosa o aborto provocado pela gestante ou por outrem com seu consentimento, pela qual pune-se com a pena de detenção de detenção, de um a três anos.

O artigo 125, do mesmo diploma, criminaliza o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, punindo-se a conduta com a pena de três a dez anos.

O artigo 126 refere-se ao aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, punível com a reclusão de um a quatro anos. Porém, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, a pena imposta varia de três a dez anos.

Em comentários aos dispositivos, Bitencourt assinala que “o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa”.<sup>216</sup>

Nelson Hungria, por sua vez, ensina que o nascituro é um “*subjectum juris*, podendo dizer-se que tem caráter de pessoa”.<sup>217</sup>

Hungria, pautando sua doutrina em rigorosa ciência interdisciplinar, socorrendo-se da filosofia, biologia, medicina e da ciência jurídica, conclui que o Código Penal classifica o aborto entre os crimes contra a vida, uma vez que não se pode negar que o nascituro seja uma *spes personae*.<sup>218</sup>

### 2.8.3 Direito do Trabalho

Na seara trabalhista, a proteção destinada ao nascituro e à gestante está difusa no ordenamento jurídico, podendo ser extraída das normas constitucionais (de cunho laboral), do

<sup>214</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. . São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48

<sup>215</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume V: Artigos 121 a 136**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 257

<sup>216</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Opus citatum*, p. 158.

<sup>217</sup> HUNGRIA, Nelson. *Opus citatum*, p. 278

<sup>218</sup> HUNGRIA, Nelson. *Opus citatum*, p. 285

direito ordinário trabalhista, bem como dos tratados e convenções internacionais.

Diante da riqueza do assunto e da fronteira temática do presente estudo, ficaremos adstritos a breves notas sobre a tutela do nascituro que toca ao direito trabalhista.

A Constituição Federal de 1988 estabelece direitos laborais de natureza fundamental à gestante, cuja gênese fundamenta-se na proteção à vida e à saúde do nascituro.

No seu artigo 6º, dispõe sobre os direitos sociais (fundamentais) do ser humano, dos quais destacamos a proteção à maternidade e à infância. Note-se que a tutela não se restringe à mulher, mas à maternidade, agregando, assim, não apenas a gestante, mas também o nascituro e o recém-nascido.

O artigo 7º, da Constituição Federal, estabelece no inciso XVIII que a gestante tem direito à licença para afastar-se do trabalho, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Estêvão Mallet e Marcos Fava, em comentários ao dispositivo, observam que “a licença à gestante insere-se no ordenamento pátrio há décadas, representando importante meio de proteção não só da mãe trabalhadora, mas, e talvez principalmente, do nascituro...”<sup>219</sup>

Sob a disciplina de lei complementar a ser editada, a relação de emprego será protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF88). Porém, enquanto não promulgada a LC, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, ADCT, CF88).

A partir da confirmação do estado gravídico, será conferida estabilidade provisória à gestante, ainda ocorra no curso do aviso prévio (art. 391-A, CLT). O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (Súmula nº 244, I, TST).<sup>220</sup>

Maurício Godinho Delgado observa que

essa garantia, dotada de força constitucional, ultrapassa o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.

**Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende à criança nascituro.**<sup>221</sup> (Grifo nosso)

<sup>219</sup> MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo Art. 7º, XVIII. In: **Comentários à Constituição do Brasil**; coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 584

<sup>220</sup> Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 03/11/2017.

<sup>221</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 550.

O interesse público, assim entendemos, diz respeito ao próprio interesse existencial da sociedade, cujo fundamento, alicerce basilar, é a família. Proteger a maternidade, a gestante e o nascituro significa proteger a família e, nesse passo, a própria sociedade.

A garantia, mesmo provisória, atende a circunstância de relevantíssima importância para o nascituro, uma vez que o salário tem natureza alimentícia e visa, principalmente, assegurar a dignidade da pessoa humana e de sua família, no que tange ao cumprimento das necessidades básicas, essenciais, à maternidade.<sup>222</sup>

O artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, alterado em julho de 2017 pela Lei nº 13.467/17, dispõe sobre o afastamento de gestantes e lactantes do trabalho de natureza insalubres. A redação anterior não continha ressalvas ao afastamento do trabalho insalubre, bastando a configuração de insalubridade da atividade para que a norma irradiasse seus efeitos protetivos à gestante, ao nascituro, à lactante, ao recém-nascido e à criança lactente.

A redação anterior do artigo assim estabelecia: “a empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”.

Quanto ao nascituro, a norma visa à proteção à vida, saúde e integridade física, de modo a prevenir situações de interrupção da gravidez ou má formação do feto durante o desenvolvimento gestacional.

A nova redação, alterada pela Lei Lei nº 13.467/17, assim dispõe:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

<sup>222</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 654.

Como se vê, o artigo manteve o afastamento automático quando se trate de local de trabalho dotado de máxima insalubridade (inciso I), porém, condiciona o afastamento do trabalho ao fornecimento de atestado médico, quando se trate de local com grau mínimo e médio de insalubridade.

Raimundo Simão de Melo<sup>223</sup> observa que o profissional médico assumirá grande responsabilidade no âmbito civil e penal, perante a gestante e o nascituro, com o fornecimento de atestado que autorize a mulher a trabalhar em locais reputados insalubres.

Melo confirma o potencial lesivo do trabalho em ambientes insalubres à trabalhadora, aos nascituros e aos recém-nascidos, “promovendo-se com isso padrão predatório da força de trabalho já antes do nascimento dos futuros trabalhadores, quando começarão a ser atingidos por agentes contaminantes de adoecimento”.<sup>224</sup>

Segundo Melo, o objetivo do artigo 394-A da CLT com a redação anterior,

encontra respaldo em fundamento científico, porque, comprovadamente, o trabalho em ambientes insalubres é prejudicial não só às trabalhadoras em qualquer situação, mas, principalmente, às gestantes e lactantes, ao feto e à criança em fase de amamentação, sendo correta a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, o que foi ignorado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, que sancionou a lei sem qualquer restrição.<sup>225</sup>

Em que pese o espírito da norma revelar a preocupação do poder público com a pessoa do nascituro, não podemos deixar de reconhecer que a relativização da medida protetiva ao ente concebido representa um retrocesso não apenas na seara do direito trabalhista – considerando o labor da gestante –, mas também, e principalmente, quanto ao potencial lesivo à vida, saúde e integridade física do nascituro. Considerando o macro espectro das medidas relacionados ao nascituro, entendemos que a família e a sociedade são reflexa e potencialmente atingidas, seja pela morte de um feto exposto a condições insalubres, seja pela má-formação física decorrente dessas circunstâncias laborais.

#### 2.8.4 Outros Direitos

No *Direito Internacional*, destacamos a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), segundo a qual “toda pessoa tem o direito de que

<sup>223</sup> MELO, Raimundo Simão. **REFLEXÕES TRABALHISTAS**: Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>>. Acesso em 03/11/2017

<sup>224</sup> *Idem.*

<sup>225</sup> *Idem.*

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” (art. 4º, parágrafo 1º).

Ratificada pela República brasileira, através do Decreto presidencial nº 678/1992, a Convenção estabeleceu expressamente a concepção como a referência biológica com a qual surge o ser humano no mundo físico, fazendo nascer o direito à vida.

No *Direito Tributário*, destaque-se a obrigação contraída pelo nascituro, em razão da transmissão da herança ao tempo da sucessão.

A transmissão do quinhão hereditário ocorre *ex lege*, independente de qualquer ato registral para efetivação, razão pela qual o imposto de transmissão é devido pelos herdeiros, nascidos ou concebidos.

Assim, o nascituro, como herdeiro, assume a posição de sujeito passivo do imposto sobre transmissão *causa mortis* (ITCMD), competindo aos Estados e ao Distrito Federal a instituição dos impostos sobre transmissão *causa mortis* de quaisquer bens ou direitos (art. 155, I, CF88).

### 3 O NASCITURO: PERSPECTICA DA CIÊNCIA MÉDICA

O que é o nascituro segundo a perspectiva biológica? O conceito jurídico de nascituro coincide com o conceito biológico? Em que momento surge a vida humana?

A debate sobre o início da vida é tema que, frequentemente, exalta os ânimos das mais diversas correntes ideológicas, cada qual, a fim de fazer valer o seu pensamento.

Não há unanimidade na perspectiva biológica para definição precisa do início da vida. A evolução da ciência, no entanto, proporcionou o abandono de ideias, hoje, tidas como absurdas, a exemplo da teoria, segundo a qual o feto seria parte das vísceras da mulher.

O Professor Dr. José Roberto Goldim, pesquisador da Faculdade de Medicina Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital das Clínicas de Porto Alegre/RS, catalogou, conforme a Tabela 1 (abaixo), 20 marcos temporais e/ou de desenvolvimento humano, estabelecendo-se o início da vida, segundo cada critério adotado.

Tempo decorrido	Característica	Critério
0min	Fecundação fusão de gametas	Celular
12 a 24 horas	Fecundação fusão dos pró-núcleos	Genotípico estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genotípico funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos	Individualização
20 dias	Notocorda maciça	Neural
3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas reflexas à dor e à pressão	Sensciência
8 semanas	Registro de ondas eletroencefalográficas (tronco cerebral)	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação
20 semanas	Probabilidade de 10% para sobrevivência fora do útero	Viabilidade extra-uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório
28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto em outro período	Nascimento
2 anos após o nascimento	Ser moral	Linguagem para comunicar vontades

Tabela 1 - Início da Vida de uma Pessoa Humana - Professor Dr. José Roberto Goldim

<sup>1</sup> GOLDIM, José Roberto. **Início da Vida de uma Pessoa Humana**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>. Acesso em 04/11/2017.

Dentre as teorias enumeradas, impende destacar, para cumprimento do propósito do presente trabalho, aquelas que estimulam maior discussão, disputando a adesão dos estudiosos sobre o início da vida.

No âmbito da afamada ADPF 54, o STF, por maioria de votos, decidiu que “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”.<sup>2</sup>

No bojo da Arguição 54, o Ministro Celso de Melo apresentou as principais teorias sobre o início da vida, catalogadas pela professora e pesquisadora Letícia da Nóbrega Cesarino, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Na lição de Letícia Cesarino<sup>3</sup>, temos, como principais teorias:

<b>Tese</b>	<b>Marco Inicial</b>	<b>Fundamentos Biológicos</b>
Genética	Fertilização – encontro do óvulo com o espermatozóide	Com a fecundação, há a formação de estrutura celular com código genético único.
Embriológica	14º dia – completa-se a nidação (fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna vertebral).	O embrião configura-se como estrutura propriamente individual: não pode se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos embrionários.
Neurológica	8ª semana – aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central (SNC). ----- 20ª semana – completa a formação do SNC per se.	Baseada no mesmo argumento da morte cerebral: assim como a vida só termina com a parada dos sinais neurológicos, ela começa com o aparecimento das estruturas nervosas e/ou de seus sinais.
Ecológica	Entre a 20ª e a 24ª semanas – completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta.	Principal fundamentação da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.
Gradualista	Não há.	Supõe a continuidade do processo biológico, no qual a vida é concebida como um ciclo. Neste sentido, a formação de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós.

Tabela 2 – Principais teorias sobre o início da vida - Letícia da Nóbrega Cesarino

<sup>2</sup> Acórdão STF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 4/11/2017.

<sup>3</sup> CESARINO, Letícia da Nóbrega. **Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v13n2/03.pdf>>. Acesso em: 05/11/2017

Dentre as teorias enumeradas por Letícia Cesarino, confrontaremos das teorias da concepção, da nidação e da formação do sistema nervoso, uma vez que a teoria ecológica e a gradualista não encontram grande ressonância no debate nacional.

Inicialmente, cumpre salientar que, em variadas situações, o Direito, por força do gênio criativo dos juristas, desenvolve seriadas ficções jurídicas para construir soluções de ordem prática aos atos da vida. Assim, nos permitimos viajar através do espaço-tempo a fim de aplicar efeitos *ex tunc* relativamente a determinado contrato firmado ou diante da extinção de certo tipo penal, alterando, no tempo presente, questões já consolidadas no passado. É de se observar que o recurso à ficção jurídica serve ao propósito de beneficiar o sujeito de direitos, a pessoa humana.

De nossa parte, entendemos que, apesar disso, há situações em que a realidade da vida se impõe, de modo que, ao Direito, cabe a adequar-se ao regramento das leis naturais, notadamente, quando a ordem natural beneficia o próprio ser humano.

Quanto ao início da vida, por exemplo, entendemos que o Direito não deve desconectar-se da realidade natural do mundo, especialmente, porque postergar o marco jurídico que determina o início da vida, frise-se, de modo ficcional e em descompasso com o fato biológico, significa negar ao ser humano, por certo período de tempo, o primeiro e mais importante direito de todos, o direito à vida.

Assim, diante das variadas teorias que buscam definir o marco em que ocorre o início da vida, consideramos imperativo compreender esse fenômeno biológico, ao qual o Direito positivo deve se adequar.

### **3.1 Desenvolvimento Embrionário**

#### **3.1.1 Oocitação**

Para o propósito aqui traçado e, ainda, considerando que a fecundação é, na linha temporal, o momento mais remoto dentre as teorias em análise sobre o início da vida, entendemos ser bastante iniciarmos a abordagem a partir do processo de oocitação.

Com apoio na lição de T. W. Sadler, contida no livro *Langman, Embriologia Médica*, buscamos descrever o processo de oocitação com simplicidade didática, sem adentrar

em excessivos detalhes técnicos, afeitos, especialmente, à Ciência Médica, com os quais o profissional do direito tem pouca intimidade. Todavia, saliente-se: sem descuidar do estudo aplicado que a boa pesquisa exige.

Oocitação ou ovocitação (erroneamente chamada de ovulação) é o processo que desencadeia a maturação do ovócito, fazendo-o migrar do ovário para a tuba uterina, onde poderá ser fecundado.<sup>4</sup>

Na puberdade, a mulher passa a ter ciclos sexuais mensais, regulados pelo hipotálamo, a partir da produção do *hormônio liberador de gonadotrofinas* (GnRH).<sup>5</sup>

Liberado pelo hipotálamo, o GnRH estimula as células da adeno-hipófese, fazendo com que liberem dois hormônios do tipo gonadotrofinas, o FSH (hormônio folículo estimulante) e o LH (hormônio luteinizante), os quais estimulam alterações periódicas (cíclicas) nos ovários e, assim, viabilizam a oocitação.<sup>6</sup>

Segundo, T. W. Sadler, “estima-se que a quantidade total de oócitos primários no nascimento varie entre 600 e 800 mil. [...] Apenas cerca de 40 mil estão presentes no início da puberdade e menos de 500 serão ovulados”. Nessa etapa, o oócito primário recebe o nome de folículo primordial (46 cromossomos).<sup>7</sup>

Na puberdade, em cada ciclo ovariano, a ação do FSH (hormônio folículo estimulante) estimula o crescimento de 15 a 20 folículos.<sup>8</sup>

Dias antes da ovocitação, pela ação do FSH e do LH, os folículos crescem rapidamente, atingindo o tamanho de 25 mm. No momento final, uma descarga de LH estimula a maturação dos folículos, fazendo concluir a Meiose I (estágio pré-ovulatório). O folículo primordial (46 cromossomos) deve completar a maturação através da divisão meiótica em duas etapas (Miose I e II), de modo a reduzir para 23 (22 + X) o número de cromossomos.<sup>9</sup>

Com a Meiose I concluída, o oócito primário desenvolve-se, formando duas estruturas celulares: o ovócito secundário e um corpo polar, ambos envolvidos pela mesma membrana plasmática. Em cada ciclo, sob condições normais, apenas 1 ovócito evolui à maturidade completa.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 29

<sup>5</sup> *Idem*

<sup>6</sup> *Idem*

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 22

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 29

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 29

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 24

Diante da abrupta descarga de LH, os níveis de prostaglandina se elevam. Essa substância estimula contrações musculares na parede do ovário e, como consequência, o oócito é extruído para fora do ovário. Dá-se, então, a oocitação (ovocitação).<sup>11</sup>

Sob influência do LH, são secretados estrógenos e progesterona, os quais atuam no útero, fazendo com que a mucosa uterina entre no estágio chamado pregestacional, a fim de preparar-se para a implantação do embrião.<sup>12</sup>

Após a oocitação, “as fímbrias da tuba uterina varrem a superfície do ovário e a própria tuba começa a contrair-se ritmicamente”, de modo que o ovócito “seja carregado para a tuba por esses movimentos de varredura das fímbrias e pelo movimento dos cílios na superfície epitelial”. Na tuba uterina, o oócito encontra-se apto para a fecundação.<sup>13</sup>

Para o processo de fecundação, além da lição de Sadler, adotamos a sistematização das fases proposta por Moore, Persaud e Torchia.

### 3.1.2 Fecundação

Moore, Persaud e Torchia organizaram o processo de fertilização, dividindo-a em fases bem definidas, proporcionando, com isso, um melhor entendimento sobre o assunto, especialmente, porque a didática adotada explicita a distinção entre os termos fecundação e concepção, frequentemente confundidos no estudo sobre o início da vida.

Consoante Moore, Persaud e Torchia,

fecundação é uma sequência complexa de eventos moleculares coordenados que se iniciam com o contato entre um espermatozoide e um oócito. A fecundação termina com o entrelaçamento dos cromossomos maternos e paternos na metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto.<sup>14</sup>

Os autores dispuseram a fecundação de acordo com as seguintes fases<sup>15</sup>:

1. Penetração da corona radiata;
2. Penetração na zona pelúcida;
3. Fusão entre as membranas plasmáticas.
4. Formação do pro-núcleo feminino;

<sup>11</sup>SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 29

<sup>12</sup> *Idem*, p. 29

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 31

<sup>14</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 21

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 21-23

5. Formação do pro-núcleo masculino;
6. Ruptura das membranas pro-nucleares (concepção).

Na fase inicial, ocorre a penetração do espermatozoide na corona radiata do oócito. A estrutura do espermatozoide é dotada de capacidades que auxiliam no processo de entrada no ovócito. A ponta da cabeça do gameta masculino possui uma organela chamada acrossoma, que contém enzimas capazes de atravessar a *corona radiata* do oócito. Os movimentos realizados pela calda do espermatozoide auxiliam no processo de penetração.<sup>16</sup>

Na fase seguinte, o espermatozoide, com auxílio de enzimas liberadas a partir do acrossoma, atravessa a segunda camada do oócito, chamada de zona pelúcida.<sup>17</sup>

Ultrapassada a zona pelúcida, ocorre a fusão entre as membranas plasmáticas dos gametas masculino e feminino. Com essa fusão, ocorre alteração na zona pelúcida, cujo resultado impede a entrada de outros espermatozoides, evitando, assim, a polispermia. Na fusão das membranas plasmáticas, a membrana do gameta masculino se rompe, de modo que entram no citoplasma do ovócito apenas a cabeça e a calda do espermatozoide.<sup>18</sup>

Com a entrada do espermatozoide, o oócito retoma o processo de divisão celular (Meiose II) de onde havia estacionado, após a qual duas células-filhas são originadas: a) o oócito definitivo (nesse estágio, recebe o nome de óvulo), constituído de 22 cromossomos mais o cromossomo X e b) o segundo corpo polar, o qual, da mesma forma que o primeiro corpo polar, recebe pouco ou nenhum citoplasma. Os corpos polares degeneram durante o processo de desenvolvimento do oócito.<sup>19</sup>

Consoante a lição de Sadler,

quando o folículo secundário está maduro, um pulso de hormônio luteinizante (LH, do inglês *luteinizing hormone*) induz a fase de crescimento pré-ovulatória. A meiose I se completa, resultando na formação de duas células-filhas de tamanho desigual, cada uma com 23 cromossomos de estrutura dupla. Uma célula, o oócito secundário, recebe a maior parte do citoplasma; a outra, o primeiro corpo polar, recebe praticamente nada. O primeiro corpo polar fica entre a zona pelúcida e a membrana plasmática do oócito secundário no espaço pré-itelínico. A célula entra, então, na meiose II, mas fica parada na metáfase aproximadamente 3 horas antes da ovulação. A meiose II se completa apenas se o oócito for fertilizado; caso contrário, a célula degenera aproximadamente 24 horas após a ovulação.<sup>20</sup>

Completada a Meiose II, inicia-se a formação do pro-núcleo feminino, o qual contém o material genético da mãe (22 cromossomos + cromossomo X). Dentro do citoplasma do oócito, o núcleo do espermatozoide aumenta de tamanho e se aproxima do pro-núcleo

<sup>16</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 21

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 22

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 23

<sup>19</sup> SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 33

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 24

feminino. A calda degenera, de modo que os pro-núcleos masculino e feminino tornam-se indistinguíveis. Segundo Moore, “durante o crescimento, os pro-núcleos feminino e masculino replicam seu DNA”.<sup>21</sup>

Os pro-núcleos masculino e feminino aproximam-se, momento em que ocorre a ruptura das membranas pro-nucleares e os 23 cromossomos de cada pro-núcleo combinam-se, formando o zigoto com 46 cromossomos.<sup>22</sup>

Frequentemente, fecundação e concepção são tratados como fenômenos idênticos, porém não se confundem. A rigor, a fusão dos códigos genéticos, oriundos do pai e da mãe, manifesta o fenômeno da concepção humana no mundo visível, encerrando o processo de fecundação com a origem do zigoto. Trata-se do momento primordial em que o ser se individualiza no mundo, tornando-se único, diverso de qualquer outro ser no planeta.

No entanto, impossível aferir tamanha precisão à fusão genética. Ao mesmo tempo, é de se reconhecer inócua a distinção para fins de marcar o início da personalidade. Assim, é razoável admitir, juridicamente, fecundação e concepção como sinônimos.

Formado o zigoto, inicia-se o processo de clivagem.

Conforme Sadler,

A clivagem é uma série de divisões mitóticas que resultam no aumento da quantidade de células, os blastômeros, os quais se tornam menores a cada divisão. Após três divisões, eles sofrem compactação, para se tornarem uma bola celular altamente agrupada com camadas interna e externa. Os blastômeros compactados se dividem para formar uma mórula de 16 células.<sup>23</sup>

### 3.1.3 Implantação (nidação)

Por volta do quarto dia após a fertilização, a mórula entra no útero, momento em que passa por alterações morfológicas, cujo resultado forma o blastocisto.<sup>24</sup>

Segundo a lição de Sadler, surge uma cavidade interna, formando o blastocisto: “A massa celular interna, que se forma por volta do período da compactação e que se

<sup>21</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 23

<sup>22</sup> SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 34

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 41

<sup>24</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 24

desenvolverá no embrião em si, aloja-se em um dos polos do blastocisto. A massa celular externa, que envolve as células internas e a cavidade blastocística, formará o trofoblasto”.<sup>25</sup>

A parede uterina possui três camadas<sup>26</sup>: a) o endométrio, consistindo em uma mucosa que reveste a parede interna do útero; b) o miométrio, uma camada muscular lisa e c) o perimétrio, o peritônio que reveste a parte externa do útero.

Por volta do oitavo dia de desenvolvimento, o blastocisto inicia sua implantação no endométrio, consolidando-se com a formação do cordão umbilical, por volta do décimo terceiro dia. Frise-se que a implantação não ocorre ao final da segunda semana (por volta do 13º dia), quando se consolida com a formação do cordão umbilical, mas no final da primeira semana (por volta do 8º dia, após a fecundação). Ou seja, considera-se implantado desde o início do processo implantatário endometrial. A esse respeito, Sadler é categórico: “a implantação ocorre no final da primeira semana”.<sup>27</sup>

A atenção quanto à período implantatário assume relevância, porque, segundo os partidários da teoria do nidação, é nesse momento que se inicia a vida humana.

Na terceira semana, ocorre a gastrulação, processo que constitui as três camadas germinativas (ectoderma, mesoderma e endoderma) do ser humano, iniciando-se, assim, a morfogênese, pela qual originam-se a forma e a estrutura de vários órgãos e partes do corpo do embrião. Nessa semana, inicia-se o período embrionário (ou organogênese), estendendo-se até a oitava semana, ao fim do qual a maioria dos sistemas orgânicos encontram-se constituídos.<sup>28</sup>

Dentre os sistemas orgânicos originados a partir do folheto embrionário ectodérmico, destacamos o Sistema nervoso central.

Segundo Sadler, durante a terceira e a quarta semana, o ectoderma “origina a placa neural, que se enrola em um tubo para formar o cérebro e a medula espinal pelo processo chamado de neurulação”<sup>29</sup>. Até a quarta semana, “os núcleos de todos os 12 nervos cranianos estão presentes”.<sup>30</sup> No início da quinta semana, surgem os hemisférios cerebrais<sup>31</sup>.

### 3.1.4 Formação do Sistema Nervoso

---

<sup>25</sup> SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 41

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 38

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 48

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 59

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 77

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 269

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 263

Nas palavras de Moore, nesse período, o crescimento da cabeça excede o de outras partes do corpo, devido ao “rápido desenvolvimento das proeminências encefálicas e faciais”.<sup>32</sup>

Na sexta semana, o embrião já mostra movimentos corporais espontâneos, bem como respondem reflexamente ao toque. Na sétima semana, os membros passam por considerável mudança. Os superiores rotacionam 90° lateralmente, enquanto os inferiores fazem rotação medial de aproximadamente 90°. No início da oitava semana, “os dedos das mãos estão individualizados, mas ainda apresentam membranas entre si”.<sup>33</sup>

Completada a oitava semana, encerra-se o período embrionário. Da nona semana até o nascimento, compreende o período fetal do ser humano. Inicia-se, então, o dissenso entre os partidários da teoria neurológica.

O biólogo Scott Gilbert<sup>34</sup> salienta que a teoria neurológica se divide em duas hipóteses sobre o início da vida: a) na oitava semana, quando o embrião possui a versão primitiva do sistema nervoso central e b) na vigésima semana, momento em que a gestante sente os primeiros movimentos do feto.

Como se percebe, a teoria neurológica oferece um extenso lapso temporal (de 8 a 20 semanas) para definir o início da vida. Evidencia-se, com isso, um elevado grau de incerteza, vulnerabilizando o nascituro na assunção dos seus direitos, inclusive o direito à vida.

Frise-se que o sistema nervoso remonta sua origem à metade da terceira semana de gestação, com o surgimento da placa neural<sup>35</sup>. O cérebro, porém, mantém-se em desenvolvimento mesmo após o nascimento, de forma contínua e acelerada durante a segunda infância.<sup>36</sup>

Dentre as teorias citadas, a da concepção é a que, de fato, revela a realidade sobre o início da vida. Embora não haja consenso, é a teoria prevalecente na comunidade científica, com adesão dos mais destacados nomes da medicina mundial.

Para Nussbaum, McInnes e Willard, “o ser humano inicia sua vida como um ovócito fertilizado (zigoto), uma célula diploide a partir da qual as células do corpo (em um número estimado de cerca de 100 trilhões) são derivadas por séries de dezenas e até centenas de mitoses”.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 56

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 58

<sup>34</sup> Citado pelo Min. Celso de Melo, no julgamento da ADPF 54 – Vide Acórdão STF.

<sup>35</sup> SADLER, T. W. *Opus Citatum*. p. 59

<sup>36</sup> PAPALIA, Diane E.; FELDMAN, Ruth Duskin. **Desenvolvimento Humano**. 12. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013. p. 151

<sup>37</sup> NUSSBAUM, Robert L.; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington F.; **Thompson & Thompson: Genética Médica**. 7. ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 14

Em Moore, Persaud e Torchia, com clareza, afirma-se que

Existem diferentes opiniões sobre quando o embrião se torna um ser humano porque as opiniões são frequentemente afetadas por visões religiosas e pessoais. **A resposta científica é que o embrião é um ser humano a partir da fertilização por causa da constituição cromossômica humana.** O zigoto é o começo do desenvolvimento humano.<sup>38</sup> (Grifo nosso)

Assim como, segundo os autores, as opiniões são afetadas por visões religiosas, acrescente-se, por oportuno, que também as visões antirreligiosas influenciam a opinião sobre o início da vida, as quais têm exercido forte pressão política para, ao arrepio da ciência, incutir a ideia de que a vida humana inicia-se apenas com o pleno funcionamento do Sistema Nervoso, objetivando, com isso, aprovar a prática do aborto arbitrário.

A esse respeito, Paulo Gustavo Gonet Branco observa que

Cabe, agora, indagar se o fato de uma crença religiosa endossar o postulado de que a vida humana coincide com a fecundação desautoriza o argumento contrário à legitimidade da interrupção voluntária do processo de desenvolvimento do embrião humano ou do feto.<sup>39</sup>

A convicção de certas doutrinas religiosas sobre o início da vida ou sobre qualquer pauta social ou política, por óbvio, não está imune ao debate de ideias. No entanto, o posicionamento de determinada religião, qualquer seja a sua profissão de fé, não é, por si, motivo bastante para oposição, uma vez que, assim fosse, o embate não teria como objeto o entendimento ou a ideia, mas a própria instituição.

Dessa forma, não parece lógico nem razoável reputar como inválido o pensamento sobre a vida iniciar-se na concepção apenas para fazer oposição a uma ou outra denominação religiosa, sem refletir se a ideia converge ou não com a ciência.

Quando ao aborto, o posicionamento das religiões, ao que se sabe, é contrário à realização irrestrita da prática, como forma de proteger a vida desde o seu início, na concepção, convergindo, portanto, com o entendimento prevalecente na ciência médica.

Ratifica a teoria concepcionista o professor de embriologia e pediatria Thomas W. Sadler, segundo o qual o desenvolvimento humano começa com “a fertilização, processo pelo qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o oócito, se unem, dando origem ao zigoto”.<sup>40</sup>

O Médico Genival Veloso de França, partidário da teoria concepcionista, ensina que a fecundação do óvulo pelo espermatozoide forma “o ovo, que é a unidade primeira da

<sup>38</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 327.

<sup>39</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Proteção do Direito à Vida: A Questão do Aborto**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/677/464>>. Acesso em 04/2017.

<sup>40</sup> SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 12

vida”<sup>41</sup> e reconhece que, embora o início da vida humana provoque discussão e polêmica no contexto do respeito à vida e integridade, “a tendência é aceitar-se a fecundação do óvulo como o momento de início da vida”.<sup>42</sup>

Joaquim Moreira da Fonseca<sup>43</sup>, membro da Academia Nacional de Medicina, sustenta que, do ponto de vista biológico, o embrião e o feto são considerados seres humanos desde a concepção, pois desde esse momento, surge um novo indivíduo a quem o Estado tem a obrigação de proteger.

Jérome Lejeune, médico geneticista francês, responsável pela descoberta da Trissomia 21, causadora da Síndrome de Down, assevera que a vida humana inicia-se na concepção:

Tão logo os vinte e três cromossomos paternos encontrem com os vinte e três cromossomos maternos, está reunida toda a informação genética necessária e suficiente para determinar cada uma das qualidades inatas do novo indivíduo.

[...]

**O novo ser começa a se manifestar tão logo seja concebido:** a criança desenvolver-se durante nove meses no útero materno não altera esses fatos. **A fertilização extracorpórea demonstra que o ser humano começa com a fecundação.**

[...]

**Tal afirmação não é uma hipótese de um teórico, nem a opinião de um teólogo, mas uma observação experimental.**<sup>44</sup> (Tradução nossa; Grifos incluídos)

A lição de Jérome Lejeune é clara quanto ao início da vida na concepção/fecundação, reforçando a ideia de que, para a ciência médica, essa compreensão fundamenta-se em bases científicas.

Para o geneticista Francis Collins, diretor do Projeto Genoma,

Partindo de uma perspectiva biológica, as etapas que seguem a união entre espermatozoide e óvulo ocorrem numa ordem bastante previsível, que leva a uma complexidade crescente, sem limites precisos entre as fases. **Não há, portanto, nenhuma linha divisória biológica e conveniente entre um ser humano e uma forma embrionária que possa ser chamada de "ainda não está aí".**<sup>45</sup> (Grifo nosso)

<sup>41</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 10ª ed. 2015. p. 291

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 236

<sup>43</sup> Dr. Joaquim Moreira da Fonseca, membro da Academia Nacional de Medicina. Citado por Silmara Chinelato. In: **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12-13.

<sup>44</sup> “Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo [...] y el nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido: Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre, no cambia estos hechos. La fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación. [...] Tal afirmación no es una hipótesis de un teórico, ni siquiera la opinión de un teólogo, sino una constatación experimental”. (**Lejeune, Jérôme: “Genética, Ética y Manipulaciones”**, conferencia editada por la Universidad Católica de Córdoba, 1986). Citado por José Joaquín Ugarte Godoy, Titular da Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica Chile. Ensaio: **Momento em que el embrión es persona humana**. Disponível em: <[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96\\_ugarte\\_embrión.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96_ugarte_embrión.pdf)>. Acesso em 05/11/2017.

<sup>45</sup> COLLINS, Francis S. **A Linguagem de Deus**. São Paulo: Gente, 2017. p. 252

Assim, conforme a lição de Collins, adotando-se uma perspectiva biológica, a conclusão é de que existência humana inicia-se na concepção, uma vez que, a rigor, não há linha divisória que diferencie o ser humano nascido de sua forma embrionária.

É frequente a ideia de que a definição do início da vida requeira uma abordagem complexa, construída através das contribuições de outras fontes do conhecimento humano, a exemplo da filosofia e das ciências jurídicas.

Nesse ponto, é ilustrativa a observação de Genival Veloso de França:

**A definição de início da vida humana não pode ter como explicação tão somente fundamentos técnicos ou estágios embriológicos, pois o ser humano tem um valor integral.** Ele é detentor de uma dignidade própria e **não se submete a critérios avaliativos dessa ou daquela ordem, senão ao seu próprio valor.** Tem ele um patrimônio moral que aponta seu destino e determina sua dignidade.<sup>46</sup> (Grifos incluídos)

A esse respeito, inicialmente, frise-se que prevalece na ciência médica o pensamento de que a fusão genética dos gametas sexuais é o fato que faz surgir a ser humano no mundo material. Tal compreensão científica converge com a proteção à vida a partir da concepção, de modo que, assim fixando-se, a tutela jurídica irradia seus efeitos ao real espectro temporal da existência humana.

De fato, o ser humano tem valor integral que independe de fatores exclusivamente científicos. Desta feita, mesmo que “fundamentos técnicos” apontassem para o início da vida somente a partir do nascimento, ainda assim, seria devido conferir proteção à vida a partir da concepção, em razão do valor e da dignidade inerentes à humanidade.

A realidade biológica, entretanto, atestada por renomados profissionais da área médica, revela que a vida inicia-se com a concepção, sendo este o mais remoto momento da existência humana. As ideias de que o início da vida ocorre com a nidação ou com a completa estruturação do Sistema Nervoso Central não apenas apontam para direção diversa dos fundamentos técnicos, como também subtraem do ser humano importante lapso temporal de sua existência, talvez a mais importante e vulnerável fase da vida biológica, a fim de desconstituir seus direitos e garantias, retirando-lhes, com isso, a tutela jurídica.

Ora, se, conforme a lição de Collins, não há nenhuma linha biológica capaz de dividir as fases da existência humana, qual o sentido (interesse) de deslocar o início da vida para momentos diversos da concepção? Qual o sentido (interesse) na adesão a teorias que sacrificam os próprios direitos (dos) humanos?

Nesse sentido, Genival França, bem observa que

se a vida humana se inicia na fecundação, na nidação, na formação do córtex cerebral ou, até, no parto, isso é uma questão de princípios e de interesses – cabendo apenas

<sup>46</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 321

aos que admitem iniciar-se ela nos últimos estágios (como, por exemplo, na nidação) explicarem que tipo de vida é essa que existe na fase anterior.<sup>47</sup>

A teoria da nidação afirma que o início da vida é marcado pela implantação do ovo (na fase de blastocisto) no endométrio, informando que essa seria uma perspectiva embrionária sobre definição da vida, pois nessa fase, “o embrião configura-se como estrutura propriamente individual: não pode se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos embrionários”.<sup>48</sup>

Na lição de Moore, “aproximadamente 6 dias após a fecundação, o blastocisto adere ao epitélio endometrial”,<sup>49</sup> completando-se “durante a segunda semana do desenvolvimento”, momento em que “o disco embrionário origina as camadas germinativas que foram todos os tecidos e órgãos do embrião”.<sup>50</sup>

No entanto, não se há de confundir os conceitos de vida com o de implantação da vida (ovo) no útero materno.

Na lição de Veloso de França,

A vida, pois, inicia-se no momento da fecundação. **A nidação é um processo a mais na evolução de uma vida já em andamento.** Mesmo que não haja o aninhamento do ovo no útero, seu poder vital é tanto que ele evolui nas tubas, no peritônio ou onde possa se desenvolver. Tem-se dito que a gravidez começa na nidação, porém não é esse o ponto crucial da questão, mas exatamente o crime que se comete contra a vida, pois mesmo os antinatalistas mais radicais não negam ter ela início desde o momento da fecundação.<sup>51</sup> (Grifo nosso)

Nesse ponto, impende mencionar acerca do uso do DIU e da contracepção de emergência, classificados como métodos contraceptivos, quando, em verdade, a depender do sistema ou modo utilizados, podem configurar-se como verdadeiros métodos abortivos.

Sadler conceitua o DIU e a contracepção de emergência nos seguintes termos:

O **dispositivo intrauterino (DIU)** é uma pequena unidade em formato de “T” e pode ser de dois tipos: hormonal ou de cobre. O dispositivo hormonal libera progesterina, que causa o espessamento do muco cervical para evitar que os espermatozoides penetrem no útero. Além disso, torna os espermatozoides menos ativos e tanto eles quanto o oócito menos viáveis. **O de cobre libera cobre no útero, evitando a fertilização ou inibindo a ligação do embrião à parede uterina.** Também ajuda a impedir que os espermatozoides entrem nas tubas uterinas.

Os **contraceptivos de emergência (CE)**, conhecidos como pílulas do dia seguinte, são utilizados como controle de natalidade e podem impedir a gravidez se ingeridos até 120 h após a relação sexual. Eles contêm altas doses apenas de progesterina ou dela

<sup>47</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 322

<sup>48</sup> CESARINO, Letícia da Nóbrega. **Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v13n2/03.pdf>>. Acesso em: 05/11/2017

<sup>49</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 24

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 30

<sup>51</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Opus Citatum*. p. 334

em combinação com estrógenos. Outros tipos de CE agem como agentes anti-hormonais. **Além disso, a mifepriptona é efetiva como agente abortivo se ingerida após a implantação.**<sup>52</sup> (Grifos incluídos)

No mesmo sentido é a lição de Moore, Persaud e Torchia:

A administração de doses relativamente grandes de estrógenos (“**pílula do dia seguinte**”) por vários dias, começando logo após a relação sexual não protegida, **geralmente não previne a fecundação, mas frequentemente previne a implantação do blastocisto.**

[...]

Um dispositivo intrauterino (DIU) inserido no útero através da vagina e do colo uterino **geralmente interfere com a implantação por provocar uma reação inflamatória local.** Alguns dispositivos intrauterinos contêm progesterona de liberação lenta, que interfere com o desenvolvimento do endométrio de modo que, geralmente, não ocorre a implantação. Os DIU contendo cobre parecem inibir a migração tubária dos espermatozoides enquanto os DIU contendo levonorgestrol alteram a qualidade do muco cervical e o desenvolvimento endometrial.<sup>53</sup> (Grifos incluídos)

A vida humana, inafastavelmente, inicia-se com a concepção. Quaisquer mecanismos utilizados após a fecundação, que visem ou tenham como consequência impedir a implantação do ovo no endométrio materno, não podem ser classificados como contraceptivos, uma vez que concebidos os nascituros já foram. Efetivada a concepção, passam a ser verdadeiros métodos abortivos e, por isso, incompatíveis com a ordem jurídica brasileira, porquanto violadoras do direito à vida do ser concebido.

O deslocamento do marco inicial da vida para a implantação (nidação), como querem os adeptos dessa teoria, parece buscar conciliar o uso desses métodos (DIU e contracepção de emergência), sem serem classificados como abortivos.

Porém, como ensina Veloso de França, “se o mecanismo da ação do DIU é o de impedir a nidação quando já existe uma vida nova, é claro que sua ação é eminentemente abortiva. Se não são anticoncepcionais, pois não impedem a formação do ovo, são inevitavelmente abortivos.”<sup>54</sup>

A pretensão parece ser a mesma no caso da apologia à teoria neurológica.

Consolidada a implantação do nascituro no útero materno, restou justificar o abortamento durante o período em que o sistema nervoso central não estaria formado, uma vez que, sem o cérebro, não haveria vida.

O sistema nervoso central é formado pelo folheto embrionário ectodérmico, surgindo no início da terceira semana sob a forma de uma placa de ectoderma espessado, a placa neural.

<sup>52</sup> SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica.** Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 35

<sup>53</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica.** 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 33

<sup>54</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 334.

Neurulação é o nome dado ao processo no qual a placa neural, após regular desenvolvimento, transforma-se em tubo neural. No início do processo, o tubo neural encontra-se aberto nas extremidades, chamadas de neuróporos cranial e caudal. Durante o processo, essas extremidades fecham-se progressivamente.<sup>55</sup>

Durante a neurulação, podem ocorrer problemas no fechamento das extremidades do tubo neural. Não havendo fechamento na região cranial, ocorre a anencefalia, hipótese em que o cérebro não completa a sua formação. Não havendo fechamento na região caudal, ocorre a espinha bífida, hipótese em que o defeito localiza-se na região cervical.<sup>56</sup>

Segundo Sadler, o fechamento do neuróporo cranial ocorre no 25º dia de gestação. O fechamento da extremidade caudal ocorre, aproximadamente, com 5 dias depois.<sup>57</sup>

Na lição de Moore, Persaud e Torchia, a neurulação inicia-se no fim da terceira semana e se completa durante a quarta semana.<sup>58</sup>

Considerando essas informações colhidas da literatura médica, os partidários da teoria neurológica, deveriam, por coerência, advogar a tese de que o surgimento da vida estaria compreendido entre o início (3 semanas) e conclusão (4 semanas) do processo de neurulação.

No entanto, observa Letícia Cesarino<sup>59</sup> que os marcos temporais compreendem a oitava semana – porque seria, segundo a autora, o início da formação do sistema nervoso –, e a vigésima semana, considerado o momento em que o sistema completa sua formação.

O tempo é irrelevante quando se discute o valor humano. Em verdade, qualquer seja o período adotado pela ideologia neurológica, o valor da vida humana não é medido através de tecnicidades imprecisas da teoria.

Repise-se que, segundo Diane Papalia e Ruth Feldaman, o cérebro humano mantém-se em contínua construção durante a segunda infância.

Em que pese isso, os partidários da teoria neurológica, pelo menos até o momento, não pleiteiam o aborto até o nono mês de gestação, tampouco sustentam a possibilidade de infanticídio, com fundamento na incompletude do desenvolvimento cerebral.

Ora, sendo o desenvolvimento cerebral o critério orientador da teoria neurológica, por que não reclamar o direito de abortar nas semanas finais de gestação? Por que não reclamar o direito ao infanticídio, sob o fundamento de que o recém-nascido não completou

<sup>55</sup> Sadler, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016. p. 48

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 64

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 248

<sup>58</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013, p. 33

<sup>59</sup> CESARINO, Letícia da Nóbrega. **Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v13n2/03.pdf>>. Acesso em: 05/11/2017

seu desenvolvimento cerebral? Ou, com o mesmo argumento, por que não pleitear o direito de exterminar crianças com até dois anos de idade?

Sob uma perspectiva absolutamente técnica, a neurulação inicia-se na terceira e finaliza na quarta semana de desenvolvimento humano. No entanto, os prazos estabelecidos por adeptos da teoria neurológica são tão diversos quanto os interesses que representam.

A fluidez do marco inicial da teoria neurológica, por si, inviabiliza a adoção de qualquer momento para o início da vida, com fundamento em desenvolvimento cerebral.

A adoção desse modelo, frise-se, ao arrepio do prevalecente entendimento científico sobre o início da vida, deixaria ao alvedrio de qualquer um a definição do “momento vida”, como se o valor humano dependesse da conveniência e oportunidade que, circunstancialmente, se fizesse presente em cada caso.

A fluidez do conceito de vida ou morte da teoria neurológica é incompatível com a dignidade inerente ao ser humano, que independe do seu estágio de desenvolvimento.

#### 4 A NATUREZA BIOJURÍDICA DO NASCITURO COMO ÓBICE AO ABORTO

Sob todos os ângulos, seja jurídico ou biológico, impende-nos concluir pela humanidade do nascituro desde a concepção. Apenas por ser espécie *homo sapiens* ostenta personalidade jurídica, sem que lhe seja cobrado qualquer outra qualidade, viabilidade ou perfeição gênica. É pessoa humana tanto quanto qualquer ser humano nascido, em igualdade e dignidade, sendo-lhe conferidos os direitos da ordem jurídica compatíveis com sua condição, bem como a especial proteção em vista de sua vulnerabilidade.

Em que pese isso, grupos organizados, destacando-se o movimento feminista, pleiteiam de há muito a liberação do abortamento irrestrito, desvinculado dos casos legalmente permitidos no sistema jurídico vigente (art. 128, I e II, CP).

No entanto, nenhuma discussão sobre o aborto pode prescindir da discussão sobre a (tão negligenciada) natureza do nascituro. Cuida-se de pessoas humanas, não de objetos desintegráveis por simples ato de vontade.

Considerando a humanidade inerente ao nascituro, bem como a vulnerabilidade de sua condição, é imperativo empreender esforços a fim de conferir-lhe proteção.

Qualquer movimento estatal em sentido contrário faz retroceder o padrão de civilidade alcançado pela humanidade, especialmente, no tocante à defesa da vida e da dignidade humana.

As proteções conferidas ao nascituro relacionam-se, sobremaneira, com a dignidade humana que lhe é inerente, de modo que os direitos e deveres da ordem jurídica alcançam o nascituro por consequência lógica e natural.

Relembre-se da lição de Marcelo Novelino, segundo o qual a dignidade humana impõe aos poderes públicos o “dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna”.<sup>1</sup>

O dever de respeito exige um comportamento abstencionista, pelo qual se impõe, não apenas ao Estado, mas também aos particulares, a não violação do direito de outrem. Já o dever de proteção requer uma atitude positiva do Estado com vistas a inibir a ação de terceiros tendente à violação dos direitos de outrem. Quanto ao dever de promoção, determina-se a concretização de direitos de caráter prestacional, cuja efetivação se alinha à busca da igualdade material. Assim, incumbe ao Estado o dever jurídico com vistas à defesa da vida do nascituro, sob a perspectiva do respeito, da proteção e da promoção do direito.

---

<sup>1</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 363.

#### **4.1 O Estado na defesa da vida do nascituro: dever de respeito, proteção e promoção.**

Na perspectiva do *dever de respeito* ao nascituro, os poderes públicos estão proibidos de praticar atos que violem os direitos do nascituro, especialmente o direito à vida.

Assim, do Estado, considerando todos os Poderes da República, todos os entes federativos, bem como todos os órgãos e instituições que o compõem, exige-se uma conduta negativa, de abstenção, quanto a ações e medidas que tenham potencial para violar a vida do nascituro.

No chamado *dever de proteção* ao nascituro, exige-se dos poderes públicos ações positivas para evitar que terceiros violem os direitos do concepto. Nesse sentido, o Estado, conforme sua competência, deve editar leis que impeçam ou punam quaisquer atos de violência dirigidas ao nascituro. Impõe-se também ao Estado, como consectário do dever de proteção ao nascituro, a prática de fiscalização intensa e ininterrupta de locais dedicados ao crime de aborto, por meio de investigação policial, do Ministério Público, de órgãos da vigilância sanitária, das unidades de saúde do sistema público estatal, bem assim de todo e qualquer braço estatal competente ao mister.

Quanto ao *dever de promoção*, exige-se do Estado a realização de atos com vistas à concretização de direitos ao nascituro, especialmente à vida, à integridade e à saúde.

É dever do Estado promover a saúde da gestante e do nascituro com a adoção de medidas de apoio pré-natal, a fim de assegurar uma vida digna ao ser humano em formação, prevenindo doenças no decorrer da gravidez e garantindo seu pleno desenvolvimento.

Programas de vacinação, atenção à saúde, suplementação vitamínica, fornecimento de remédios, formação e treinamento de profissionais, estrutura hospitalar adequada para acompanhamento integral das gestantes, dentre outras medidas prestacionais, são ações de promoção à mulher e ao nascituro.

Paulo Gustavo Gonet Branco observa que apenas a tutela penal tem se revelado insuficiente para obstar a prática abortiva.

Considerando que a gravidez pode acarretar elevado encargo financeiro e emocional aos pais, o autor sugere a adoção de medidas legislativas e administrativas de caráter promocional que auxiliem a mulher e a família, sem que tais ações, porém, conduzam ao abandono do repúdio penal do aborto.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 262

Nesse contexto, Paulo Branco propõe providências úteis de

“apoio financeiro à gestante, de facilitação à reinserção futura da mulher no mercado de trabalho, de compensação profissional pelo tempo necessário de dedicação inicial ao filho, além do apoio psicológico e social à gestante e à família, todas essas são providências que se justificam no âmbito do dever de proteção da vida, também na fase intrauterina.<sup>3</sup>

As medidas de apoio à vida do nascituro e à gestante podem assumir diversas faces: incentivos fiscais aos empregadores, auxílio financeiro à gestante, multiplicação do número de creches; programas de reinserção no mercado de trabalho, dentre outras atuações prestacionais.

#### 4.1.1 Descriminalização do aborto: proibição de proteção insuficiente

Os deveres dirigidos aos poderes públicos, como se observa, são decorrentes da dignidade humana do nascituro. Conectam-se à noção de *proibição da proteção insuficiente*, segundo a qual o Estado deve proteger a vida do nascituro de modo suficiente, sendo-lhe vedado atuar aquém do que o necessário para tutelar o bem jurídico.

A proibição da proteção insuficiente é um desdobramento do postulado da proporcionalidade com a qual o Estado deve pautar sua atuação, tendo em vista que proteger o direito de modo insuficiente significa protegê-lo de modo desproporcional.

Sobre a proibição da proteção insuficiente, Gilmar Ferreira Mendes ensina que:

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. **A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos.**<sup>4</sup> (Grifo nosso)

No contexto da proteção à vida do nascituro, impende concluir que, além do dever do Estado de, positivamente, empreender atos de proteção ao ser concebido como

<sup>3</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 262

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: **Tratado de direito constitucional, v. 1**; coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344

consequência da dignidade humana que lhe é inerente, há também às instituições públicas a vedação quanto à proteção insuficiente, como decorrência do postulado da proporcionalidade.

Nesse passo, entendemos como vedado ao Estado brasileiro proceder à descriminalização do aborto, uma vez que tal *abolitio criminis* significaria uma clara violação ao direito fundamental à vida do nascituro.

Eventual edição de lei revogadora dos tipos penais incriminadores da prática de aborto estaria, irremediavelmente, maculada por inconstitucionalidade, tendo em vista o retrocesso civilizatório na consagração dos direitos fundamentais, notadamente no que diz respeito à vida do nascituro.

Descriminalizar o aborto é o correspondente lógico à autorização do aborto. Medida dessa natureza significaria o endosso estatal à aniquilação de vidas humanas que se encontram em absoluto estado de vulnerabilidade.

A um só tempo, seria retirado o direito à vida do nascituro e o esvaziaria de qualquer fragmento de dignidade humana, uma vez que a disposição de sua vida, integridade e saúde estariam sob o arbítrio de decisionismos particulares.

A autorização para o aborto irrestrito pavimenta o caminho para a degradação na dignidade humana ao permitir que sejam desconsiderados os fundamentos ensejadores da prática. Nesse contexto, sem qualquer limite ou justificativa ao abortamento, nada impediria, a discriminação em face de seres humanos em formação que ostentassem características incompatíveis com desejos e caprichos mesquinhos de seus genitores, focados em distorcidos padrões de perfeição orgânica ou morfológica.

A epidemia de zica evidenciou uma das faces do pleito abortivo: a eugenia.

Parte do movimento feminista aderiu à bandeira de que a gravidez de feto com microcefalia deveria autorizar o aborto. Houve quem justificasse o aborto de nascituro microencefálico com argumentos voltados à saúde pública. Houve, ainda, quem tentasse equiparar a situação da gravidez do feto microencefálico com a gestação decorrente de estupro.

Débora Diniz, antropóloga militante no movimento feminista, perguntada sobre a equiparação da microcefalia com a anencefalia, para fins de autorização do aborto, afirma que

A comparação é para nos confundir. A proposta de interrupção da gestação se a mulher estiver infectada por zika (a Anis é uma das instituições apoiadoras da ação encaminhada ao STF) **não se movimenta por analogia com a anencefalia, mas com o estupro.**<sup>5</sup> (Grifo nosso)

Com autorização ao aborto irrestrito, é impossível saber quais características ou condições humanas seriam condenadas pela discriminação. A má formação de um membro

---

<sup>5</sup> Entrevista: Débora Diniz. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2017/03/debora-diniz-as-mulheres-com-zika-sumiram-da-pauta-9739980.html>>. Acesso em 13/11/2017

corpóreo, a síndrome de down, o sexo, a raça: quais características serão motivo para o abortamento e quais serão as eleitas como dignas à humanidade?

Com o avanço científico da medicina, especialmente no campo da genética, não é difícil supor que, durante o desenvolvimento uterino, será possível desvendar características determinadas e/ou tendências influenciadas pelo código genético do nascituro. A cor dos olhos, a perspectiva de estatura, a tendência ao vício ou à agressividade: quais características serão motivo para o abortamento e quais serão as eleitas como dignas à humanidade?

A Constituição Federal não conferiu o direito à vida a “categorias especiais” de seres humanos, haja vista que todos são iguais perante a lei. Em nosso sentir, é patente a inconstitucionalidade de autorização à prática do aborto de forma irrestrita, uma vez que não é dado a ninguém o poder sobre a vida e a morte de outrem.

Reitera-se que a igualdade, expressa no texto constitucional, manifesta-se em uma dimensão material. Assim, diante da vulnerabilidade ínsita à condição do nascituro, é exigível do Estado a concretização de medidas e direitos que elevem as medidas protetivas ao ser concebido, a fim de garantir o seu pleno desenvolvimento gestacional ou, na hipótese de violação à sua vida pelo aborto, a devida punição pela prática criminosa.

Ainda sob o ponto de vista da igualdade material, entende-se como inconcebível a discriminação dirigida a nascituros, como se a vida do concebido tivesse menos valor do que a vida do ser humano nascido.

A doutrina constitucional brasileira é praticamente unânime em afirmar que o nascituro é titular do direito à vida.

No entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco, “o nascituro é um ser humano. [...] Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana”.<sup>6</sup>

Marcelo Novelino observa que, “sem embargo da discussão envolvendo o início da vida humana ou mesmo a titularidade de direitos subjetivos fundamentais pelo nascituro, parece ser inegável que a vida e a dignidade do feto devem receber proteção jurídica”.<sup>7</sup>

Na lição de Dirley da Cunha Júnior, “o direito à vida é garantido pela Constituição contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana”. Em nota, ratificando tratar-se do entendimento mais adotado no direito brasileiro, o doutrinador assevera que “a vida humana começa com a concepção, quando há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258-259.

<sup>7</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Método. São Paulo: 2013. p. 468.

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010. p. 660

Uadi Lammêgo Bulos assevera que

Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam, Daí a Constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina.

[...]

**O direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando num ovo ou zigoto.**<sup>9</sup> (Grifo nosso)

Para Ingo Wolfgang Sarlet

**Resulta evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito à vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, numa nítida menção à humanidade do embrião e, com ainda maior razão, à condição humana do nascituro.** Tal entendimento, a despeito de importantes variações na doutrina, tem sido majoritariamente consagrado na doutrina brasileira, que igualmente assegura uma tutela constitucional e jusfundamental à vida não nascida (intrauterina), mas também reconhece, em termos gerais, uma (ainda que diferenciada, a depender do autor) proteção à vida embrionária extrauterina.<sup>10</sup> (Grifo nosso)

Em suma, a doutrina constitucionalista brasileira, majoritariamente, assevera que o nascituro é ser humano a quem se tutela o direito fundamental à vida.

Nesse passo, entendemos que a natureza biojurídica do nascituro, sua essência humana, com todos os direitos ínsitos à humanidade, por si, inviabiliza qualquer modificação legislativa tendente a subtrair proteção do seu direito à vida. Qualquer alteração nesse sentido, estaria maculada irremediavelmente de inconstitucionalidade.

## 4.2 Os particulares na defesa da vida do nascituro

A dignidade humana impõe deveres, não apenas ao Estado, mas também aos particulares, uma vez que a eficácia dos direitos fundamentais tem também eficácia horizontal, regulando as relações privadas.

Na perspectiva do *dever de respeito* ao nascituro, os particulares estão proibidos de praticar atos que violem a vida, a integridade física e a saúde do ente concebido.

O aborto viola, de maneira irreparável, o dever de respeito à vida, sendo forçoso reconhecer que os principais destinatários desse dever constitucional são os pais do nascituro, especialmente a mãe, a qual, em tese, tem o controle sobre a gestação.

O dever de respeito aplica-se também a terceiros, impedindo-os de violar o direito à vida do nascituro, praticar o aborto, com ou sem consentimento da gestante. Assim,

<sup>9</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 530

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 p. 220

impõe-se o dever de abstenção às clínicas e profissionais de saúde, pelo que estão vedados ao empreendimento de práticas abortivas. Da mesma forma, pelo dever de respeito, está vedada produção e venda de drogas farmacêuticas com a finalidade de provocar o aborto.

No chamado *dever de proteção* ao nascituro, exige-se dos particulares uma ação positiva para evitar que terceiros violem os direitos do concepto.

Especialmente aos pais é dirigido o dever de proteger o concepto em face de violência praticada por terceiros. Assim, diante de pressões sociais, familiares ou conjugais com vistas à realização de aborto, é dever da gestante (porque direito próprio e do seu filho nascituro) obstar a violência contra si e contra seu filho.

Aos particulares, exige-se também o *dever de promoção* do direito à vida do nascituro. Nesse contexto, é devido o empreendimento de medidas prestacionais para o fim de concretizar, ao nascituro, os direitos que titulariza desde a concepção.

É dever legal do pai do nascituro, por exemplo, o fornecimento de prestação alimentícia, de modo a prover a alimentação propriamente dita, a assistência médica e psicológica, os exames complementares, bem como internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes, nos termos da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008).

À mãe gestante, no mesmo sentido, será devida sua contribuição, na proporção dos recursos de ambos (Lei nº 11.804/2008).

Os deveres promocionais, por óbvio, atendem ao binômio necessidade-possibilidade, uma vez que não será devido encargos além da suportabilidade dos genitores.

#### **4.3 Direito à vida do nascituro *versus* direito sexual e reprodutivo da Mulher**

No contexto das discussões legislativas, assim como no âmbito judicial ou mesmo acadêmico, a vedação ao aborto, invariavelmente, é apontada como violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Segundo Maria Luiza Heilborn,

Os direitos sexuais e reprodutivos são considerados o desdobramento progressivo das primeiras elaborações dos direitos humanos – civis e políticos.

[...]

No caso dos **direitos reprodutivos, significa a possibilidade de mulheres e/ou casais decidirem o tamanho da prole, o momento de ter filhos, com acesso à**

**contracepção e ao aborto seguro**, e a condições adequadas de assistência em todas as etapas do ciclo reprodutivo.

[...]

Os **direitos sexuais** [...] **dizem respeito a garantias de um exercício da sexualidade livre de coerção**, de desestigmatização das chamadas sexualidades alternativas, como homossexualidade, e ainda ao que atualmente se designa transgênero.<sup>11</sup> (Grifos nossos)

Os direitos reprodutivos, como se depreende do conceito de Heilborn, inclui o livre acesso ao aborto. Desse modo, para atingirem sua plena eficácia, não limitar-se-iam aos casos não puníveis estabelecidos no Código Penal (art. 128, CP).

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Os direitos sexuais e reprodutivos são invocados para defender a ideia de que a realização do aborto é um direito da mulher a ser respeitado e promovido pelo Estado. Ou seja, não apenas abstendo-se de atos tendentes à proibição, como também promovendo políticas públicas, a fim de custear o procedimento e fornecer a estrutura hospitalar para a intervenção, tendo em vista que a questão do aborto seria, segundo sustentam, um problema de saúde pública.

Em nosso sentir, a vinculação entre os conceitos de direito reprodutivo e de direito ao aborto é fruto de incompreensão (ou não aceitação) dos preceitos dos deveres jurídicos, especialmente no campo da responsabilidade parental, a que todos os seres humanos são submetidos na vida em sociedade.

O livre exercício (sem coerção) dos direitos sexuais, por óbvio, não está imune à natural consequência da prática sexual: a concepção humana.

A fusão cromossômica dos gametas masculino e feminino faz surgir a vida humana e, quando decorrente da autonomia da vontade do casal quanto à prática sexual, faz surgir os deveres dos genitores quanto ao empreendimento dos cuidados necessários à preservação da vida digna do nascituro.

A Constituição Federal de 1988, no seu parágrafo 7º do artigo 226, dispõe:

**Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, **vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas**. (Grifos incluídos)

<sup>11</sup> HEILBORN, Maria Luiza. **Direitos sexuais e reprodutivos: um olhar antropológico**. In: Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. p. 397. Disponível em: <[http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Antropologiadireito\\_\\_1.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Antropologiadireito__1.pdf)>. Acesso em 09/11/2017.

Comentando o dispositivo, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira, observam que “como não há responsabilidade sem liberdade, garante-se a liberdade de decisão de planejar a dimensão da família e dessa liberdade faz-se decorrer a responsabilidade parental de assisti-la material e moralmente”.<sup>12</sup>

Impende observar que os direitos sexuais e reprodutivos, bem como os deveres correspondentes ou deles decorrentes, não estão adstritos aos casais integrados em unidade familiar, uma vez que titularizados por todo ser humano com capacidade para consentir.

Dessa forma, mesmo o casal unido momentaneamente para específico encontro sexual, está submetido à responsabilidade familiar (parental), quando da relação sexual surgir vida humana.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que

**É dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, **o direito à vida**, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**. (Grifos nossos)

O dispositivo concretiza os deveres jurídicos a que todos – família, sociedade e Estado – estamos vinculados, na perspectiva do respeito, proteção ou promoção dos direitos ao nascituro, de modo a assegurar, sobretudo, uma vida com dignidade.

Quanto aos genitores, os deveres advindos da concepção impõem não apenas a proibição ao aborto (dever de respeito à nascituro), mas também o de garantir a vida do nascituro contra intervenção de terceiros (dever de proteção à vida digna) – colocando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão – e, ainda, o dever de promover-lhe uma vida com qualidade e dignidade (dever de promoção).

Os deveres de família não colidem com os direitos sexuais e reprodutivos, na medida em que a concepção decorre de prática sexual livre e consentida. Em verdade, os deveres parentais dos pais para com os filhos são, isso sim, consequência natural da livre prática dos direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse passo, não há falar em direito ao aborto como consectário do direito reprodutivo, pois que a concepção humana é, por imperativo natural, o resultado do livre exercício sexual do casal e não uma intervenção externa ao corpo da mulher.

As práticas contraceptivas, do mesmo modo, refletem o livre exercício do direito reprodutivo do casal, manifestando uma dimensão negativa do planejamento familiar.

<sup>12</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; Teixeira, Ana Carolina Brochado Comentário ao parágrafo 7º do art. 226. In: **Comentários à Constituição do Brasil**; coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet. Saraiva. São Paulo: 2013. p. 2122

O planejamento familiar pressupõe o empreendimento de atitudes por parte do casal, de natureza positiva e/ou negativa, anteriores à fecundação, tendentes, respectivamente, a gerar ou evitar a concepção humana.

Independente das atitudes empreendidas, de natureza positiva ou negativa, na medida em que a concepção humana tenha lugar no mundo material, surgem, em decorrência dela, os direitos e deveres familiares, assim como surgem os direitos e deveres do nascituro.

Inserir a prática do aborto como exercício do direito reprodutivo representa uma violação à lógica dos deveres jurídicos dos pais para com o filho nascituro, bem como a degeneração da dignidade da pessoa humana que fundamenta a república e orienta toda a ordem jurídica pátria.

Aborto não é direito. É, antes, ato antijurídico. O aborto, em verdade, ataca o direito, viola o ordenamento jurídico, porquanto significa o aniquilamento da vida do nascituro. É ato mortal dirigido ao ser humano no momento de maior vulnerabilidade existencial.

A noção de dever está conectada à noção direito, haja vista que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, CC02). Do mesmo modo, a noção de dever está intrinsecamente ligada à de responsabilidade.

Na lição de Flávio Tartuce,

O dever jurídico engloba não só as relações obrigacionais ou de direito pessoal, mas também aquelas de natureza real, relacionadas com o Direito das Coisas. **Também podem ter por objeto o Direito de Família**, o Direito das Sucessões, o Direito de Empresa e os direitos da personalidade. **Mantém o dever jurídico relação não só com o Direito Civil ou Direito Privado, mas com todos os outros ramos jurídicos.**<sup>13</sup> (Grifos nossos)

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, responsabilidade é uma “obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.<sup>14</sup>

Carlos Roberto Gonçalves, sintetizando, ensina que

Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade**. v. 2. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 17

<sup>14</sup> GAGLIANO, Stolze Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** v.3. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 3

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24

O dever dos genitores em relação ao nascituro (respeito, proteção e promoção) são originários, de gênese constitucional e infraconstitucional. Com a violação dos deveres originários, surge a responsabilidade aos pais, seja civil ou penal.

Muitos são os argumentos construídos com o objetivo de escapar da incidência dos deveres originários e sucessivos em relação ao nascituro. Grupos organizados – sobretudo o movimento feminista – objetivando a descriminalização da prática abortiva, recorrem a retórica incompatível com a ordem jurídica vigente, porquanto resultam na violação do principal e mais caro direito fundamental do ser humano, o direito à vida.

A avaliação dos argumentos de que se valem os apoiadores do aborto irrestrito merece estudo próprio, de modo que não serão enfrentados no presente trabalho monográfico.

Ainda assim, interessante observar o exotismo de certos argumentos, a exemplo do levantado por José Adércio Leite Sampaio, segundo o qual:

Os transtornos para a mãe e para o futuro filho, por exemplo, de uma gravidez não desejada, decorrente de estupro, não surgiriam em outras tantas igualmente não desejadas, pelos mais diversos motivos? **Não haveria de ser reconhecido o impedimento a todos, inclusive ao feto, de usar o corpo da mãe sem o seu consentimento?**<sup>16</sup>

O autor parece sugerir que o feto estaria cometendo um ato ilícito por estar no ventre materno sem seu consentimento.

O jurista compara situações completamente antagônicas, as quais estão no cerne da (im)possibilidade de prática abortiva.

Primeiro, não há, como pretende o autor, qualquer comparação possível entre gravidez decorrente de estupro e gestação advinda de relação sexual voluntária, uma vez que são completamente antagônicas no contexto das liberdades

Na relação sexual consentida, ainda que não se pretenda a gestação, pratica-se ato que, dentre as naturais possibilidades, a geração de vida humana (nascituro) é uma delas.

É recorrente, ainda, o argumento de que, mesmo tomadas as precauções contraceptivas, há possibilidade de a fecundação ocorrer.

As precauções contraceptivas não têm o condão de afastar os deveres jurídicos dos genitores para com o conceito, sobretudo porque existe a possibilidade e se reconhece a previsibilidade do resultado “vida humana” através da prática sexual, com ou sem uso de meios contraceptivos. Assim, o casal, diante da previsibilidade, consciente da possibilidade, assume o resultado, diante do livre exercício do direito sexual e reprodutivo.

---

<sup>16</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo Art. 5º, X. In: **Comentários à Constituição do Brasil**; coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 280

Anote-se que a previsibilidade da concepção obsta, inclusive, a responsabilidade civil de empresas farmacêuticas, uma vez que, conforme assentado na jurisprudência pátria, é fato notório e amplamente divulgado, que os contraceptivos não apresentam absoluta eficácia, de modo que o casal assume o risco de produzir o resultado gravidez quando mantém relação sexual.

Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no bojo da Apelação nº 0009472- 95.2010.8.26.0318.

RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO Alegação de ineficácia de medicamento contraceptivo, resultando em gravidez indesejada Sentença de improcedência Irresignação da autora Descabimento Requerente que reconheceu na inicial e, no depoimento pessoal, que não tinha acompanhamento ou prescrição médica, contrariando o alerta constante da embalagem do produto Bula do medicamento com informações claras acerca do modo de utilização e do risco pela sua inobservância Utilização pela autora que não atendeu às instruções do fabricante Culpa exclusiva da vítima Art. 12, do CDC. **Inexistência, ademais, de método contraceptivo 100% eficaz e seguro.** Danos materiais e morais incoerentes Sentença mantida Aplicação do art. 252 do Regimento Interno desta Corte Recurso não provido

(TJ-SP - APL: 00094729520108260318 SP 0009472-95.2010.8.26.0318, Relator: Walter Barone, Data de Julgamento: 23/02/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/02/2015)

Na mesma ação, no bojo da sentença apelada, o juiz consignou que, “não raro, a gravidez com uso de medicamento anticoncepcional é previsível”.

Registre-se ainda a decisão da mesma turma, no âmbito de outro processo:

Ementa: Dano moral. Autora que utiliza contraceptivo, porém não evita a gestação. Laboratório fabricante do medicamento fez constar na bula as falhas prováveis, inclusive indicando percentuais. Ausência de conduta inadequada do produtor do remédio. Consumidora tinha pleno conhecimento das possíveis falhas do produto. Prova oral confirmou a probabilidade de gestação, pois **não existe contraceptivo 100% eficiente. Mulher que tem vida sexual ativa deve estar informada do risco abrangendo a gravidez, independentemente da utilização de anticoncepcional.** Suscetibilidade exacerbada da apelante é insuficiente para caracterizar dano morais - Apelo desprovido

(Comarca: São Paulo Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 03/12/2008 Data de registro: 11/12/2008 Outros números: 003.35.710430-0)

Embora a decisão refira-se a “mulher que tem vida sexual ativa”, o teor aplica-se também a homens que mantêm vida sexual ativa, com ou sem utilização de métodos contraceptivos, uma vez que, sobrevivendo gravidez, constituem-se todos os deveres de natureza familiar dos pais para com o nascituro.

A proibição à prática do aborto, conforme assentado, não colide com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher ou do homem. Demonstração cabal da assertiva é colhida do próprio ordenamento jurídico pátrio.

Na hipótese em que a mulher tem seus direitos sexuais e reprodutivos violados, através do crime de estupro, em decorrência do qual surge gravidez, o Código Penal pátrio não pune a realização do aborto, conforme estabelecido no seu artigo 128.

O artigo 128, do Código Penal assim estabelece:

Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Não se pune o aborto se a gravidez resulta de estupro. Trata-se do chamado aborto humanitário, ético ou sentimental.

Cezar Roberto Bitencourt assinala que o tipo penal estabelece os seguintes requisitos: “a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal”.<sup>17</sup>

Consoante Bitencourt, tutela-se, na punição ao estupro, “a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem”.<sup>18</sup>

O estupro viola a liberdade sexual, os direitos sexuais da mulher. Se resultar gravidez, o estupro também violará os direitos reprodutivos da mulher, uma vez que a concepção decorreu de ato sexual não consentido.

Assim, quando violado o direito reprodutivo da mulher – ou seja, na hipótese de o estupro resultar gravidez – assegura-se à gestante a não punibilidade pela prática do aborto.

O direito à vida não é absoluto, podendo ser relativizado nos casos compatíveis com a Constituição. Exemplo clássico, sempre referido pela doutrina, é a pena de morte em caso de guerra declarada.

O elemento do suporte fático – gravidez decorrente de estupro – autoriza a relativização do direito à vida do nascituro. Nesse quadro, o Estado adota uma postura abstencionista, de modo a assegurar à mulher o pleno exercício dos seus direitos reprodutivos, ratificando a importância da autonomia de sua vontade, uma vez que a gestante poderá escolher entre abortar, pelo que não será punida, ou manter a gravidez.

Na hipótese de gravidez decorrente de relação sexual consentida, ou seja, em pleno exercício dos seus direitos e liberdades sexuais e reprodutivos, o casal, por seu ato de

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168

<sup>18</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47

vontade, e não de outrem, assume os deveres jurídicos para com o nascituro. Desse modo, é forçoso concluir que não há colisão entre os direitos reprodutivos da mulher (porque ato consentido) e o direito à vida do nascituro. Há colisão, em verdade, entre o direito à vida do nascituro e o mero desejo de eliminar gestação indesejável. O direito, por óbvio, não tutela desejo eivado de antijuridicidade.

Não é punível, ainda, o aborto necessário, também chamado de terapêutico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Na lição de Bitencourt, “o aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la”.<sup>19</sup>

Preserva-se, com isso, a vida da mulher em face da vida do nascituro. Bitencourt observa que o tipo penal não requer autorização da mulher para a prática do aborto. Dessa forma, sendo caso de aborto necessário (arts. 128, I, CP) a intervenção médico-cirúrgica está autorizada artigos 24 e 146, § 3º, do Código Penal, que tratam, respectivamente, do estado de necessidade e da intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida. Bitencourt salienta, ainda, que, tomando as cautelas devidas estará o médico no exercício do estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, 1ª parte, CP).<sup>20</sup>

Quanto ao aborto do feto anencéfalo, no âmbito da ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal construiu o entendimento, segundo o qual o ato não configura aborto, restando inconstitucional a “interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”, uma vez que seria o feto anencéfalo seria equiparado a natimorto.

É de se concordar com o resultado construído pela Suprema Corte, embora seja imperativo o reparo quanto ao entendimento de que a vida, segundo alguns Ministros, inicia-se com a formação do sistema nervoso central. A vida, como demonstrado, inicia-se com a concepção. Disso, não há dúvidas.

O caso do nascituro anencéfalo, em nosso sentir, deve ser compreendido de modo que a vida humana inicia-se com a concepção, através da qual o zigoto, célula primeira da existência humana, carrega em sua codificação genética toda a constituição do novo ser em desenvolvimento. Finalizado o processo de neurulação, torna-se imperativo que o diagnóstico demonstre certeza absoluta sobre anencefalia, sem restar qualquer dúvida sobre a morte cerebral do nascituro, hipótese em que o nascituro anencéfalo é equiparado a natimorto, sendo atípica penalmente a prática do abortamento.

---

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 168-169

Desse modo, a linha temporal da vida do nascituro iniciaria com a concepção e finalizaria a consequente interrupção da gravidez, em razão da morte cerebral.

Em nosso entendimento, posta a situação nesses moldes, clarifica-se a realidade inafastável de que o nascituro não depende da formação do cérebro para iniciar sua vida, pois começa com a concepção. Porém, assim como ocorre com o ser humano já nascido, que pode ser declarado a morto em razão de falência cerebral, o nascituro também pode ter a morte declarada pela mesma razão.

## 5. DIREITO CONSTITUENDO: PEC nº 181/2015

Em 16/12/2015, o Senador Aécio Neves – PSDB/MG apresentou Proposta de Emenda à Constituição nº 181/2015<sup>1</sup>, para alteração do inciso XVIII, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, conforme o quadro esquemático:

PROPOSTA ORIGINAL	
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988 (Redação atual)	PEC 181/2015 - ORIGINAL
Art. 7º, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;	Art. 7º, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.

Em 15/08/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, o parlamentar Jorge Tadeu Mudalen – DEM/SP apresentou substitutivo<sup>2</sup> à PEC 181/2015, conforme tabela abaixo:

SUBSTITUTIVO Nº 1 - PEC 181/2015	
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988 (Redação atual)	PEC 181/2015 - SUBSTITUTIVO
Art. 7º, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;	Art. 7º, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.
Art. 1º, III - a dignidade da pessoa humana;	Art. 1º, III - dignidade da pessoa humana, <b>desde a concepção</b> ;
Art. 5º, caput - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:	Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida <b>desde a concepção</b> , à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>1</sup> PEC 181/2015. Autor: Senador Aécio Neves (PSDB/MG). **Original**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1425029&filename=PEC+181/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1425029&filename=PEC+181/2015)>. Acesso em 13/11/2017.

<sup>2</sup> PEC 181/2015. Autor: Sen. Aécio Neves - PSDB/MG. **Substitutivo**: Dep. Jorge Tadeu Mudalen – DEM/SP. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=SBT+1+PEC18115+%3D%3E+PEC+181/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=SBT+1+PEC18115+%3D%3E+PEC+181/2015)>. Acesso em 13/11/2017

O substitutivo apresentado pelo Dep. Jorge Tadeu Mudalen – DEM/SP ratifica o entendimento da doutrina constitucional vigente de há muito, de forma majoritária e pacífica, segundo a qual o ser humano titulariza o direito à vida desde a concepção e, ainda, que a dignidade humana irradia seus efeitos ao nascituro.

Conforme demonstrado, a doutrina constitucional pátria, de maneira praticamente unânime, reconhece a humanidade do nascituro.

Sustentamos a impossibilidade de revogação dos tipos penais incriminadores do aborto, porquanto restaria maculada de inconstitucionalidade a lei revogadora, haja vista a aniquilação do direito fundamental à vida do nascituro.

Em verdade, entendemos que a descriminalização pretendida por grupos da sociedade civil, notadamente os grupos feministas, seria impossível mesmo através de Proposta de Emenda à Constituição.

Concordamos com a lição de Uadi Lammêgo Bulos, segundo o qual:

por força do art. 5º, caput, em epígrafe, **qualquer tentativa de despenalização do aborto é contrária à manifestação constituinte originária de 1988. Nem mediante emenda constitucional isso seria possível**, pois o direito à vida integra o cerne imodificável da Carta de Outubro (CF, art. 60, §4º, IV).<sup>3</sup> (Grifo nosso)

De fato, o Constituinte Originário petrificou a alteração constitucional tendente a abolir os direitos fundamentais (CF, art. 60, §4º, IV).

O dispositivo não somente impede a revogação do direito fundamental, como também veda deliberação de proposta que represente, ainda que minimamente, uma tendência à abolição dos direitos fundamentais. Ou seja, nem a tendência à abolição será tolerada, menos ainda a total revogação de um direito fundamental.

A vida é o direito basilar do ordenamento jurídico, sem o qual nenhum direito sobrevive, ocupando, portanto, o centro dos direitos fundamentais.

Por isso, entendemos que qualquer proposta tendente à abolição do direito fundamental à vida do ser humano, independente do seu estágio de desenvolvimento, seja através de legislação ordinária ou de emenda à constituição, estaria eivada de vício constitucional insanável.

Não se diga, no entanto, que o direito à vida é absoluto, de modo que comporta exceções, a exemplo da perna de morte, em caso de guerra declarada ou a prática de aborto necessário e sentimental.

---

<sup>3</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 530

Porém, é forçoso admitir que, embora seja pacífico e majoritário o entendimento de que o nascituro é titular do direito à vida, o mesmo não se dá quanto à possibilidade de descriminalização da prática do aborto.

Desse modo, entendemos que o substitutivo apresentado pelo Dep. Jorge Tadeu Mudalen – DEM/SP, caso aprovado e integre o texto constitucional, petrifica, de forma definitiva, imutável e irrevogável, o direito à vida do nascituro, a quem irradiam-se os efeitos da dignidade humana desde a concepção.

Na prática, com a devida aprovação, entendemos que o atual estado de coisas permaneceria inalterado em relação ao nascituro, uma vez que o entendimento sobre os direitos por ele titularizados já são de há muito pacificados na doutrina pátria.

O que alteraria, assim entendemos, seria a impossibilidade de descriminalização ao aborto irrestrito, porquanto, aprovada a PEC 181/2015, a vida do nascituro ocuparia o quadro imutável dos direitos fundamentais, de forma inquestionável e inafastável, sendo vedada qualquer proposta que, minimamente, tendesse a abolir.

Saliente-se, entretanto, que, mesmo aprovada a PEC 181/2015, as hipóteses de aborto atualmente não puníveis, a saber, aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro permaneceriam com tratamento jurídico inalterado, sendo devidamente autorizadas pela legislação criminal. Com mais razão, permaneceria a inalterada a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, haja vista a conclusão da Corte Maior de que o fato não configura aborto, sendo penalmente atípico.

As hipóteses de aborto atualmente não puníveis são compatíveis com o direito à vida do nascituro e sua dignidade humana, ainda que ocupe expressamente o rol de direitos fundamentais intangíveis como, aliás, já ocupa, implicitamente, conforme doutrina majoritária.

A concretização textual do direito à vida e da dignidade humana do nascituro não tem o condão de vedar as possibilidades de aborto não punível.

O Pacto de São José da Costa Rica, incorporado pelo ordenamento pátrio, dispõe, no artigo 4º, parágrafo 1, 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.**

O direito à vida do nascituro inicia-se com a concepção, não podendo ser privada de forma arbitrária.

A vida, incluindo a do nascituro, não pode ser privada de forma arbitrária, mas pode, porque direito não absoluto, ser privado de maneira não arbitrária, proporcional, razoável, eticamente justificável, tais como os casos não puníveis de aborto atualmente vigentes.

A não punibilidade ao aborto nas hipóteses atualmente previstas refletem casos não arbitrários de privação da vida, uma vez que se harmoniza com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Considerando a hipótese de que o direito do nascituro à vida, com a aprovação da PEC 181/2015, teria caráter absoluto, seriam esvaziadas as possibilidades de aborto legalmente admitidas. Dessa forma, seria violado o direito da mulher à vida, se proibido o aborto necessário, bem como o direito reprodutivo da gestante, se vedado o aborto no caso de gravidez decorrente de estupro.

O atual panorama jurídico do direito pátrio, em nosso sentir, encontra-se em equilíbrio entre os direitos do nascituro e os direitos da mulher. A proposta de emenda, uma vez aprovada, petrifica o estado de equilíbrio jurídico vigente, de modo que obsta a liberação irrestrita do aborto, bem como impede a proibição total da prática, restringindo-a aos casos hodiernamente já autorizados, reputados não arbitrários.

## 6. CONCLUSÕES

As considerações abordadas ao longo do trabalho monográfico nos permitem destacar as seguintes conclusões:

1. O Direito Romano não ignorou a existência biológica do nascituro, tendo, em boa medida, tutelado seus interesses jurídicos, equiparando-o ao ser humano já nascido, a exemplos dos seguintes fragmentos: D.1.5.7 – Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos; D.1.5.26 – Os que se encontram no útero são considerados em quase todo direito civil como nascidos; D.37.9.1 pr – Do mesmo modo como o pretor cuidou dos descendentes que já existem, assim também não descuidou daqueles que ainda não nasceram.

2. Os fragmentos D.35.2.9.1 (O filho ainda não nascido não se diz ser homem) e D.25.4.1.1 (O filho, antes do parto, é uma porção da mulher ou de suas vísceras) foram utilizados como fundamento para negar a personalidade jurídica do nascituro. No entanto, quando devidamente contextualizados, os fragmentos sugerem regras de exceção, pelas quais a desconsideração do nascituro ocorre com a finalidade de de resguardar seus interesses. Assim, adotando uma visão contextualizada, tais dispositivos não autorizam a interpretação de que o nascituro era ignorado pelo Direito Romano. Ao contrário, a regra era de equiparação do nascituro aos nascidos, sendo a desequiparação a exceção.

3. No histórico jurídico dos projetos de Código Civil, prevaleceu o entendimento concepcionista sobre o surgimento da personalidade. A inversão veio com o Código de 1916, devido à influência da doutrina de Savigny, segundo o qual a paridade entre concebido e nascido seria mera ficção jurídica. A promulgação da Constituição de 1988 estabeleceu uma feição personalista ao direito, com fundamento, orientação e primazia na dignidade da pessoa humana, exercendo influência sobre os demais ramos do direito. A dignidade humana irradia seus efeitos ao nascituro, conferindo-lhe direitos e garantias no ordenamento jurídico.

4. O direito pátrio, em seus vários ramos, confere seriados direitos ao nascituro, reconhecendo a sua humanidade e a personalidade jurídica. Na seara civil, é titular dos direitos compatíveis com a sua condição (vida uterina), especialmente os direitos da personalidade, porquanto inerentes à condição humana, de observância e fruição imediata, sem qualquer condicionante para eficácia futura. No direito penal, tem a vida tutelada pela criminalização do aborto. No

ramo trabalhista, a maternidade é protegida em benefício da gestante e do nascituro, afastando-os de trabalho insalubre, concedendo licença à mulher para ministrar cuidados aos filhos.

5. Na perspectiva médica e biológica, prevalece o entendimento de que a vida humana inicia-se na concepção, ou seja, na fusão cromossômica dos gametas masculino e feminino, cujo resultado origina o zigoto, a célula humana originária, individualizada, dotada de código genético único, diverso dos genitores e de qualquer outra pessoa do planeta. Dentre as teorias que disputam a definição do início da vida, a concepcionista apresenta-se como a mais adequada, uma vez que não há distinção biologicamente possível entre os seres humanos concebidos ou nascidos, independente do estágio de desenvolvimento físico em que se encontrem. A fecundação é o fato que marca o início da vida. Após a fecundação, não há como estabelecer uma linha divisória para afirmar que o ser humano não existe, sendo incabível restringir a humanidade de um ser porque ainda não alcançou determinado estágio embrionário, tanto quanto é impossível restringir a humanidade de uma criança nascida sob a justificativa de que não ainda não atingiu o desenvolvimento corporal ou mental de um adulto.

6. A natureza jurídica do nascituro – pessoa humana, dotada de personalidade jurídica a partir da concepção –, converge com a sua natureza biológica, pela qual o ser humano passa a existir no mundo material com a fusão cromossômica dos gametas masculino e feminino. Como pessoa humana que é, Estado, a sociedade e, sobretudo, os pais devem somar esforços para proteção do nascituro, concretizando os deveres de respeito, proteção e promoção à vida do nascituro. Consequência direta da natureza biojurídica do nascituro é a vedação ao abortamento arbitrário, irrestrito, deixado ao alvedrio/arbítrio da gestante, uma vez que não é dado a ninguém o poder de disposição sobre a vida de outrem. Nesse passo, veda-se ao Estado a prática de atos tendentes a abolir o direito à vida do nascituro através da descriminalização do aborto. Ao Estado, cabe, em verdade, a adoção de medidas administrativas e legislativas de caráter prestacional, em amparo à gestante, que obstem a prática do aborto, sem descuidar da tutela penal à vida do nascituro. Paralelamente, aos pais, não apenas é vedado expressamente o aborto (através da tipificação penal), como também lhes cabem a observância dos deveres parentais junto ao nascituro.

7. Na criminalização do aborto, não se colidem os direitos sexuais e reprodutivos da mulher com o direito à vida do nascituro. Em verdade, o nascituro tem sua existência no mundo visível precisamente porque homem e mulher, diante de sua liberdade sexual e reprodutiva, por suas livres e conscientes vontades, praticam ato sexual, cujo resultado natural, óbvio e esperado é a concepção humana. Na hipótese em que a mulher tem sua liberdade sexual e reprodutiva tolhida

por crime de estupro, do qual decorre gravidez, também não há falar em colisão jurídica com o direito à vida do nascituro, uma vez que o Estado não veda o aborto nesse caso, deixando à escolha da gestante a possibilidade de abortar – pelo que não será punida – ou levar a gravidez à diante.

8. Reputa-se inconstitucional lei ordinária revogadora dos crimes de aborto, porquanto representaria a autorização para o aniquilamento do nascituro, esvaziando o seu direito fundamental à vida. Incabível, ainda, a autorização do aborto através de emenda à constituição, tendo em vista que a vida é direito fundamental petrificado na Constituição de 1988, sendo vedada a deliberação de proposta que tenda a abolir os direitos e garantias fundamentais. A Constituição é clara ao valer-se da expressão “tendente a abolir”: ou seja, não será deliberada proposta que apresente sequer uma tendência, uma potencialidade de abolir direito fundamental. Autorizar o aborto não significaria mera tendência a abolir o direito à vida do nascituro, mas o completo esvaziamento do direito à vida, deixando-o em total vulnerabilidade em relação aos caprichos de outrem. A permissão ao aborto arbitrário abriria o espaço para a discriminação em face do embrião, na medida em que o ser concebido não correspondesse aos anseios eugênicos do casal ou da gestante.

9. A inclusão da expressão “desde a concepção” ao inciso III, do art. 1º e no caput do art. 5º, ambos da CF88, por meio da PEC nº 181/2015, não revoga as hipóteses de não punibilidade do aborto necessário (art. 128, I, CP) e do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro (art. 128, II, CP). Em verdade, a inclusão da expressão “desde a concepção” apenas textualiza o que já se entende majoritariamente sobre o nascituro. Ou seja, já se tem por certo que a dignidade da pessoa humana alcança o nascituro, tanto quanto a qualquer pessoa humana, sem discriminação ao seu estágio de desenvolvimento, bem assim já se tem por certo que a vida humana é direito protegido desde a concepção, de modo que a vida do nascituro é tutelada pelo ordenamento jurídico tanto quanto a vida de qualquer outra pessoa, sem discriminação de qualquer natureza. A expressão “desde a concepção” pacifica o entendimento de que a descriminalização do aborto não seria possível nem mesmo por futura proposta de emenda à constituição, porém não revoga as hipóteses de aborto legal. O direito à vida não é absoluto. O Pacto de São José da Costa Rica estabelece proteção à vida desde a concepção, não podendo ser violada de forma arbitrária. Os casos autorizados pelo direito brasileiro (aborto necessário e aborto em caso de gravidez decorrente de estupro) não refletem motivos arbitrários, ao contrário, fundamentam-se em direitos fundamentais da mulher, como a vida e a liberdade

reprodutiva. Desse modo, considera-se que o direito brasileiro atingiu equilíbrio e harmonia entre os direitos tutelados, assim como entre os sujeitos considerados.

## 7. REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro**: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 88 (1993). Disponível em <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>>. Acesso em: 28/09/2017

ACÓRDÃO: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 4/11/2017.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Primeiro Livro. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 28/09/2017

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMARAL, Francisco. **O nascituro no Direito Civil Brasileiro**: Contribuição do Direito Português. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 8. Rio de Janeiro: 1990. Disponível em: < [http://www.idclb.com.br/revistas/08/revista8%20\(11\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/08/revista8%20(11).pdf) >. Acesso em 19/10/2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. Vol. I. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14356>>. Acesso em: 28/09/2017

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clovis Bevilaqua**. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 2**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 4**: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Proteção do Direito à Vida: A Questão do Aborto**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/677/464>>. Acesso em 04/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 25/09/2017

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 25/09/2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro De 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 25/09/2017

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-Lei no 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 10/10/2017.

BUENDÍA, Carmen Gómez. **Una aproximació casuística a la tutela processual de la quarta falcídia**. Revista de Dret Històric Català. Societat Catalana d'Estudis Jurídics. Vol. 8. 2008. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/RevistaDretHistoric/article/view/243951>>. Acesso em: 09/10/2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CARNEIRO FILHO, H. J. **DE PERSONA A PESSOA: O reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10198>>. Acesso em 25/09/2017.

CATALANO, Pierangelo. **Il concetto “soggetto di diritto secondo il sistema giuridico romano**. Disponível em: <<http://www.testimonianzecristiane.it/teologia/aborto/battaglie/referendum/catalano.pdf>>. Acesso em: 08/10/2017

CESARINO, Letícia da Nóbrega. **Nas fronteiras do “humano”**: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v13n2/03.pdf>>. Acesso em: 05/11/2017

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coord.). **Código civil interpretado: artigo por artigo**, parágrafo por parágrafo. 3 ed. São Paulo: Manole, 2010.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Bioética e Direitos da Personalidade do Nascituro**. Revista Scientia Iuris. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>>. Acesso em 30/09/2017.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COLLINS, Francis S. **A Linguagem de Deus**. São Paulo: Gente, 2017.

Conselho da Justiça Federal. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em 24/10/2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm: 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

FRANCA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civas. História do Direito Brasileiro**. Vol I, 2003. p. XXXII. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 28/09/2017

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodoldo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos em espécie**. v. 4. t. II. 10. Ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Stolze Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodoldo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral** v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Stolze Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodoldo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.3. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIORDANI, Mário Curtis. **O Código Civil à luz do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOLDIM, José Roberto. **Início da Vida de uma Pessoa Humana**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>. Acesso em 04/11/2017.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. v.1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Dicionário de direito família**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HEILBORN, Maria Luiza. **Direitos sexuais e reprodutivos: um olhar antropológico**. In: Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Disponível em: <[http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Antropologiadireito\\_\\_1.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Antropologiadireito__1.pdf) >. Acesso em 09/11/2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. **As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume V: Artigos 121 a 136. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Corpus Iuris Civilis**. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>>. Acesso em 25/09/2017.

LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando. **Dicionário de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

LEJEUNE, Jérôme: “**Genética, Ética y Manipulaciones**”, conferencia editada por la Universidad Católica de Córdoba, 1986). Citado por José Joaquín Ugarte Godoy, Titular da Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica Chile. Ensaio: Momento em que el embrión es persona humana. Disponível em: <[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96\\_ugarte\\_embriion.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96_ugarte_embriion.pdf)>. Acesso em 05/11/2017.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. **O nascituro no Direito Romano**: conceito, terminologia, princípios. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Ingo Wolfgang. **Comentário ao artigo Art. 7º, XVIII**. In: **Comentários à Constituição do Brasil**; coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Direitos Fundamentais**. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1; coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Raimundo Simão. **REFLEXÕES TRABALHISTAS**: Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>>. Acesso em 03/11/2017

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1; coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 24

MORAES, Maria Celina Bodin de; Teixeira, Ana Carolina Brochado Comentário ao parágrafo 7º do art. 226. In: **Comentários à Constituição do Brasil**; coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet. Saraiva. São Paulo: 2013. p. 2122

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. v. III. Rio de Janeiro: H Garnier, 1899.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

NUSSBAUM, Robert L.; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington F.; Thompson & Thompson: **Genética Médica**. 7. ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PAPALIA, Diane E.; FELDMAN, Ruth Duskin. **Desenvolvimento Humano**. 12. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

**PEC 181/2015**. Autor: Sen. Aécio Neves - PSDB/MG. **Substitutivo**: Dep. Jorge Tadeu Mudalen – DEM/SP. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1586817&filenome=SBT+1+PEC18115+%3D%3E+PEC+181/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filenome=SBT+1+PEC18115+%3D%3E+PEC+181/2015)>. Acesso em 13/11/2017

**PEC 181/2015**. Autor: Senador Aécio Neves (PSDB/MG). **Original**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1425029&filenome=PEC+181/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1425029&filenome=PEC+181/2015)>. Acesso em 13/11/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PORCHAT, Reinaldo. **Direito Romano**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. v. 19. 1911. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/65114>>. Acesso em 07/10/2017

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projecto do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial: 1893.

RUSSOMANO, Mário César. **El Nasciturus en el derecho romano y el critério de Freitas**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Revista nº 10: 1991. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/10/revista10%20(18).pdf)>. Acesso em 10/10/2017.

SADLER, T. W. **Langman, embriologia médica**. Revisão técnica: Estela Bevilacqua. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo Art. 5º, X. In: **Comentários à Constituição do Brasil**; coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do código civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Ed. H Laemmert. 1884.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 240. Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 26/10/2017.

SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. In Diálogos sobre Direito Civil, v. II, coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <[http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Os\\_Direitos\\_da\\_Personalidade\\_e\\_o\\_Codigo\\_Civil\\_de\\_2002.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Os_Direitos_da_Personalidade_e_o_Codigo_Civil_de_2002.pdf)>. Acesso em 20/10/2017

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. v. 1. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 03/11/2017.

TAFARO, Sebastiano. **Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. Nº 7. 2009. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/414>>. Acesso em: 30/11/2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade**. v. 2. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de família**. v. 5. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Personalidade e Capacidade na legalidade constitucional**. Disponível em: <<https://uerj.academia.edu/GustavoTepedino>>. Acesso em: 20/10/2017

VELOSO, Zeno; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Arts. 1.784 a 2.027. In: **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. v.3. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v.1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.