



A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO: REFLEXÕES PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE HUMANA¹

Silviana Lucia Henkes

Doutora em direito pela UFSC, estágio doutoral na Sorbone, pós-doutoranda na UFU, professora adjunta da UFPEL.

Carine Cavagnoli

Estudante de direito na UFPEL, bolsista de iniciação científica.

Resumo

O Direito Civil Brasileiro adota a Teoria Natalista que compreende ser a personalidade e, por consequência, a capacidade transmitida com o nascimento, embora outorgue a proteção dos direitos do nascituro desde a concepção. Deste modo, antes do nascimento - para este diploma com reflexos em outros diplomas legais - o nascituro não é considerado pessoa. A doutrina e, de modo incipiente, a jurisprudência vêm adotando posicionamento que vai de encontro, por não concordarem com a manutenção deste regramento, eis que o mesmo não se coaduna com o contexto social, político e jurídico da sociedade contemporânea, com o Estado Democrático de Direito que elegeu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (artigo 1º III da CF/88) e com o texto constitucional que estabelece a igualdade perante a lei (artigo 5º) e a família como a base da sociedade (artigos 226 e 227 da CF/88). A partir de uma análise interdisciplinar entre as disciplinas jurídicas e destas com as Ciências da Vida, como a Medicina e a Biologia, e da interpretação sistemática das fontes normativas, tendo como fio condutor a Constituição Federal de 1988, o trabalho tem por objetivo apresentar algumas reflexões acerca da necessária equiparação da tutela do nascituro a da pessoa nascida, no que concerne aos direitos da personalidade (não patrimoniais), no intuito de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e a dignidade humana. A pesquisa foi desenvolvida a partir de uma perspectiva zetética abordando o tema

¹ Este trabalho ganhou Menção Honrosa no VII Prêmio Ajuris de Direitos Humanos, edição 2013, por ter sido um dos cinco melhores trabalhos.

de modo crítico-reflexivo, no intuito de fomentar o debate. Adotou-se o método dedutivo, sendo estabelecidas as seguintes premissas: 1ª) Todos são iguais perante a lei à luz do texto constitucional (art. 5º). 2ª) De acordo com Pontes de Miranda (1974), pessoa é o titular do direito, o sujeito do direito. Conclui-se assim que o nascituro por ter direitos expressamente mencionados no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese o texto contraditório do artigo 2º do CC e, a par do avanço das ciências e do atual contexto social e jurídico é pessoa, ainda que tenha uma tutela diferenciada, mas equiparada a da pessoa nascida. Foram utilizadas fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: nascituro. pessoa. dignidade humana. direitos fundamentais.

Abstract

The Brazilian Civil Law does not conceive the unborn child as a person, though it protects its rights from conception. The differentiation between the guardianship granted to unborn and born, the latter being considered a person, is a result of classical legal concept that understands that the personality and therefore the ability of being recognized under the law is passed with the birth. Thus, before the birth - for this diploma with reflexes to other statutes - the unborn child is not considered a person. The doctrine and, in an incipient way, the case law have been adopting positioning that meets, for not agreeing with the maintenance of this regulation, behold it is not consistent with the social, political and legal framework of contemporary society, with the state Democratic Law that elected the dignity of the human person as one of its foundations (Article 1.'s CF/88) and the Constitution which states that everyone is equal before the law (Article 5.) and family as the foundation of society (Articles 226 and 227 of CF/88). Therefore, from an interdisciplinary analysis between legal disciplines and systemic and systematic interpretation of the Federal Constitution of 1988 with other normative sources, and these with the biosciences, the work aims to present some reflections on the necessary legal balance between the unborn and the born person in order to ensure the effectiveness of fundamental rights and human dignity. The research was conducted through the deductive method, primary and secondary sources were used. It was concluded from the constitutional text, that the legal protection of the unborn child must be equal to the born person, once the Carta Magna states that: a) all are equal before the law (formal equality); b) the family is the base of society; c) the dignity of the person is one of the foundations of the democratic state; d) the process of personal development is a continuum, hence, from conception (syngamy) the State must protect, and the family and society must provide means to guarantee this new life full protection and full development conditions; d) from karyogamy the legal protection of the unborn child must be the same as the one of the people (born ones) aiming the efficiency of fundamental and personality rights, because it is a matter of developing individuals.

Keywords: unborn. person. human dignity. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho foi desenvolvido numa perspectiva zetética, no intuito de propor novas reflexões para fomentar o debate acerca do status jurídico do nascituro, defendendo a necessária equiparação da sua tutela jurídica, no que concerne aos

direitos da personalidade (não patrimoniais) com a da pessoa nascida, pois se trata de pessoa e, assim, assegurar-lhe a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e a dignidade humana.

Importa ressaltar que não se defende a paridade jurídica, mas sim a equiparação, ou seja, tratar como iguais aquilo que se apresenta aparentemente como desigual, de modo a conferir efetividade ao texto constitucional, ao determinar que “todos são iguais perante a lei”. Quão sabido tratar-se da igualdade formal.

A problemática da pesquisa surge em razão do Direito Civil brasileiro não conceber expressamente o nascituro como pessoa, embora proteja seus direitos desde a concepção (art. 2º). Em alguns artigos, em especial no artigo 1.798, o Código Civil outorga ao nascituro o status de pessoa ao dispor: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A distinção entre a tutela outorgada ao nascituro e ao nascido resulta da clássica concepção civilista que compreende ser a personalidade e, por consequência, a capacidade de direito transmitidas com o nascimento, consoante prega a Teoria Natalista. Esta posição está arraigada numa concepção patrimonialista da pessoa como sujeito de direitos e deveres e, não, numa perspectiva existencial da pessoa que reza pela dignidade humana.

De forma incipiente, a doutrina e a jurisprudência vêm adotando a Teoria Concepcionista acerca da personalidade jurídica, que entende que o nascituro tem personalidade desde a concepção, pois, esta melhor se coaduna com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e com o contexto social, político e jurídico da sociedade contemporânea que não pode ignorar os avanços das tecnologias, técnicas e dos conhecimentos biomédicos e biológicos sobre a vida.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de uma perspectiva zetética abordando o tema de modo crítico-reflexivo, no intuito de fomentar o debate. Para Bittar (2014, p.239), a zetética é uma linha de pesquisa que visa desenvolver a consciência histórica, social, filosófica e cultural das práticas jurídicas. E ainda, capacita o raciocínio para a crítica e a reflexão em torno do direito e dos valores, fins e meios das práticas jurídicas. Foi adotado o método dedutivo, sendo estabelecidas as premissas: a) Todos são iguais perante a lei à luz do texto constitucional (art. 5º); b) pessoa é o titular do direito, o sujeito do direito (PONTES DE MIRANDA, 1974). O estudo é monográfico com abordagem jurídica interdisciplinar adotando-se, em especial, o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Ambiental, o Direito da Criança e do Adolescente, o Direito Penal e o Direito Internacional, e também as ciências da vida, como a Biologia, Embriologia, Genética, Medicina e Sociologia. O trabalho está estruturado em quatro partes: (1) Introdução; (2) O início da vida humana sob a ótica das ciências da vida que abordará a polêmica acerca do marco inicial da vida; (3) A tutela jurídica do nascituro dedica-se à análise da problemática sob o enfoque jurídico; (4) Conclusão.

2 O INÍCIO DA VIDA HUMANA SOB A ÓTICA DAS CIÊNCIAS DA VIDA

A análise da tutela jurídica do nascituro sobreleva a importância acerca do marco inicial da vida. A biologia, a medicina, a embriologia, a genética não apresentam um consenso acerca do marco inicial da vida de uma pessoa e denotam os descompassos existentes entre as ciências biológicas e biomédicas e destas com o Direito.

Neste sentido, Goldim (2007) apresenta um estudo onde elenca vinte marcos iniciais da vida. Desses critérios, seis são mais discutidos e podem contribuir para o debate, quais sejam: singamia, cariogamia, nidificação, pré-embrião, encefálico e vitabilidade.

Tabela 01: Os marcos iniciais da vida humana

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

Fonte: Goldim (2007)

O primeiro marco inicial da vida humana que se estudará ocorre com a fecundação, ou seja, com a fusão do óvulo pelo espermatozoide, processo que recebe o nome de singamia. Os que assim se posicionam entendem que o processo de desenvolvimento é um *continuum* cujo marco inicial é a fecundação/singamia. Defendem que o pré-nato não pode ser uma coisa que se transforma em algo, sendo o zigoto “a primeira e mais simples forma de apresentação pública de um corpo humano” (SERRÃO, 2003, p.10). Para Pereira e Silva (2002, p.14), “o conceito não é um ser humano em potência, em potência é apenas o desenvolvimento humano”.

O uso da pílula do dia seguinte é legalmente permitido porque ainda não houve a fecundação. A Resolução Nº 1.811/2006 do Conselho Federal de Medicina dispõe “que a Anticoncepção de Emergência pode ser utilizada em qualquer etapa da vida reprodutiva e fase do ciclo menstrual na prevenção da gravidez e que, em caso de ocorrência de fecundação, não haverá interrupção do processo gestacional”. Sendo assim, mesmo havendo células vivas (espermatozoide e óvulo) dentro do aparelho reprodutor feminino, até quando essas células não se fundirem, não se pode falar em nova vida humana. Toda forma de interromper a vida humana após a fecundação é ilegal, salvo as permitidas por lei: o aborto, quando a mãe corre risco de vida (Código Penal, art. 128, I) e em caso de estupro (CP, art. 128, II) e, quando restar comprovada a anencefalia.

O segundo possível marco inicial da vida de uma nova pessoa é a cariogamia que se caracteriza pela formação da identidade genética, ou seja, do DNA do(s) ser(es) concebido(s). Salienta-se que até o 14º. dia após a fecundação o embrião pode se dividir em dois ou mais embriões através da multiplicação celular dando origem a gêmeos, trigêmeos etc. Esta teoria define que o primórdio vital de um novo ser humano começa com a formação do código genético, aproximadamente, 48 horas após a fecundação, quando os pronúcleos condensaram todo o material cromossômico materno e paterno, formando um novo DNA. Sendo assim, para uma análise mais aprofundada sobre a Teoria da Cariogamia, Angelo Serra, citado por Reinaldo Pereira e Silva (2002, p. 87) estatui que este processo possa ser compreendido, consoante quatro argumentos que são consequência da “variação reprodutiva”, quais sejam:

- a. fusão dos pronúcleos materno e paterno inicia a existência de uma nova célula somática dotada de uma tal estrutura que lhe confere identidade específica e individual; b) essa nova célula humana começa imediatamente a agir como uma unidade individual, a qual, dadas as condições necessárias e suficientes, tende a gradual e completa expressão do plano organizado inscrito no seu próprio dote genético, mediante um complexo, contínuo e altamente coordenado processo de desenvolvimento; c) essa expressão se manifesta numa totalidade corpórea que se organiza autonomamente, isto é, por forças intrínsecas, até a formação de um organismo completo; e d) assim, a nova célula humana que se constitui na fusão dos pronúcleos materno e paterno representa a estrutura original de um novo homem, com o que começa seu próprio ciclo vital.

O terceiro critério que se analisa é a nidificação, caracterizada pela implantação na parede do útero da gestante do embrião na fase de blastocisto. Esse processo inicia, aproximadamente, entre o 6º ao 8º dia (uma semana após a ovulação), completando-se alguns dias depois (entre 10º ao 11º dias), quando encontra a mucosa endometrial em plena fase secretora” (REZENDE, 2002, p. 30).

Patrícia Pranke (2009, p. 147), defende que o útero materno é “o terceiro elemento da vida”: espermatozoide, óvulo e útero. Neste sentido, infere-se que os embriões fertilizados artificialmente/*in vitro* (e não implantados) não são considerados como vitáveis, pois sem “o terceiro elemento da vida” não haverá gravidez.

A teoria do pré-embrião ou “embrião precoce”, também denominado de “critério do 14º dia”, defende que o início da vida humana ocorre após a individualização do embrião, ou seja, aproximadamente no 14º dia após a fecundação, pois é a partir deste momento que o embrião humano não se divide mais, ou seja, não tem potencial para gerar outro (s) indivíduo (s): gêmeos, trigêmeos. O debate sobre a teoria do pré-embrião ganhou notoriedade após a publicação em 1984, no Reino Unido, do “Informe Warnock sobre Fertilização e Embriologia”. Estrutura-se essa teoria na seguinte tese, conforme Reinaldo Pereira e Silva (2002, p. 89): “o zigoto humano, ainda que expressão da natureza humana, não é um indivíduo humano em ato, mas apenas uma célula progenitora humana dotada de potencialidade para gerar um ou mais indivíduos da espécie humana”. Por conseguinte, para esse documento não há vida de nenhum indivíduo sendo sacrificada quando o embrião ainda é precoce. Denota-se um posicionamento que vai ao encontro da manipulação com seres humanos. Portanto, quem se posiciona a favor da teoria do pré-embrião, argumenta que antes do 14º dia o embrião não

merece ser protegido juridicamente pelos seguintes motivos: a) antes do 14º dia o pré-embrião goza de totipotência, ou seja, pode ocorrer divisão gemelar; b) a linha primitiva também aparece após o 14º dia, fazendo com que o conceito adquira “individualidade”.

Os críticos desta teoria, dentre eles, Angelo Serra, Gunter Rager, Keith Moore enfatizam que o processo de desenvolvimento é individualizado e autocontrolado desde a concepção, portanto, muito antes do aparecimento da estria primitiva (PEREIRA, 2002). Enfatiza-se: a individualidade pressupõe a existência humana capaz de se autocontrolar. E o autocontrole existe desde a formação da identidade genética/DNA.

O quinto marco analisado é o critério encefálico. Primeiramente, destaca-se que a morfologia do Sistema Nervoso Central é constituída pelo encéfalo (e este pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico) e pela medula espinhal. O encéfalo corresponde a parte do processo de desenvolvimento do nascituro que tem início após o processo de individualização do embrião (a partir do 14º dia subsequente a fecundação e termina entre a 3ª e a 4ª semana após a fecundação). Enquanto, o critério neocortical corresponde à etapa do desenvolvimento do pré-nato que diz respeito à formação completa do encéfalo (ocorre até a 12ª semana de gestação).

No I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina, que ocorreu nos 6 a 8 de março 2013, em Belém (PA), o Conselho Federal de Medicina (CFM) posicionou-se a favor da ampliação das possibilidades de interrupção da gestação, com o intuito de torná-la uma causa de excludente da ilicitude penal. Esse posicionamento do CFM vai ao encontro do Projeto de Lei do Novo Código Penal (PLS 236/2012), que está em tramitação no Congresso Nacional, cuja redação provisória é a seguinte: **Art. 128: “Não há crime de aborto: IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”**.

Também se deve consignar que na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio Mello, decidiu-se em 11.04.2012, que a antecipação do parto em casos de anencefalia não configura crime de aborto, em razão da incompatibilidade com a vida extrauterina (pois não há capacidade biológica que viabilize o desenvolvimento do encéfalo e da pessoa em desenvolvimento) e do estado de necessidade justificado da gestante.

A Teoria da Vitabilidade do feto é o último critério estudado como possível marco para o início da existência humana. A capacidade de o feto conseguir sobreviver fora do útero é de 10% a partir do 5º mês de gestação, aumentando essa probabilidade à medida que se aproxima o término da gravidez. Os avanços das técnicas e tecnologias têm contribuído incomensuravelmente para a sobrevivência do bebê prematuro e inclusive para sanar problemas, suprimir deficiências e curar patologias ainda *in utero*, cita-se a correção do lábio leporino e inúmeras cirurgias cardíacas.

A vitabilidade caracteriza-se pelo limiar biológico entre a vida intrauterina e a vida extrauterina. Habermas (2010, p.49) vem somar-se ao debate sobre a vitabilidade ao argumentar que a possibilidade de sobreviver fora do útero materno é condição da aquisição do *status* de pessoa: “somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que *vão ao seu encontro*, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela”. Em suma, questiona-se: será, então, que é contato com o “mundo exterior”, com outras pessoas o que torna o início da vida de uma nova pessoa humana possível, vitável?

Para Nunes (2013, p.74) apesar destes e de outros critérios apresentarem insuficiências e contradições, no que tange à definição do momento exato do início da vida de uma nova pessoa humana, isso obrigaria, de momento, a integrar o embrião humano na comunidade moral humana. Adverte ainda o autor, que o conceito de pessoa é essencialmente filosófico e não biológico, pelo que é perfeitamente admissível que aquilo que entendemos por pessoa humana seja uma virtualidade que se vai lentamente definindo em realidade recorrendo a uma dinâmica interna e a um potencial de desenvolvimento também evolutivo no tempo.

3 A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

A análise da tutela jurídica do nascituro passa pela compreensão da terminologia a ele conferida, a fim de que possam ser identificados os direitos que lhe são salvaguardados tanto no plano do Direito interno quanto internacional. E, também porque a terminologia jurídica é distinta da terminologia empregada pelas Ciências da Vida, como a Medicina e a Biologia, conforme analisado.

Desde a formação do zigoto - resultado da fecundação - até o nascimento, esse novo ser humano é denominado juridicamente de nascituro, ou seja, para o Direito, nascituro é todo o ser que já foi concebido e que ainda não nasceu independentemente, da fase gestacional (zigoto, embrião, feto). Nascituro é sinônimo de concebido e não nascido, portanto, não se trata da prole eventual² ou das futuras gerações.

Necessário destacar também que o embrião *in vitro* ou criopreservado não é considerado nascituro, pois falta à implantação *in anima nobile* no útero materno. Assim, ele tem a natureza jurídica de “embrião de pessoa humana”, conforme restou decidido no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 que tratou da (in)constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105, conhecida como Lei de Biossegurança. Neste julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), 6 votos contra 5, decidiram que os embriões *in vitro* são “embrião de pessoa humana” e não “pessoa humana embrionária” e, portanto, não merecem a mesma tutela destinada ao nascituro ou outra equiparada.

A partir de qual momento a vida humana deve ser respeitada, tutelada? Ao responder à indagação, Nunes (2013, p.43), argumenta que apesar do embrião humano não ser portador das características mentais que definem filosófica e ontologicamente uma pessoa, possui um dinamismo interno e potencial para se tornar uma pessoa, pelo que, como tal deve ser respeitado. Isto é, desde o início, encontra-se inserido na comunidade moral devido a uma ampla solidariedade ontológica.

3.1 A tutela do nascituro no Direito brasileiro

Após tecidas as considerações sobre a conceituação jurídica do nascituro, necessário investigar a sua tutela no Direito brasileiro. Iniciar-se-á o estudo sob a ótica do Direito Civil, a origem da celeuma, e, para isso, traz-se à baila os artigos 1º e 2º do Código Civil para, posteriormente, analisar os reflexos deles decorrentes.

O artigo 1º do CC declara: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e o artigo 2º:

² A prole eventual indica que não houve a fecundação de um novo ser humano, ou seja, não houve a fusão do óvulo pelo espermatozoide.

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”³.

Questiona-se, com base no artigo 2º do CC: o nascituro é titular de direitos ou lhe são conferidas expectativas de direitos? É sujeito de direitos? É pessoa? É portador de direitos fundamentais e personalíssimos, como direito à vida, à saúde, a qualidade de vida, à integridade corporal, e portanto, pode-se afirmar que ele adquire, desde a concepção, personalidade jurídica na ordem civil, em razão do seu valor de *per se* que é próprio a toda pessoa humana e, além do mais, pelo fato de ser sujeito de direitos?

Antes de aprofundar as reflexões, necessário relembrar brevemente a definição de personalidade e de capacidade de direito que, não obstante sejam conceitos clássicos do direito, por serem expressões abstratas, geram distorções de significado. Estes conceitos são indispensáveis para a compreensão da problemática envolvendo a qualificação do nascituro como sujeito de direito e como pessoa.

Personalidade é um atributo, um valor, uma qualidade jurídica da qual decorrem todos os demais direitos da pessoa, ou seja, dos sujeitos de direito. É tradicionalmente definida como a aptidão genérica para ser sujeito de direitos e de obrigações na ordem civil.

Capacidade “é a maior ou menor extensão dos direitos da pessoa” (MONTORO, 2011, p. 555). Contudo, adquirir a personalidade é indispensável para que a pessoa adquira direitos e deveres. Sendo assim, indaga-se: o nascituro tem capacidade de direito? A capacidade de direito “é atribuída a todas as pessoas naturais ou físicas, por força do princípio da igualdade (que norteia nosso sistema jurídico), como se pode verificar no artigo 1º do Código Civil” (RODRIGUES in TEPEDINO, 2007, p.11).

Conforme transcrito anteriormente, o artigo 2º do CC de 2002 dispõe que o nascituro somente adquire personalidade após o nascimento (Teoria Natalista). Questionável este dispositivo, sendo ele o responsável pela grande celeuma jurídica, já que em sua parte final, declara: “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ratificando, o Código Civil estatui que a personalidade civil é adquirida com o nascimento com vida, portanto seria este o marco inicial para a aquisição de direitos e deveres. Contudo, na parte final do citado dispositivo legal, a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, ou seja, garante-se direitos ao nascituro desde a concepção. Para exemplificar, mencionam-se os seguintes artigos: 1609, parágrafo único: concede ao nascituro a condição de filho, ainda no ventre materno; 1779: o nascituro está sujeito à curatela; 1634 V e 1689 II: o nascituro tem direito à representação pelos pais; 542 e 1799 I: o nascituro pode ser beneficiário de doação e herança; 1798: legitimidade a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Estes artigos demonstram a preocupação do legislador com a tutela dos direitos do nascituro e mais, um respeito à sua qualidade ontológica, ensejando a qualificação de sujeito de direitos ao nascituro.

Soma-se ao estudo a definição de Pontes de Miranda (1974, p. 154 e 155)

³ CUNHA (2000, p. 20) em trabalho dedicado “A Teoria das Pessoas de Teixeira de Freitas” defende que o reflexo mais importante do pensamento de Teixeira de Freitas sobre a teoria das pessoas é a crítica feita, na nota ao art. 21 do Esboço [do CC/1916] à doutrina alemã, especialmente a Savigny, no que tange a identificação de “pessoa” com “capacidade jurídica”.

Ser pessoa. Pessoa é o titular do direito, o sujeito do direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo.

Para o autor (1974, p. 162), a detenção de direito é o meio para adquirir a condição jurídica de pessoa humana: “Basta que A possa ser sujeito de um direito, para que A seja pessoa”. Indispensável salientar que o autor (1974, p. 162), embora lecionasse que pessoa é o titular do direito, o sujeito do direito, não considera o nascituro uma pessoa, filiando-se à Teoria Natalista defende: “No útero, a criança não é pessoa”.

Porque o nascituro não é considerado pessoa desde a concepção? O CC se manteve, neste ponto, arraigado à perspectiva patrimonial de pessoa (sujeito de direitos e deveres). Questiona-se: a questão pode ser dirimida a partir do texto constitucional?

A Constituição Federal de 1988, por óbvio, não aborda a questão do início da personalidade. Infraconstitucionalmente, o Código Civil encarregou-se de abordar o assunto e às demais legislações infraconstitucionais incumbem reafirmar ou complementar a normatização do tema. Também, consigna-se o importante papel da jurisprudência e da doutrina brasileira no debate. Deste modo, antes de adentrar na análise da temática sob o ponto de vista da legislação esparsa e da CF/88, entende-se importante apresentar sucintamente as teorias da personalidade.

Para a Teoria Natalista (adotada pelo Código Civil brasileiro), o nascituro não adquire personalidade antes do nascimento. Desse modo, a partir de uma análise superficial da lei e de uma interpretação literal da primeira parte do artigo 2º do CC, pode-se concluir que o nascituro não tem aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações e deveres na ordem civil, pois não lhe é outorgada a personalidade. Em outras palavras, somente a pessoa (nascida) tem personalidade e, portanto, é sujeito de direitos e deveres. No entanto, como se justifica o fato do próprio CC, arrolar inúmeros direitos, como os acima mencionados?

O Desembargador Néfi Cordeiro, em decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴, entendeu que o nascituro não é pessoa, é uma coisa, é uma *viscerum matris*: “Demais, não se pode perder de vista que o nascituro, além de não ser pessoa, é *viscera matris*, a vida do ser humano nesta fase é dependente do organismo materno. Por isso, é inadmissível conceder-lhe legitimidade para postular alimentos”. Fundamental acrescentar que se trata de uma decisão prolatada antes da vigência da Lei dos Alimentos Gravídicos, mesmo assim de questionável teor, já que, desde 1988, com a vigência da CF/88 o Direito deve prezar pela dignidade humana e pela inviolabilidade do direito à vida. Esta decisão demonstra a necessidade de debate em torno da temática, visando eliminar o subjetivismo do julgador.

A Teoria da Personalidade Condicional, segundo Chinellato (2009, p. 429), “reconhece a personalidade, desde a concepção, com a condição de nascer com vida”. Destaca-se que a única condição suspensiva do direito eventual, consoante prega o art. 130 do CC, diz respeito aos direitos patrimoniais materiais. Os direitos da personalidade não podem estar condicionados a uma condição suspensiva, ou seja, ao nascimento com vida nem constituem expectativa de direito. Por isso, no atual contexto social, político e também jurídico em que se busca a valorização da pessoa e sua dignidade o apego às questões patrimoniais deve ser revisado.

⁴ AC nº 441.689, publicada no Diário da Justiça em 18/06/2003, p.701.

Por outro lado, destacam-se os estudos, em especial, de Chinellato, em especial a sua tese doutoral, e, de modo incipiente, a jurisprudência que vêm adotando posicionamentos que vão ao encontro da Teoria Concepcionista, ou seja, de que a personalidade inicia com a concepção. Consoante Chinellato (2009, p. 432):

Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.

Maria Helena Diniz (1994, p. 205) desmembra a personalidade, ao lecionar que o nascituro tem personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos personalíssimos e personalidade jurídica material acerca dos direitos patrimoniais com o nascimento.

Fachin (2002, p.08), em obra dedicada ao então Novo Código Civil, expressa ser inegável reconhecer a necessidade de uma profunda transformação no conceito de sujeito de direito. Galvani (2010, p. 15) em obra dedicada à personalidade jurídica leciona:

Diante desse quadro problemático, propõe o presente trabalho que o conceito de pessoa em direito, delineado no art.1º do Código Civil Brasileiro, ou seja, da personalidade jurídica, deve ser revisitado, revisto e reestruturado, para que seja conveniente e adequado ao paradigma inaugurado pelo Estado Democrático de Direito.

A doutrina e a jurisprudência vêm fomentando as reflexões, visando à alteração da lei, porque o texto do Código Civil não se coaduna com o estágio atual da sociedade contemporânea, do desenvolvimento e do avanço das tecnologias e técnicas e dos conhecimentos das Biociências, e pelo fato do Estado Democrático de Direito ter elegido a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e ser inegável que o nascituro tem direitos assegurados na lei brasileira e faz parte da família.

Necessário ratificar que o Código Civil apresenta, ainda, uma concepção de pessoa muito arraigada ao contexto patrimonial (sujeito de direitos e de deveres), enquanto a Constituição Federal de 1988, conforme será analisado posteriormente, já irradia outra concepção de pessoa (fruto das codificações liberais e da conquista de direitos), a partir de uma dimensão existencial, vinculando à proteção através da dignidade humana e consagração dos direitos fundamentais. Logo, o que se busca demonstrar neste estudo é uma “visão personalista” das questões referentes ao nascituro, distanciando-se, por consequência, da visão patrimonialista do Código Civil de 1916.

Faz-se necessário analisar quais são os direitos outorgados ao nascituro na legislação brasileira, além do regramento do CC: Código de Processo Civil, Código Penal, Estatuto da Criança e Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, entre outras.

Registra-se que independente do reconhecimento da personalidade pelo Código Civil, os direitos do nascituro estão positivados no Direito brasileiro desde a concepção, embora não sejam “*numerus clausus*, isto é, não se restringem àqueles casos em que a legislação civil lhe faz referência expressa” (SILVA, 2002, p. 229).

O Código de Processo Civil (nos artigos 877 e 878) confere a gestante ou ao representante legal do nascituro a posse do bem herdado ou doado através do instituto da posse em nome do nascituro, desde que comprovada a gravidez.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13.07.1990, também vem a somar no que concerne à proteção jurídica do nascituro, garantindo o direito “à vida e à saúde” através da “efetivação de políticas sociais públicas” como dispõe o art. 7º: “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Também reconhece o status de filho ao nascituro no art. 26, parágrafo único: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

A Lei dos Alimentos Gravídicos, Lei nº 11.804, de 05.11.2008, também vem suprir as deficiências da legislação civil ao garantir à gestante direito a alimentos em benefício do nascituro.

O nascituro, além do mais, é considerado consumidor de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.09.1990, art. 17, dispondo que: “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Dessa forma, toda vez que o nascituro for vítima em razão de serviço prestado, por exemplo, serviços médicos de ultrassonografia, de cirurgias realizadas, quando ainda no ventre materno (correção do lábio leporino e tantas outras, inclusive cardíacas), ser-lhe-á considerado consumidor e terá direito de pleitear os seus direitos judicialmente através de curador.

Pode-se acrescentar ao debate a Lei de Transplantes, Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, porque o art. 9º, §7º veda à gestante “dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto”. Evidencia-se nesse dispositivo a proteção aos direitos subjetivos do nascituro: à vida, a integridade física e à saúde.

O Projeto de Lei 478/2007 da Câmara, intitulado Estatuto do Nascituro⁵ soma-se à investigação, pois é uma tentativa de conceder ao nascituro uma tutela jurídica própria. Se aprovado, o estatuto constituirá em um exemplo de microsistema cujo objetivo é a proteção integral da vida do nascituro desde a concepção (art. 1º). O Estatuto do Nascituro é polêmico, pois os direitos conferidos ao nascituro, por vezes, colidem com direitos fundamentais de outras pessoas, da gestante, em especial. Portanto, este diploma, ainda em votação, merece estudo, pesquisas e reflexões específicos, assunto que será desenvolvido em artigo posterior.

O Código Penal ao tratar “dos crimes contra a pessoa”, e de modo mais específico, “dos crimes contra a vida” tipifica como crimes as seguintes condutas: infanticídio – matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após (artigo 123); aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento – provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque (artigo 124); aborto provocado por terceiro – provocar aborto, sem o consentimento da gestante (artigo 125) ou com o consentimento (artigo 126), entre outras.

⁵ Projeto apresentado pelos deputados Luiz Bassuma (PT/BA) e Miguel Martini (PHS/MG) em 19/03/2007, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Câmara aguardando parecer do Relator. O relator atual relator deste projeto, nomeado em 08/04/2014 é o deputado Sergio Zveiter (PSD/RJ).

Assim, fica claro que as condutas praticadas contra o nascituro no ventre materno, durante o parto ou após nascido são consideradas para o Direito Penal brasileiro crimes contra a pessoa” e “crimes contra a vida”.

O estudo do Direito, em especial, da proteção da vida está vinculado à proteção jurídica da pessoa humana em qualquer estágio de desenvolvimento, motivo pelo qual a personalidade (formal ou material) não pode ser outorgada conforme o grau de desenvolvimento da pessoa, mais ou menos avançado. Deste modo, critica-se o entendimento de Maria Helena Diniz, no qual o nascituro tem personalidade jurídica formal antes do nascimento e com o nascimento adquire a personalidade material. A personalidade é única.

Entende-se que o nascituro deve ter assegurado os direitos da personalidade (não patrimoniais), no intuito garantir a dignidade humana e impedir que ele se torne um negócio jurídico e objeto de disputas judiciais patrimoniais (herança, alimentos, pensões etc.). O que se outorga através do “exercício de atos pessoais” é a capacidade de fato.

Necessário registrar que os direitos entre as pessoas nascidas também não são iguais. Por exemplo, a criança e o adolescente têm uma tutela diferenciada dos idosos e destes das demais pessoas. Logo, a definição de personalidade do nascituro é relevante, senão decisiva, para a sua adequada tutela, pois caso contrário “lacunas ou deficiências jurídicas neste sentido possibilitarão sérios riscos de que ele possa ter reduzido seu direito à preservação, ao desenvolvimento e à vida, já que poderá ficar à mercê de decisões a serem tomadas pelos cientistas” (SOUZA, 1999, p.132). O reconhecimento da personalidade do nascituro elimina as discricionariedades e o subjetivismo do julgador conferindo a possibilidade de maior eficácia aos seus direitos (da personalidade de cunho não patrimonial).

Questiona-se, mais uma vez: por que são garantidos direitos e não expectativas de direitos ao nascituro (CC, art. 2º, na parte final)? Ou ainda, a partir de uma interpretação sistemática tendo como base a Constituição Federal, o nascituro não deveria ser reconhecido como pessoa e, assim, ter uma tutela jurídica diferenciada/equiparada a da pessoa? Enfim, o que significa ser pessoa? Quem são as pessoas tuteladas pela legislação brasileira?

As Ciências Sociais e Humanas há muito debatem a questão. Neste sentido, Harris (1995, p.48) entende que pessoa é, assim, definida como “um ser que pode conferir valor à sua existência”. Para Ganthaler (2006, p.21), a questão sobre a partir de quando um embrião ou feto dispõe de características de uma pessoa é um problema das Ciências Naturais.

Indaga-se ainda: o direito à vida é reconhecido a todos? Quem são os todos, as pessoas? Como a CF/88 tutela a vida?

Tratar-se-á da temática a partir do texto constitucional, considerando-se a CF/88 o fio condutor na aplicação do Direito brasileiro e como norma superior, portanto a aplicável em caso de antinomias.

Necessário registrar que o Direito Constitucional tem gerado muitas reflexões e, por consequência, múltiplos entendimentos, em especial, acerca da vida e da proteção da vida humana. Ganha relevo na doutrina a Bioconstitucionalização do Direito, cujo desafio maior é harmonizar diferentes interesses, adaptando-se às mudanças contemporâneas, tanto internas, quanto internacionais ligadas à questão da identidade genética. Para Barracho (2000, p. 89), a Bioconstitucionalização do Direito é:

o conjunto de normas (princípio e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidade privada, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual e futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina.

E tem como vetores os princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º III) e a inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º *caput*). Esses dois princípios “incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2012, p. 89).

Necessário consignar que a Constituição em nenhum momento estabelece a partir de que momento a vida humana é um bem inviolável e garantida a “todos”. Tampouco, quem são os todos. Portanto, quem são esses todos? E novamente, quem são as pessoas? A partir, de que momento o ser humano assume o status de pessoa?

A doutrina constitucional, em boa parte, preocupa-se em esclarecer que os todos são os brasileiros e os estrangeiros que aqui se encontrarem, mas não vai além. Nesse sentido, Herman Benjamin (in CANOTILHO E MORATO LEITE, 2012, p.131), esclarece: “A verbalização da norma constitucional se dá com o uso do vocábulo “todos”. Mas que todos? Uma primeira interpretação, restritiva, vê aí apenas os brasileiros e estrangeiros residentes no País”. Continua, “De modo diverso, parece que o melhor entendimento é aquele que garante a qualquer pessoa, residente ou não, o benefício de tal direito”. Jorge Miranda citado por Herman Benjamin (in CANOTILHO E MORATO LEITE, 2012, p.131), conclui “os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais, culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas?”.

Indaga-se: o nascituro pode ser incluído no “todos”? O nascituro pode ser considerado pessoa ou como adverte Ivo Dantas (2010, p. 277) “o sujeito a quem a norma se refere e se a dignidade tem um sentido bem amplo de respeito, proteção e tutela das pessoas?”

Ainda, embora se entenda que o Direito Civil não concebe expressamente o nascituro como pessoa, poder-se-ia defender o contrário, a partir da interpretação sistemática do Direito brasileiro considerando que o texto constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e proclama que “todos são iguais perante a lei”, trazendo, por consequência, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida?

E considerando que, a Constituição Federal de 1988 (artigo 226) estabelece a família como a base da sociedade e afirma que ela terá especial proteção do Estado assegurando a assistência na pessoa de cada um dos que a integram. E ainda, 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 (artigo 227). Questiona-se: o nascituro não está incluído na família, na proteção constitucional outorgada à família? Ele é, tão-somente, *viscera matris*, como entendeu outrora, o Desembargador Néfi Cordeiro?

Além do mais, a Constituição Federal em seu artigo 225 *caput* dispõe: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Nesse contexto, o nascituro é qualificado como presente geração, pois engloba todas as pessoas, inclusive as concebidas, embora ainda não nascidas.

Desse modo, não seria um contrasenso, um paradoxo, a CF/88 se preocupar com o futuro (incerto) e não se preocupar com a vida das presentes gerações, em especial, com a vida do ser que já foi gerado e que se encontra em desenvolvimento (no útero materno) e que merece integral proteção, sob pena de macular o seu desenvolvimento e a dignidade desta pessoa depois do nascimento?

O texto constitucional materializa no direito brasileiro o princípio da equidade intergeracional, abordado na clássica obra de Edith Brown Weiss (1999). Através das investigações apresentadas nesta pesquisa e, ainda, com suporte na obra de Weiss, pode-se concluir que não garantir o pleno desenvolvimento ao nascituro, garantindo-lhe uma tutela jurídica equiparada à da pessoa nascida, no que diz respeito aos direitos da personalidade, desde a concepção, estaria impedindo a equidade entre as gerações.

Amplia-se o debate trazendo a baila o princípio constitucional da igualdade substancial (CF, art. 3º, IV), que também vai ao encontro da proteção jurídica dos direitos do nascituro, quando dispõe que se deve “promover o bem de todos”. A Constituição Federal também determina que a vida é um bem inviolável (CF, art. 5º *caput*). Pergunta-se: o nascituro não merece a proteção constitucional, não é um dos todos? Não tem o direito à inviolabilidade da sua vida?

Ganthaler (2006, p. 24) dispõe: “Conforme a posição da sagração da vida, a vida humana, como citado, deve ser protegida desde o momento da concepção e independentemente de sua qualidade”. O autor conclui (2006, p. 44), “o direito à vida como direito fundamental da pessoa, justamente no contexto da medicina e da atividade médica, também é conferido a pessoas incapazes de agir ou não capazes de decisão e juízo”. E ainda, defende que “no contexto do direito à vida, geralmente se fala que a pessoa tem direito à vida “desde o início” (ou seja, já a partir da concepção) e até o fim natural de sua vida”.

Em sentido contrário, Sass citado por Ganthaler (2006, p.21) leciona que o início da atividade cerebral no princípio do desenvolvimento humano é o momento a partir do qual a vida humana deve ser especialmente protegida. Aqui se pode citar novamente Habermas (2010, p. 49) que defende que o nascituro se torna pessoa quando romper a simbiose com a mãe. Atlan (2007, p. 05, tradução nossa), em obra dedicada *Des embryons et des hommes* também propõe o questionamento: “O que é que será um ser humano? A partir de que nível ou em que nível de organização o ser humano é humano?”

Judith Martins-Costa (2000, p. 167-168), ao abordar a problemática, nos idos do ano 2000, asseverou: “Se há um relativo consenso na comunidade internacional acerca da valência do princípio da dignidade da pessoa humana [...], havendo limites da ação manipulativa não terapêutica lícita e ilícita no reconhecimento da pessoa, não se sabe, porém, quem deve ser considerado pessoa”. Continua a autora, “O conhecimento científico fez com que houvesse uma verdadeira “*décalage*” entre o conceito jurídico de “pessoa” e o conceito científico de “ser humano vivo””. E ainda, “a qualificação de pessoa restou assim condicionada a um determinado momento (o do nascimento), então tido como o do início da vida”. Para o Direito vigente a “pessoa” à qual é reconhecido o atributo da “personalidade”, sendo “sujeito” é o ser que nasce com vida, findando-se a personalidade com a morte. A autora (2000, p. 167-168) conclui que esta é uma qualificação que agora vem posta em xeque, pois enquanto o Direito situa o início da vida no nascimento, as Ciências da Vida a situam anteriormente, na concepção, inclusive a Psicologia, pois reconhece já no embrião as características de individualidade e singularidade próprias de cada ser humano.

Infindáveis são os questionamentos. Inúmeros argumentos podem ser levantados em defesa e contra a equiparação da tutela do nascituro como pessoa, desde a concepção. Pode-se inclusive classificá-lo como pessoa e distingui-lo: pessoa em desenvolvimento ou pessoa humana embrionária. Ser “pessoa humana embrionária” ou “pessoa em desenvolvimento” é ser pessoa, é ter os mesmos direitos? Qual é o papel do Direito brasileiro na tutela da vida e na proteção das pessoas?

Adentra-se a análise do Direito Internacional, defendendo-se “a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorrente da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Constitucional, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana” (PIOVESAN, 2012, p.69).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, em seu preâmbulo: “considera que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Questiona-se: o nascituro pode ser um desses membros da família humana? O nascituro compõe a humanidade desde a concepção? O nascituro titulariza direitos?

Merece destaque a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças que, em seu preâmbulo, adotada pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.170, de 21.11.1990, determina que “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento”. E o artigo 2º, 1 desta Convenção dispõe: “Os Estados-partes respeitarão os direitos previstos nesta Convenção e os assegurarão a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais”.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica (1969), ratificada pelo Brasil em 25.09.1992 e incorporada ao Direito pátrio em 06.11.1992, tutela o direito à vida, inclusive do nascituro, assume relevo de acordo com o art. 4º, 1: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”. Através de uma interpretação pontual do art.4º, 1, pode-se inferir que a vida é inviolável, conquanto não tenha uma proteção absoluta; mas, deve ser garantida a partir da concepção.

A Declaração do Genoma Humano da UNESCO (adotada pela 29ª Conferência Geral da UNESCO, em 11.11.1997, ratificada no ano seguinte pela Assembleia Geral da ONU) não define claramente o que se entende por embrião, ser humano e pessoa, mas afirma o princípio inalienável do respeito pela dignidade humana e pela sua identidade genética.

Para Nunes (2013, p.73), é uma tarefa árdua tentar alcançar um consenso sobre o estatuto do embrião (nascituro) e, em consequência elencar os direitos que este efetivamente deve gozar no plano ético e jurídico, mas só deste modo é que o seu “direito de proteção” deixaria de ser uma simples afirmação conjuntural, passível de distintas interpretações individuais.

E também, que até existir a iniludível confirmação de que o embrião (nascituro), durante as suas primeiras divisões não tem as características suficientes e necessárias para ser considerado de estatuto semelhante (equiparado) ao de um ser humano deve ser considerado como se as tivesse.

Nunes (2013, p. 42) lança a indagação: Qual será, então, a justificação plausível para uma igualdade fundamental entre todos os seres humanos? Para o autor, a igualdade reside no fato de todos eles pertencerem à mesma espécie, devendo, uns aos outros, a obrigação de respeito e ajuda em todas as circunstâncias, tratando-se de uma ampla solidariedade, uma solidariedade ontológica. Defende o autor que, a igualdade a todos diz respeito, desde a concepção do novo ser humano até a sua morte.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa foi realizada a partir de uma perspectiva zetética tendo como objetivo geral apresentar reflexões e críticas acerca da atual tutela jurídica concedida ao nascituro, portanto, sem o anseio de apresentar soluções aos questionamentos propostos, mas de fomentar o debate e induzir o leitor à reflexão.

Todavia, em que pese o “desinteresse proposital” das autoras acerca das respostas aos questionamentos, apresentar-se-á algumas conclusões sem a pretensão de defender uma posição como correta ou legítima, mas almejando apresentar alguns subsídios para a compreensão mais justa da problemática visando a dignidade humana e a efetividade dos direitos fundamentais.

Consoante os estudos das Ciências da Vida são inúmeros os possíveis marcos determinantes do início da vida da pessoa, mesmo sem consenso, o Direito não pode desprezar a evolução tecnológica e as constatações científicas apresentadas e, sobretudo, a magnitude dos questionamentos e a indispensável necessidade de tutelar a vida humana em uma perspectiva de solidariedade ontológica. Acredita-se assim, ser necessário rever o texto do artigo 2º do CC, de modo, a harmonizá-lo com o atual contexto social, político e, sobretudo, jurídico (constitucional), que preza pela dignidade humana e solidariedade intra e intergeracional. Concorde-se com a defesa de Nunes (2013, p. 73), quando defende que não se pode deixar a tutela da vida humana ser, apenas, uma afirmação conjuntural, passível de distintas interpretações individuais.

Assim, pode-se concluir que o processo de desenvolvimento é: a) um *continuum* que inicia com a fecundação/singamia; b) através da formação do DNA/cariogamia é que o *infans conceptus* tem uma carga genética própria e com todas as informações vitais; c) a formação do encéfalo o torna um ser humano “racionalmente completo”; d) a partir da nidificação torna-se um ser individualizado; e) a vitabilidade é a capacidade de sobreviver fora do organismo da mãe.

Contudo, a partir do texto constitucional, em especial, o artigo 1º III que estabeleceu a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; o artigo 5º *caput* que determina a igualdade entre todos e a inviolabilidade do direito à vida; o artigo 225 que impõe ao Estado e à sociedade a manutenção do equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações; os artigos 226 e 227 que elegem a família a base da sociedade e que o Estado deve conferir a ela especial proteção, além de, com absoluta prioridade, assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, entre outros, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; faz-se necessário reinterpretar o artigo 2º do CC, tendo como pano de fundo a Constituição Federal de 1988 e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e, assim, outorgar ao nascituro uma tutela jurídica equiparada à da pessoa, no que se refere aos direitos da personalidade (não patrimoniais).

Conclui-se que o nascituro por ter direitos expressamente mencionados no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no CC, em que pese o texto contraditório do artigo 2º do CC e, a par do avanço das ciências e do atual contexto social e jurídico é um ser humano, um sujeito de direito, é pessoa, ainda que em desenvolvimento, portanto, merece ter uma tutela equiparada à da pessoa nascida que lhe confira dignidade e efetividade aos seus direitos fundamentais.

O processo de desenvolvimento da vida humana inicia com a concepção/fecundação/singamia. Deste modo, acredita-se que é a partir deste momento, da concepção, que o Direito deve outorgar ao nascituro uma tutela equiparada a da pessoa nascida para que se possa garantir a efetividade dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana em toda sua extensão. Ressalta-se que o trabalho não almeja tornar o nascituro um negócio jurídico, mas ressaltar-lhe seus direitos da personalidade (vida, honra, nome, integridade física, saúde etc.) visando o seu pleno desenvolvimento, desde a concepção. Tutelar a dignidade, a vida e a saúde etc. somente após o nascimento demonstra incoerência.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ATLAN, Henri. BOTBOL-BAUM, Myléne. **Des Embryons et des hommes**. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

BARACHO, José Alfredo de. *A identidade genética do ser humano*. *Bioconstituição: Bioética e Direito*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 32, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. ADIn nº3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres de Freitas Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>.

BRASIL. TRF4. **AC nº 441.689**. Rel. Des. Néfi Cordeiro. DJ de 18/06/2003, p.701.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do Direito brasileiro*. In: CAMPOS, Diogo Leite de. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Pessoa Humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.18, 2000.

DANTAS, Ivo. *Constituição e Bioética (breves e curtas notas)*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar.

GANTHALER, Heinrich. **O Direito à vida na medicina**. Uma investigação moral e filosófica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal**. Trad. Karina Jannini. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GALVANI, Leonardo. **Personalidade Jurídica da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2010.

GOLDIM, José Roberto. **Início da Vida de uma Pessoa Humana**. Porto Alegre, 29 de abril de 2007. Disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm>

MARTINS-COSTA, Judith. **Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à construção do Biodireito**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, RS, 2008.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 29ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rui, **Geneética**. Coimbra: Almedina, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Especial, Tomo I. 4 ed. reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 154 - 155.

PRANKE, Patrícia. *Human rights cannot cover cells that were never in the womb*. **Revista Nature**, v. 458, 2009.

REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**. 9ª ed. Editora: Guanabara Koogan. 2002, p.30.

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SERRÃO, Daniel. *Estatuto do Embrião*. **Bioética**, Conselho Federal de Medicina. v.11, n.2, 2003.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *O nascituro e a criminalidade genética*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 28, p. 132, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WEISS, Edith Brown. **Un mundo justo para las nuevas generaciones**. Tokio: United Nations University Press; Madrid: Mundi-Press, 1999

Recebido em 10/02/2014
Aprovado em 02/09/2014