



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO NO BRASIL E EM
PORTUGAL: A VIDA INSPIRANDO UM ORDENAMENTO JURÍDICO
ASSENTADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Stefano Nehmy Xavier

Orientador: Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira

Número do candidato: 20150298

Setembro de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

Ao amor da minha vida, minha companheira, incentivadora, com quem partilho minha caminhada evolutiva, que me inspira e me fortalece, minha Amanda! Ao meu filho, tão pequenino, que ensaia os primeiros passos sem desconfiar que as suas descobertas diárias e infindas, seu olhar doce e seu sorriso largo norteiam minhas escolhas desde a notícia da sua existência!

À minha mãe, Titita, mulher de energia e força invejáveis, sempre pronta para ajudar e acolher em qualquer situação. Seu coração é bem maior que seus 1,48 m!

Ao meu saudoso pai, “Mané do Dieca”, que mesmo de outro plano ilumina os meus dias, tamanho o amor e a cumplicidade que desenvolvemos.

Aos meus irmãos, que a cada dia me provam que o encontro de nossos pais não foi por acaso. Meus amigos, meu sangue!

Aos meus alunos, que a cada dia confirmam que a docência foi um acerto indiscutível.

A Deus, nas suas infinitas formas.

AGRADECIMENTOS

Exercitar a gratidão é reconhecer que não se caminha sozinho; que ao longe não se vai sem ajuda; que a vida não se constrói com solidão. Tenho muito a agradecer!

Obrigado, minha Amanda, meu amor da vida, companheira, incentivadora, mãe do nosso Rafael! Obrigado, filho, por nos escolher e encher as nossas vidas com um amor inexplicável!

Aos meus pais, “Titita” e “Mané do Dieca”, por darem a mim e aos meus irmãos a exata noção do bem e do bom caminho. Aliás, meus irmãos são parte de toda conquista que eu venha alcançar. Obrigado pela cumplicidade, Guilherme e Gustavo.

Aos amigos que se tornaram colegas de mestrado, aos colegas que se tornaram amigos no mestrado. São histórias que guardaremos nas melhores estantes. Carlos, Filipe, Gisela, Gustavo, Luanne, Nathália, Pedro, Pedro Dama, Pedro Ivo, obrigado! À Universidade Cândido Mendes, por permitir o início e o desenvolvimento de minha vida acadêmica. É uma honra inenarrável fazer parte desta Casa centenária!

À querida Professora e amiga Dra. Andreyra Navarro, pelo constante incentivo, pelo acolhimento e pelo carinho dispensado a mim e à minha família! Sei, é verdade, da predileção pelo meu filho Rafael, mas julgo ser justo!

À família que construí na centenária Universidade Candido Mendes, Casa da qual muito me orgulho e que me iniciou no mundo acadêmico. Não se chega aos 118 anos sem força, vocação e, acima de tudo, talento!

Aos queridos Professores da Universidade Autónoma de Lisboa, que conduziram com maestria a realização de um sonho! Igualmente, ao corpo administrativo desta Instituição, cuja bandeira levarei comigo.

A Deus, em suas infinitas formas, pela companhia e proteção constantes!

Por fim, minha gratidão ao querido Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira, cujas intervenções direcionam sempre para melhores caminhos.

RESUMO

Este estudo pretende analisar a situação jurídica do nascituro perante os ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal, sobretudo o reconhecimento de sua personalidade jurídica, que o eleva à condição de pessoa apta a titularizar direitos e obrigações. As leis de ambos os países conferem um extenso rol de direitos ao nascituro desde a sua concepção, que englobam desde o direito à vida e demais direitos da personalidade, e até mesmo na órbita patrimonial. Não obstante esse fato, os ordenamentos jurídicos em estudo assumem uma posição ambígua acerca do seu tratamento como pessoa, ora fixando expressamente o começo da personalidade humana no nascimento com vida; ora estabelecendo normas ou entendimentos jurisprudenciais que indicam o reconhecimento do ente humano não nascido como pessoa e como sujeito de direitos, com foco no princípio da dignidade da pessoa humana. Este estudo objetiva desenvolver uma análise sistemática das legislações em causa, no intuito de verificar se os estatutos legais do nascituro no Brasil e em Portugal correspondem à efetiva proteção à personalidade e seus consectários, sem descurar de um posicionamento crítico acerca das ambiguidades e insuficiências de ambas as legislações.

Palavras-Chave: Nascituro. Direitos da personalidade. Pessoa jurídica. Dignidade da pessoa humana. Direito civil.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legal situation of the unborn child before the laws of Brazil and Portugal, especially the problem of its legal personality. The laws of both countries guarantee a wide range of rights for the unborn child since fertilization. These rights include the right to life, other rights of personality, even a range of property rights. Nevertheless, the studied legislations take an ambiguous position about their treatment as a legal entity, sometimes expressly stating the beginning of the human personality at birth, sometimes establishing norms or jurisprudential understandings that indicate the recognition of the unborn child as a person and subject of rights, focusing on the principle of human dignity. This study aims to develop a systematic analysis of these laws in order to verify if the legal status of the unborn child in Brazil and Portugal corresponds to that of a legal entity, without neglecting a critical position about the ambiguities and insufficiencies of the laws under study.

Keywords: Unborn. Rights of the personality. Legal person. Dignity of the human person. Civil law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	10
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O NASCITURO	10
1.1 Nascituro: conceito	10
1.2 Evolução histórica do tratamento jurídico do nascituro	16
1.2.1 Antiguidade	17
1.2.2 Idade Média	21
1.2.3 Os Direitos do nascituro na modernidade e as teorias clássicas da personalidade Jurídica	23
1.2.4 Evolução histórica dos direitos do nascituro no Brasil e em Portugal	24
CAPÍTULO II	37
2. DO TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO NAS LEGISLAÇÕES DE BRASIL E PORTUGAL	37
2.1 O Nascituro perante a Lei Brasileira	37
2.2 Teorias sobre o Início da Personalidade	47
2.3 O Nascituro perante o ordenamento Jurídico Português	53
CAPÍTULO III	62
3. NASCITURO: PESSOA DOTADA DE TUTELA JURÍDICA?	62
3.1 Início da Vida Humana: A Contribuição da Bioética.....	62
3.2 A tutela constitucional da vida: o aborto e a questão dos embriões excedentários	75
3.3 O nascituro como titular de direitos na órbita privada	96
3.3.1 No Brasil.....	96
3.3.2 Em Portugal	106
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

INTRODUÇÃO

O problema da personalidade do nascituro se afigura mais atual que nunca. Inovações no âmbito da biotecnologia, proliferação das técnicas de reprodução artificial, debates envolvendo a sociedade civil em torno da restrição ou alargamento do direito à prática do aborto, todas estas questões contemporâneas trazem à tona a problemática do estatuto jurídico do nascituro.

Não se discute o fato de que os ordenamentos jurídicos de diversos países conferem proteção mais ou menos ampla à vida pré-natal. Entretanto, não é unânime o posicionamento acerca de sua personalidade, sequer de sua humanidade. Cabe, pois, responder ao questionamento: “É o nascituro é dotado de personalidade? Deve ele receber o tratamento jurídico de pessoa?”.

Uma análise superficial dos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal não conduz a uma resposta satisfatória à questão proposta. Embora as legislações de ambos os países contenham dispositivos que pareçam recusar o *status* de pessoa ao ser humano ainda não nascido, o rol de direitos conferidos ao nascituro, em ambos os países, não parece coadunar com a posição de que é aquele um *ser* desprovido de personalidade. Este impasse, que tem dividido por inúmeras décadas a doutrina e a jurisprudência de ambas as nações, merece, portanto, uma resposta satisfatória.

Este estudo objetiva, por meio de análise dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, responder ao problema do *status* jurídico de pessoa do nascituro. Pretende-se passar em revista a evolução histórica do tratamento dado ao nascituro ao longo dos séculos, bem como diversos diplomas legais e dispositivos luso-brasileiros que disciplinam o tema, assim como os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em ambos os países, a fim de se atingir conclusão satisfatória para a problemática ora proposta.

A pesquisa se subdivide em três capítulos. O primeiro deles apresentará o conceito multifacetário de nascituro, tendo por base a lei e as interpretações doutrinárias e jurisprudências, para, em seguida, traçar um panorama histórico do tratamento legal dado ao nascituro, desde as mais antigas civilizações até as legislações contemporâneas de Portugal e Brasil.

O segundo capítulo é dedicado à análise dos principais dispositivos e diplomas legais dos ordenamentos dos dois países que se dedicam ao estudo da tutela do nascituro, tanto na esfera constitucional como nas searas penal, notadamente quanto ao aborto, e civil, com as consequências patrimoniais. Neste momento, objetiva-se apreender a extensão da proteção

jurídica conferida aos não nascidos, bem como o tratamento legal dado à questão específica da sua personalidade.

O terceiro capítulo, por fim, objetiva uma análise amparada nas diretrizes apontadas pela bioética e pelo biodireito, cotejando as soluções apresentadas pela doutrina dos dois países. Cumpre analisar, ademais, o estado atual da jurisprudência luso-brasileira no tocante à questão em causa.

Trata-se de pesquisa de natureza bibliográfica, apoiada na lei, jurisprudência e demais fontes do Direito dos países em estudo, assim como nas obras de alguns dos mais relevantes autores que se debruçaram sobre o tema, sob o método.

Objetiva-se, portanto, oferecer singelo, mas, comprometido contributo que sirva de alicerce e convite a tão intenso e importante debate, na expectativa de se promover o tratamento mais digno e justo possível à vida pré-natal.

Busca-se inspiração para a presente investigação na mágica e indelével evolução da vida humana que, mesmo diante de uma narrativa técnico-biológica, como se colhe na doutrina de António Menezes Cordeiro, revela sua plenitude e sua sobreposição ao ordenamento:

A fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorre nas trompas. Resulta, daí, um novo ser, composto por genes cedidos pela mãe e pelo pai. Inicialmente formado por uma única célula, diz-se um zigoto. Ficam imediatamente definidos o sexo e as múltiplas características genéticas do novo indivíduo. Nessa mesma semana, o zigoto divide-se em várias células, vindo a constituir um agregado denominado mórula. A mórula, desenvolve uma cavidade interior, constituindo um blastocisto. A massa celular interior, que se transforma no embrião, diz-se embrioblasto; a exterior, que se torna parte da placenta, o trofoblasto. No sexto dia após a fecundação, verifica-se a nidificação ou implantação do embrião: ele adere à parede do útero materno. Nas duas semanas seguintes, o embrioblasto evolui com rapidez, diferenciando-se internamente. Segue-se o período embrionário, até à oitava semana. Na terceira semana, a interferência hormonal do embrião interrompe o ciclo ovulatório da mãe. O cérebro desenvolve-se no final da terceira semana. O coração inicia os batimentos no início da quarta semana; no termo desta, o embrião alcança os 4 mm. Ao longo da quinta semana, tornam-se perceptíveis os membros e a cabeça: 8 mm no total. Na sexta semana, tomam forma os olhos, os ouvidos, as mãos e os pés, sendo alcançados os 13 mm. Na sétima, surge a boca e diferenciam-se os sexos: 18 mm. Na oitava, temos os lábios, uma larga testa, os joelhos e os cotovelos, tendo o embrião 30 mm. Na nona semana inicia-se o período fetal: o embrião apresenta-se como um pequeno ser humano de 50 mm, com o sexo diferenciado, sendo de anotar um desenvolvimento considerável da placenta. Com a

semana décima, o feto tem uma face humana; a partir daí e até o termo da gestação, o feto apresenta uma diferenciação orgânica praticamente completa¹.

Sob outro aspecto, qualquer proposição que diga respeito à vida e à sua constante proteção, desde o útero, deve guiar-se pela instigante percepção do homem ao reconhecer sua própria existência através de um olhar dotado de empatia e introspecção, exatamente como propõe Diogo Leite de Campos:

Tenho tentado muitas vezes, cada vez com maior insistência, saber quando comecei. No ventre da minha mãe, o que era eu: um ser humano? uma esperança de vida? uma realidade? ...Nesse tempo ainda não existia ecografia, muito menos a ecografia tridimensional, e as preocupações com a nova pessoa só começavam depois do nascimento. Muitas vezes, nem no momento deste, considerado só “o momento da mãe. Assim, à falta de poder ver-me, decidi ver-te a ti, reconhecendo-me em ti, na tua vida desde o momento do início da vida intra-uterina.”²

Deve-se, ainda, considerar que a justa e adequada tutela legal da personalidade, capaz de erigir o homem ao centro do ordenamento jurídico, deve-se apoiar no fato de que “desde a fase da concepção até à velhice é sempre o mesmo indivíduo que se desenvolve, amadurece e morre. As suas características tornam-no único e insubstituível”.³

¹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IV: Geral (Pessoas)**. p. 315-6.

² CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós: Estudo sobre o Direito das pessoas**. p. 55.

³ CAMPOS, Diogo Campos de – **O início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica**. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, III, p. 1257.

CAPÍTULO I

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O NASCITURO

1.1 Nascituro: conceito

Em linhas gerais, pode-se dizer de forma bastante simples e resumida que o nascituro é todo aquele não nascido; é todo aquele que, tendo sido concebido e estando no ventre da mãe, não passou ainda pela experiência do nascimento, a partir da qual vem à luz mundana.

Entretanto, deve-se ressaltar, de imediato, que mesmo antes do nascimento, as experiências emocionais da mãe e as intervenções do meio externo têm imediata repercussão na vida do nascituro, a certo ponto capaz de apresentar reações sensoriais e auditivas, que influenciarão na formação de sua personalidade e no seu desenvolvimento afetivo, como afirma Diogo Leite Campos⁴.

Segundo a definição trazida pelo dicionário Aurélio de língua portuguesa, nascituro é “Que ou aquele que vai nascer”⁵, não se podendo, contudo, afirmar que o seu nascimento é fato futuro e certo.

Muito pelo contrário, por óbvio, uma gravidez pode vir a ser interrompida por causas diversas, tanto de ordem natural quanto artificial, de modo que nem toda gestação chega a seu termo com o efetivo nascimento do ser concebido. Atrelar-se a aplicação do termo em causa a um evento futuro que nunca poderá ser absolutamente certo é retirar-lhe a possibilidade de seu uso, pois nunca se saberá se um ente concebido virá à luz até que ocorra o parto. Tal definição, portanto, não parece ser a mais apropriada.

Roberto Senise Lisboa, sucintamente aduz tratar-se o nascituro do “ser humano em formação”⁶, contudo, há algo de problemático em tal definição. Com efeito, juridicamente, o termo nascituro se refere ao ser humano já concebido – para diferenciá-lo do *concepturo*, como esclarece José de Oliveira Ascensão:

Nascituros são pessoas ainda não nascidas, mas que poderão nascer de progenitor ou progenitores determinados. Usa-se por vezes a palavra barbárica “*concepturo*” para designar, dentro dos nascituros, tal como definimos, os que não estão concebidos

⁴ CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós: Estudo sobre o Direito das pessoas**. p. 59.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **O dicionário da Língua Portuguesa** (mini). p. 573

⁶ LISBOA, Roberto Senise – **Direito Civil de A a Z**. p. 50

ainda. É preferível distinguir simplesmente entre nascituros concebidos e nascituros não concebidos⁷.

Deve-se, ainda, afastar-se da definição pela qual o conceito de nascituro seria equivalente ao de ser humano em desenvolvimento, visto que o ser humano é uma realidade dinâmica, num constante desenvolver-se, quer em sua vida intrauterina, quer em sua existência externa. A vida humana é uma permanente transformação, que só encontra seu termo na morte do indivíduo.

Nas palavras de Ascensão:

O feto não é para o Direito mero trecho do corpo da mãe, pois tem um sentido autónomo. Eticamente, um embrião é uma pessoa. Desde o momento da concepção traz consigo, totalmente demarcados em seus genes e cromossomas, as caracterizações de individualidade que o tornam um ser humano único e irrepetível⁸.

O termo *nascituro*, pois, se aplica ao ente concebido pela união dos gametas masculino e feminino; um ser vivo que, embora já gerado e concebido, ainda não veio à luz, conceito que não se aplica ao *concepturo*.

Há, desde já, que se estabelecer a diferença entre *nascituro* e *prole eventual*, sendo certo que tal expressão se refere “aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”⁹ Como se vê, para a legislação brasileira, esta espécie de nascituro ainda não concebido também recebe alguma proteção jurídica, como também ocorre no ordenamento luso.

Colhe-se na doutrina de Diogo Leite de Campos, que tal possibilidade encontra respaldo no Código Civil português e que os requisitos são equivalentes àqueles estabelecidos na norma brasileira:

Os concepturos <<pessoas>> que ainda vão ser concebidas – não <<existem>> biologicamente, não tendo, pois, personalidade jurídica. Assim, só excepcionalmente e mediante concessão legal terão capacidade sucessória. Nos termos do artigo 2033º, 2, a) têm capacidade sucessória, na sucessão testamentária ou contratual, os nascituros não concebidos que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.¹⁰

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil: Teoria Geral**. p. 51.

⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 54.

⁹ Art. 1799, I, da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – **Código Civil**. Publicado no Diário Oficial da União em 11/01/2002.

¹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. p. 514-515.

Em suma, a prole eventual se situa na esfera do abstrato. É uma possibilidade, fato a ser materializado em momento futuro, incerto e impreciso. O nascituro, diferentemente, é uma realidade material, concreta, possuindo existência no mundo dos fenômenos perceptíveis e observáveis; isto é, possui existência objetiva — *versus* uma existência “subjética” da *prole eventual*.

O surgimento de novas técnicas de geração de embriões por meios artificiais, fenômeno de existência mui recente na história, suscita inúmeras questões nessa seara. A principal delas, e que se apresenta com maior latência no presente estudo, pauta-se na possibilidade de utilização do termo para aqueles embriões concebidos em ambiente laboratorial — ainda não implantados —, que ainda não se encontram fertilizados em ventre materno.

Afinal, poderia o termo “nascituro” ser a eles aplicado?

Quanto aos embriões não implantados, respondem negativamente Tepedino e Oliva:

Indaga-se também a natureza jurídica dos embriões, questão que se torna tão mais relevante quanto mais se desenvolvem as tecnologias de reprodução assistida e de preservação de embriões congelados. Do ponto de vista jurídico, não se trata de nascituro, uma vez que ausente a implantação no útero da mulher, inexistindo, por maioria de razão, personalidade. Os chamados embriões excedentários – isto é, aqueles não implantados no útero – podem ser utilizados para fins de pesquisa, como prevê o art. 5º, da Lei 11.105/2005, desde que haja autorização de seus genitores. Cuida-se, assim, de bem jurídico protegido pelo ordenamento, ainda que não na condição de técnica de pessoa, não se lhes atribuindo personalidade jurídica.¹¹

O tema, entretanto, longe de ser pacífico, é objeto de constante debate doutrinário, revelando robustos entendimentos no sentido de que o embrião goza de personalidade jurídica pois se está diante de um processo evolutivo sequenciado, do qual a nidação e o nascimento são apenas fases. O estágio de avanço nos estudos embriológicos é capaz de afirmar que a partir da concepção – fusão do espermatozoide com óvulo, existe um novo ser, autônomo em relação aos seus pais.

O embrião tem a informação genética necessária para estruturar (exceptuando as anomalias genéticas ou perturbações durante a gestação) as suas características físicas e neuropsíquicas. O embrião fecundado *in útero* ou *in vitro* tem um património genético exclusivo. [...] Desde a concepção até o nascimento todas as investigações empreendidas no campo genético, ecográfico, embriológico ou de comportamento revelam um contínuo desenvolvimento celular, proveniente da

¹¹ TEPEDINO, Gustavo e OLIVA – **Fundamentos do Direito Civil**, vol.1. p. 120-121.

expressão das informações memorizadas no genoma específico da espécie humana. [...] Em cada momento do seu desenvolvimento o embrião um ser vivo, distinto do organismo materno que o acolhe¹².

Não obstante, existem apontamentos no sentido de que o próprio emprego do termo “embrião” ao óvulo fecundado *in vitro*, embora se tenha popularizado, é tecnicamente inapropriado. O óvulo fecundado, antes da implantação, é tão-somente um *zigoto*, recebendo a designação de *embrião* apenas quando implantado no útero materno, até oito semanas após a fecundação¹³. Portanto, somente o embrião seria o ente em condições de se desenvolver e, portanto, merecedor do termo “nascituro”.

Heloisa Barbosa, antecipando os constantes e necessários debates que envolvem o mundo das ciências - revelando ainda tratar-se de matéria invariavelmente controvertida -, sobretudo a jurídica e a biomédica, afirma em tom desafiador:

Não nos parece razoável considerar-se o embrião antes da transferência para o útero materno um nascituro. Porém, se negada a sua qualidade de pessoa, como deveremos qualificá-los? Será coisa? Pode ser o embrião, não implantado, objeto de direito? [...] O embrião, ainda que não transferido, é pessoa, e como tal, mesmo que ainda investido de capacidade jurídica, não pode ser objeto de direito. Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua “disponibilidade” a qualquer título.¹⁴

Nos precisos ensinamentos de Ascensão, verifica-se que o regime jurídico a ser dispensado ao embrião é aquele sobre pessoas, não se mostrando adequado conferir-lhe estado de coisa:

[...] o embrião não é seguramente uma coisa. Mesmo que não integrado no útero humano, não se pode pensar que se tornou um bem, sujeito ao comércio jurídico. Não se equipara a partes separadas do corpo humano, como os cabelos, porque contém em si uma potência de vida humana. Aplica-se, assim por maioria de razão, o que dissemos sobre o cadáver. Mesmo que o embrião não fosse pessoa, participa da ordem das pessoas e não das coisas. O regime jurídico que lhe corresponde seria assim sempre moldado sobre o das pessoas¹⁵.

É de se imaginar que a questão não é pacificada e que diversos posicionamentos coexistem nas órbitas das ciências biomédicas e jurídicas, o que em momento oportuno será

¹² CAMPOS, Diogo Campos de – **O início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica**. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, III, p. 1257-1258.

¹³ SINISCALCHI, C. – **O Nascituro no Ordenamento Jurídico Pátrio** [Em linha]

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena – **Afiliação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. p. 82

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil: Teoria Geral**. p. 69.

analisado, todavia, para o fim de nortear as proposições adiante trazidas, merece destaque a lição de Maria Helena Diniz:

Os mais recentes dados da biologia têm confirmado nosso posicionamento ao demonstrarem que, com a penetração do óvulo pelo espermatozoide, surge uma nova vida, distinta da daqueles que lhe deu origem, pois o embrião, a partir desse momento, passa a ser titular de um patrimônio genético único e é a partir dos genes, que estão dentro dele desde o instante da concepção, que seu cérebro se desenvolve. [...] Pré-embrião: essa palavra não existe. Não há necessidade de uma subclasse de embrião a ser chamada de pré-embrião, porque nada existe antes do embrião; antes e um embrião existe apenas um óvulo e o esperma; quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide a entidade assim constituída se transforma em um zigoto; e quando o zigoto se subdivide torna-se embrião. Desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores (*tricks of the trade*) para transformá-lo num ser humano já estão presentes.¹⁶

Retomando a conceituação e seus desdobramentos, soma-se a proposição trazida pela civilista brasileira, Maria Helena Diniz, que define a condição do nascituro nos seguintes termos:

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida¹⁷.

Como se percebe, a definição supracitada traz em si um claro posicionamento favorável à existência da personalidade jurídica do nascituro, posicionamento este que, longe de ser pacífico, consiste precisamente no principal debate a ser travado nas páginas deste estudo. Contudo, para fins de exata compreensão do significado do termo e suas consequências jurídicas, merece destaque a evolução histórica do tratamento conferido ao nascituro.

Deve-se reconhecer, desde já, que boa parte das divergências doutrinária e jurisprudencial que se apresentam a respeito haver ou não personalidade para o nascituro decorre da análise literal das normas descritas nos artigos 66º e 2º, dos Códigos Civis de

¹⁶ DINIZ, Maria Helena – **O estado atual do Biodireito**. p. 639-640.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. p. 334.

Portugal e Brasil, respectivamente, o que se colhe da preclara explicação de Pedro Linhares Della Nina:

Fato que ambos os Códigos adotam, ainda que implicitamente, a teoria natalista, que, em poucas palavras, significa que ao nascituro haverá resguardo de direito, eis que, só com o nascimento com vida, há aquisição de personalidade civil. Todavia, há diversos entendimentos, principalmente jurisprudenciais, no sentido de que o nascituro, mesmo antes de nascer, teria capacidade civil, sendo detentor de direitos e deveres, o que se denomina teoria conceptualista.¹⁸

Ademais, adverte o autor que:

Há curioso precedente brasileiro, proveniente do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que uma mãe grávida, que fora atropelada e que abortara involuntariamente, deveria receber prêmio de seguro por morte do feto (o que indiretamente, reconhece que o embrião teria capacidade jurídica, isto é, atesta que alguém que não nasceu, poderia morrer).¹⁹

Na mesma linha de intelecção, deve-se destacar a afirmação feita por Maria Helena Diniz no sentido de que “não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar.”²⁰

No presente trabalho, vincula-se o nascituro ao reconhecimento da sua personalidade jurídica, tida como uma aptidão genérica para titularizar direitos e obrigações na órbita jurídica, que se aplica a todo ser humano, revelando uma “conquista jurídica da civilização”²¹

Para Lopes de Oliveira:

[...] personalidade é a aptidão atribuída ao ser humano, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, para ser um centro de imputação de direitos existenciais (direitos fundamentais, direitos da personalidade) ou patrimoniais e obrigações. [...] Essa é a noção de personalidade da pessoa física (o ser humano). É a ela que se refere o art. 1º do CC inaugurando o Título que trata das pessoas naturais.

Silvio Venosa adverte que:

A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos pólos da relação jurídica. [...] Como temos no ser humano o sujeito da relação jurídica, dizemos que toda pessoa é dotada de personalidade. [...] Todo ser

¹⁸ DELLA NINA, Pedro Linhares – **A sucessão do descendente: Um cotejo entre Portugal e Brasil**. p. 100.

¹⁹ Idem – **Op.Cit.** p. 100

²⁰ DINIZ, Maria Helena – **O estado atual do biodireito**. p. 47

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. p. 181.

humano é pessoa na acepção jurídica. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente.²²

Na definição de Mota Pito:

A personalidade jurídica, a susceptibilidade de direitos e obrigações, corresponde a uma condição indispensável da realização por cada ser humano dos seus fins ou interesses na vida com os outros – e o direito existe ao serviço do Homem. Bem se compreende que no nosso tempo não sofra discussão o reconhecimento dessa qualidade jurídica a todos os seres humanos.

Carlos Alberto Bittar define os direitos da personalidade como aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros.”²³

Diferenciando os direitos da personalidade de todos os outros, Serpa Lopes, em ponderação muito pertinente afirma: “enquanto os demais direitos visam à defesa do gozo externo dos bens, os direitos de personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurando ao indivíduo os seus valores estritamente pessoais.”²⁴

Se por um lado o conceito, o alcance e destinação da tutela conferida em razão da personalidade jurídica, como se verá adiante, não obstante a tentativa do legislador nos ordenamentos português e brasileiro em definir o termo inicial do atributo, a controvérsia nos campos doutrinário e jurisprudencial é efervescente e inspira instigante e rico trabalho de investigação, afinal, como Estados de Direito, Portugal e Brasil – incessantemente, devem buscar a mais justa proteção ao homem em todas as etapas da vida.

É assim, ou estaremos diante de evidente falha da ordem legal.

Para que fique explícito, muito embora pelas explanações até essa altura colacionadas não reste dúvidas que a presente investigação não apresentará qualquer disposição a respeito da pessoa jurídica (ou coletiva, em Portugal), vale consignar que ser esta “um ente não humano que adquire personalidade jurídica por força do direito, tornando-se assim sujeito de direitos e obrigações.”²⁵

1.2 Evolução histórica do tratamento jurídico do nascituro

²² VENOSA, Silvio de Salvo Venosa – **Direito Civil Parte Geral**. p. 133-134

²³ BITTAR, Carlo Alberto – **Os direitos da Personalidade**. p.1

²⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Curso de Direito Civil**. p.199

²⁵ NASCIMENTO, Filipe Queiroz – **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – sua aplicação no Brasil e em Portugal**. p. 14

1.2.1 Antiguidade

Desde a mais remota antiguidade, a questão dos direitos do nascituro, bem como de seu *status* legal, suscita debates entre os diversos povos. É abundante a literatura legada pelos povos referentes às suas respectivas concepções acerca da vida intrauterina — momento em que se iniciava a vida individual (a partir de quando o ser gerado passaria a ser animado) — bem como dos direitos que possuíam ou não.

Evidentemente não se encontrará uma posição unânime acerca da condição do nascituro e de seus direitos entre as diversas sociedades do passado e do presente, bem como entre os diversos períodos da história de cada um desses povos. Aliás, o tema é por demais vasto e complexo, dada a pluralidade de entendimentos existentes, de modo que um estudo com a vastidão do ora realizado, em se dedicando somente sobre este aspecto da evolução histórica dos direitos do nascituro, ainda assim não o esgotaria. Destarte, far-se-á apenas um estudo de amplo espectro sobre o tema nesta pesquisa, apenas com o fito de favorecer o entendimento da trajetória dos direitos da personalidade dos não-nascidos até o estado de coisas atual.

Entre os povos antigos, embora não houvesse uma posição unânime acerca do *status* do nascituro, a regra parece ser o reconhecimento e a salvaguarda de alguns dos seus direitos, independentemente do fato de se lhe imputar ou não a condição de pessoa.

O Código de Hamurabi, vetusta legislação dos povos mesopotâmios, já continha disposições que implicavam em proteção ao nascituro, ou, antes, em punição à lesão causada em mulher, lesão essa que provocasse aborto. Admitiam a ideia de coexistência de duas pessoas distintas. Assim, pode-se ler em dois de seus dispositivos: “Art. 209. Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto; Art. 210. Se a mulher morre, se deverá matar o filho dele”²⁶.

A Lei Mosaica, contida no texto da Torá Hebraica (correspondente ao Pentateuco da Bíblia cristã), também traz previsões sobre o nascituro, em termos bastante semelhantes àqueles do já citado Código de Hamurabi.

Segundo consta da Bíblia Sagrada, em Êxodo, 21:22-23:

Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, aquele que feriu será obrigado a indenizar segundo o que lhe exigir

²⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV**. p. 317

o marido da mulher; e pagará como os juízes lhe determinares. Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida. [...] ²⁷

Sabe-se que entre os antigos gregos, por exemplo, o Direito salvaguardava os direitos do nascituro em uma série de situações. Dentre elas o respeito ao direito à sucessão do trono de dada cidade-estado grega, oportunidade em que se decidiu que determinada criança, que ainda se encontrava no ventre da mãe, seria a legítima herdeira da coroa, quando nascesse.

A situação do nascituro na Grécia foi pode ser sintetizada na literatura de Plutarco ²⁸, reproduzida por muitos estudiosos do assunto em tela, como Silmara Chinelato:

Polydecte morreu cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o Rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a Rainha tivesse um filho, seria a ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de autor ²⁹.

As concepções dos povos helênicos acerca dos direitos do nascituro refletem-se igualmente no entendimento que esposavam acerca do aborto e da sua admissibilidade. Como se faz notório, naquela civilização cada cidade (*pólis*) era considerada um Estado autônomo, com suas próprias leis e costumes. Em algumas delas o aborto era proscrito, ao passo que em outros era permitido, não sem alguma restrição.

É de se imaginar que, para além das diferenças de tradições e costumes entre as diversas *pólis* gregas, a diferença de tratamento legal para a prática do aborto se explicava por questões demográficas. Para exemplificar, complementa a autora acima mencionada que em Mileto e Tebas, a repressão às práticas abortivas era marcante, o que não acontecia em Atenas, que parecia aplicá-lo como forma de controle demográfico ³⁰.

Filósofos gregos clássicos, como Platão e Aristóteles, embora com diferenças em suas explanações, admitiam a prática por motivos de controle demográfico ou eugênico. Valioso se faz anotar que Aristóteles, distanciando-se dos pensamentos de Platão, aponta que o aborto seria reprovável quando praticado contra feto dotado de “alma”, vez que este seria real possuidor da condição de pessoa humana.

Ora, se os gregos debatiam acerca do limite a ser imposto ao direito de se abortar um feto — levando-se em conta o ponto a partir do qual consideravam que este, já dotado de alma, desfrutava da condição de pessoa humana — tal fato decorre da presença de uma noção,

²⁷ **BÍBLIA SAGRADA**, Êxodo, 21:22-23.

²⁸ Cícero Plutarco, filósofo grego que, posteriormente, assumiu cidadania romana, cujas obras “Vidas Paralelas” estão em regime de domínio público (dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000476.pdf)

²⁹ PLUTARCO, Cícero *Apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e – **Tutela Civil do Nascituro**. p. 07

³⁰ Idem. *Op. Cit.* p. 17

embora embrionária, de que o nascituro não só possuía direitos, como ainda era considerado em certas circunstâncias como pessoa humana.

Entre os antigos Hindus, povo habitante do subcontinente indiano, se fazia possível notar sofisticado conhecimento acerca da embriologia humana. Antigos tratados escritos por aquele povo descreviam com exatidão as fases de desenvolvimento do embrião e posteriormente do feto. É interessante observar que, para aquela civilização, o nascituro era considerado como dotado de vida a partir do sétimo mês de gestação (ponto a partir do qual, é de se presumir, desfrutaria de direitos pertinentes à pessoa humana).³¹

William Pussi, explica, ainda, a existência de um estudo em sânscrito a respeito de embriologia nomeado Garbha Upanishad, segundo o qual o embrião passaria a existir a partir da conjugação do sangue com o sêmen³².

Entre os romanos, deve-se mencionar, de início, que nem todo homem era dotado de personalidade jurídica, uma vez que os conceitos de pessoa e homem não eram alinhados, valendo dizer, respectivamente em sentidos biológico e jurídico-legal.

Quanto ao nascituro e seu *status* legal era algo bastante complexo, pois, se por um se vinculava ao início da pessoa humana ao nascimento com vida e mais uma série de requisitos; por outro aquele mesmo sistema jurídico acolhia uma série de normas nas quais se garantiam de forma inequívoca certos direitos ao nascituro. Em última análise parece correto inferir que o direito do nascituro se mostrou verdadeiro foco de debate entre os juristas Romanos, os quais depreenderam esforços para a criação de normas protetivas, não obstante as patentes divergências.

A rigor, sequer o nascimento com vida era suficiente para que o Direito Romano reconhecesse a existência da pessoa física devendo também ser perfeito, conforme as leis daquele povo. Ademais, exigia-se ainda o *status civitatis* – condição de cidadão somente concedida ao cidadão romano (reconhecia-se, porém duas categorias de capacidade de menor abrangência aos *latini* e aos *peregrini*; *status familiae* – somente o líder do grupo familiar gozava do atributo (*paterfamilias*) e, por fim, o *status lebertatis* – perdendo a liberdade, automaticamente perdia-se a personalidade.³³

Por nascimento perfeito, entendia-se a completa separação do neonato do ventre da mãe, devendo ainda aquele se mostrar viável e possuir formas humanas. Acreditava-se na possibilidade de que a conjunção de uma mulher com um animal resultasse em um ser

³¹ PUSSI, William Arthur – **Personalidade Jurídica do Nascituro**. p. 55

³² Idem. **Op. Cit.** p. 55

³³ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. p. 15

híbrido, o qual, em nascendo com vida, não seria considerado um humano, mas sim um monstro, hipótese em que não poderia ser reconhecido como pessoa.

Esclarece Sérgio Abdala Semião:

Manifesta-se assim, vacilante, o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e de sua personalidade. Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de nascer viável, consoante o brocardo: “*Nasciturus pro jam nato habeatur Quoties de ejus commodis agitur*”. Em outras ainda, considerava-se a criança não viável como despida de personalidade e finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana.³⁴

Vigorava entre os romanos a ideia de que até o evento do parto, o nascituro era parte das entranhas maternas. Assim, Ulpiano enunciava o brocardo: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*. Entretanto, há que se ter cuidado com esta afirmação, pois nada diz *a priori* a respeito da existência ou não de direitos reconhecidos ao nascituro. Em verdade, observam certos autores, que tais regras, longe de excluir tal possibilidade, antes tinham por propósito salvaguardar o direito da mulher frente ao marido, que só poderia reivindicar o direito à paternidade após o nascimento³⁵.

Colhe-se, ademais, da obra de Papiniano, que “*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*” Tal brocardo, traduzido do latim, também poderia suscitar a mesma confusão supracitada, qual seja, a suposição de que o Direito Romano excluía por completo a personalidade do nascituro. Contudo, observa-se o que esta regra se aplicava a um contexto específico, correspondente à situação em que o parto de uma escrava era avaliado para efeito de o nascituro integrar a quarta parte disponível do testador. Não se tratava, pois, de uma recusa absoluta ao reconhecimento de direitos ao nascituro³⁶.

Com apoio em Menezes Cordeiro, tem-se ainda:

Segundo MARCIANO, se a mulher fosse livre quando da concepção e, depois, perdesse a liberdade ou se, durante a gravidez, em qualquer momento ela não fosse mais escrava, o filho não nascia escravo. MODESTINO admitia que o magistrado pudesse designar um *ventri curator*: portanto, um curador do ventre ou da criança não nascida. [...] JULIANO que quem estiver no útero, está na natureza das coisas, para efeitos civis. PAULO formula, nessa linha, o princípio geral ainda hoje vigente:

³⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. p. 46

³⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e – **Início da personalidade da pessoa natural no projeto do Código Civil Brasileiro** in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ed. Especial, 1997, p. 78-91

³⁶ Idem. *Op. Cit.*

quem estiver no útero é considerado nascido quando se trate do seu próprio benefício”.³⁷

É sabido que o Direito Romano não só influenciou, como serviu de base para o Direito ocidental como um todo, em especial os ordenamentos jurídicos que seguem a tradição romano-germânica. Entretanto, o advento da Cristandade, que se consolidou na Idade Média, trouxe importantes inovações que se incorporaram à ordem jurídica, com influência demasiadamente importante para o *status* legal do nascituro.

1.2.2 Idade Média

Sob a influência do Cristianismo, o Direito medieval sofrera mudanças significativas em vários dos seus aspectos. No que se refere ao *status* do nascituro, a influência da religião cristã se mostrou ainda mais determinante, haja vista que a ética proposta pela nova religião trouxera concepções inovadoras a respeito da dignidade humana, muitas das quais ainda hoje compõem a base do Direito ocidental em geral.

Um dos principais pontos trazidos pelo Direito medieval, inspirado pela moral cristã, referente aos direitos do nascituro, diz respeito ao entendimento acerca do início da vida humana no ventre materno e, relacionado a isso, do início da personalidade humana e do direito à vida.

Ensina Diogo Leite de Campos que:

A raiz dos direitos da pessoa (privados e públicos) está inserida no cristianismo, ao determinar este a “dessacralização” da natureza e da sociedade, libertando o homem de ser objecto para o transformar em sujeito, portador de valores (pessoa). A busca da individualidade autônoma foi estranha às culturas oriental e grega clássica, sendo tal ideia típica da religião cristã, em que surgiu, pela primeira vez, a subjectividade, junta com a infinitude da autocosnsciência. A pessoa deve ao cristianismo a sua “base metafísica” que garante a passagem de pessoa-membro-da-sociedade revestida de “estado” social, à noção de pessoa-humana-não social (radicalmente)³⁸.

Arremata o referido autor:

O cristianismo traz (ou introduz) uma antropologia aberta em que o ser humano e o outro se reconhecem através de Deus, e reconhecem os direitos do eu e do outro. A visão cristã é caracterizada por uma visão do ser humano que se situa no encontro entre a identidade de cada sujeito histórico e o seu limite transcendente, a diferença que o mede e transcende, na sempre redescoberta do Totalmente.

³⁷ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV**. p. 317-318

³⁸ CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós: Estudo sobre o Direito das pessoas**. p. 16

A precisa doutrina de Leite de Campos aduz que o estabelecimento dos paradigmas oriundos da doutrina cristã mitiga o “caráter sagrado” do homem, que passa à posição de sujeito do mundo, devendo, pois, por sua condição humana, construir valores inerentes a tal estado³⁹.

Desde as origens do Cristianismo, os pais da Igreja se debruçaram sobre o problema acerca do momento em que o nascituro passa a ser dotado de alma, momento em que pode ser considerado como pessoa humana e detentor do direito à vida (o que, por seu turno, traz como consequência a inadmissibilidade do aborto a partir de tal ponto). Chinelato e Almeida observa que fora Tertuliano de Cartago o primeiro pensador latino a enfrentar o problema, condenando o aborto já a partir da concepção, por já ser dotado de alma, noutros termos: o aborto intencional é condenável em qualquer momento da gestação⁴⁰.

Stela Barbas aduz que a Idade Média possibilitou o reconhecimento de importantes ao nascituro, entretanto havendo marcante diferença entre as doutrinas de Aristóteles e Santo Agostinho, a respeito da animação ou não do feto. Nesse sentido, somente o primeiro seria dotado de personalidade⁴¹.

Importa observar, contudo, que esse posicionamento não fora sempre unânime entre os Doutores da Igreja. Santo Agostinho, por exemplo, não sustentava que o nascituro fosse animado desde a concepção, mas sim passaria a abrigar a alma humana (que coincidiria com o momento a partir do qual teria vida eterna) quando apresentasse movimentos dentro do ventre da mãe, o que caracterizaria o início de uma vida própria.

Complementa Barbas:

A doutrina da Igreja teve tanta influência que a equiparação do aborto criminoso ao homicídio foi aceite por praticamente todos os povos civilizados, tendo sido consagradas, em diversas legislações, as penalidades impostas aos infractores que iam desde a simples multa à pena capital.⁴²

O Cristianismo se alinha com a ideia de uma personalidade moral, preocupada com a valorização do homem – um ser semelhante a Deus, em detrimento do homem mundano, posição construída com apoio nos ensinamentos dos Pais da Fé, como São Tomaz de Aquino,

³⁹ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Personalidade**. p. 12

⁴⁰ GANDOLFI, Giuseppe – **Nascituro (storia) in Enciclopedia del Diritto** Apud ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato – **Tutela Civil do Nascituro**. p. 48-49

⁴¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. p. 223.

⁴² Idem. **Op. Cit.** p. 225

mas também marcada pelas proposições de outros pensadores cristãos, como Santo Agostinho.⁴³

Contudo, não interessava ao Direito medieval somente o direito à vida do nascituro, mas também os seus direitos patrimoniais. Durante o medievo, tanto entre os romanos quanto entre os lombardos o nascituro poderia ser contemplado em testamento e figurar como donatário, o que atesta mais uma vez a existência de direitos de personalidade a ele conferidos durante aquela época⁴⁴.

1.2.3 Os Direitos do nascituro na modernidade e as teorias clássicas da personalidade Jurídica

Conforme dito, a tradição do Direito ocidental (inaugurada a partir da Idade Média) culminou em desenvolvimentos posteriores acerca do começo da personalidade jurídica. Tais desenvolvimentos correspondem à formulação de diversas teorias por juristas clássicos, muitas das quais, embora não tenham influenciado de forma direta os ordenamentos jurídicos do passado e do presente, seguramente favoreceram a evolução do pensamento jurídico.

Assim, com esboço nas proposições de Pontes de Miranda⁴⁵, traz-se à baila que os *fictionistas*, tendo Savigny seu maior representante, defendiam o posicionamento pelo qual é devida a proteção ao nascituro partindo-se da “ficção” que o comparava ao nascido, reconhecendo-o como pessoa ainda no ventre. Em oposição, ancorados proponentes da *teoria dos direitos sem sujeito*, que preferia escamotear o titular de direitos a fingir a sua existência, tendo como principal expoente o pandectista Windscheid⁴⁶.

Cumprir mencionar a teoria da *hereditas iacens*, proposta por Endemann, que advogava que a herança ficasse sem dono, em havendo nascituro, até o seu nascimento (raciocínio inaplicado nos ordenamentos onde há o princípio da *saisine*). Semelhantes a esta, havia ainda a teoria da eficácia passiva (proposta por Ihering), bem como a dos direitos futuros (apresentada por Rosenthal), ambas versando sobre a aquisição *ex tunc*⁴⁷.

Havia ainda as teorias da condição, as quais, em linhas gerais, submetiam o exercício dos direitos do nascituro a dada condição. Dentre essas, menciona-se a teoria da aparência da condição, de Eck; a teoria da condição em sentido próprio, de Heymann; e a teoria do análogo

⁴³ TORRES, António Maria M. Pinheiro – **Acerca dos Direitos de Personalidade**. p. 16

⁴⁵ MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado**. p. 167.

⁴⁶ MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado**. p. 167-168.

⁴⁷ MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado**. p. 168-169.

à condição, de Oertmann, pela qual o nascituro não tem direitos, mas será titular dos mesmos depois de nascido⁴⁸.

Mais, menciona ainda a teoria da personalidade jurídica *stricto sensu* (abordada por Rudorff), pela qual antes da aquisição da personalidade física, cria-se a personalidade jurídica ao nascituro (nota-se que Teixeira Júnior a considera incoerente); a teoria da representação de Hölder, punha o exercício do direito do nascituro nas mãos do curador sem afirmar ou negar a sua existência; e a teoria do sujeito indeterminado, de Stammler, que afirma que o ser humano vivo, ainda não nascido, já é ser humano, sendo indeterminado o seu sujeito⁴⁹.

Todas essas teorias supramencionadas, conforme dito, hoje em dia não são mais que curiosidade histórica, vez que nenhuma delas acabou por prevalecer nos ordenamentos jurídicos modernos. Em seu lugar, outras teorias acerca da personalidade jurídica foram formuladas e encontraram abrigo nas legislações ao redor do mundo, algumas das quais analisadas mais adiante.

Cumprido analisar a seguir a evolução histórica dos direitos do nascituro nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal. Estes dois países possuem trajetórias semelhantes nessa seara, já que durante boa parte de sua história partilharam de leis em comum, em razão dos laços históricos. Serão levadas em conta as semelhanças e diferenças entre os dois países no tratamento do tema em seus respectivos ordenamentos, desde os primeiros anos de sua história até o presente.

1.2.4 Evolução histórica dos direitos do nascituro no Brasil e em Portugal

Os primórdios do direito luso-brasileiro, não só no que tange aos direitos da personalidade (tópico intrinsecamente situado nos escopos do Direito Civil), como também no tocante aos demais ramos jurídicos, compreendem um mesmo fenômeno legislativo que abrange a história dos dois países, comentadas em conjunto nesta pesquisa.

Isso porque, como cediço, o Brasil fora parte do Império Português desde o princípio da sua colonização até a independência política, partilhando com a metrópole seu ordenamento jurídico, do qual muitas normas foram absorvidas e permaneceram em vigor em terras brasileiras mesmo por muitos anos depois da emancipação política.

A base do antigo Direito português, como de resto do restante do Ocidente antigo, era o Direito Romano, compilado e sistematizado no *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, que ao

⁴⁸ MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado**. p. 169.

⁴⁹ MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado**. p. 169.

longo do tempo fora enriquecido e desenvolvido pelos comentários dos glosadores (juristas que adicionavam comentários, ou glosas, às margens do texto da legislação justinianeia). Este fora em essência o Direito ocidental ao longo de séculos, e na Península Ibérica não fora diferente:

Do século XII ao século XVI, o Corpus Juris Civilis foi objeto de intensa exegese, sem cunho sistemático; por parte de juristas, conhecidos pelo nome de glosadores, porque redigiam breves anotações entre as linhas (glossae interlineares) ou à margem (glossaemarginales) dos textos justinianeus. Dentre eles, gozam de maior fama Irnério e Acúrsio, este o autor da glosa ordinária. Seguem-se os pós-glosadores, cuja atividade se caracterizou pelo esforço para adaptar a doutrina dos glosadores às necessidades da época e aos costumes vigentes. Os principais representantes dessa escola são Bártolo e Baldo. No século XVI, a investigação do Direito Romano adquire colorido mais brilhante, devido ao empenho no melhor conhecimento de suas fontes e pela nova orientação, de caráter sistemático, que se procura seguir. As figuras marcantes desse movimento são Cujácio e Doneau. Desde então até nossos dias, o estudo das fontes romanas, principalmente na Alemanha e na Itália, se vem fazendo para melhor fixação de um momento alto da evolução jurídica. Esses estudos têm concorrido decisivamente não só para o esclarecimento das manifestações do gênio jurídico dos romanos, mas também para o aperfeiçoamento da técnica jurídica, em cujo manejo foram insuperáveis⁵⁰.

Com o avançar dos anos, porém, Portugal sistematizou de maneira particular o Direito de sua época, que seguiu sendo romano em sua essência, mas adquirira feições próprias ao incorporar novas fontes e interpretações.

Está-se a se referir aqui às Ordenações do Reino, legislação de inspiração romano-canônica, que vigorou por séculos nos dois países em comento. Estas ordenações eram um compêndio de leis esparsas, costumes e jurisprudências, que remontam à Idade Média portuguesa:

As Ordenações do Reino de Portugal estão inseridas no Período do Direito Português de inspiração romano-canônica, que se inicia em meados do século XII e encerra-se na segunda metade do século XVIII.

O Período das Ordenações, estritamente, se inicia em meados do século XV, com o início da vigência as Ordenações Afonsinas. Período, este, com importante relevância para a evolução do Direito Português. Com características de centralização legislativa, de enorme relevância⁵¹.

⁵⁰ GOMES, Orlando – **Introdução ao Direito Civil**. p. 35

⁵¹ QUEIROZ, Frederico Henrique Pereira – **Direito Português e Brasileiro: história e evolução**. [Em linha].

Tratando especificamente das matérias pertinentes ao Direito Privado, as Ordenações do Reino tiveram longo período de vigência tanto em Portugal como no Brasil, só perdendo a sua eficácia quando os dois países aderiram à chamada “era das codificações” e puseram em vigor seus respectivos códigos civis. Foi o compêndio legislativo que mais tempo permaneceu em vigor, num e noutro país.

Apesar das várias tentativas de reforma, as Ordenações vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867, e no Brasil até nosso Código de 1917. Elas são, pois, o monumento legislativo com maior vigência, tanto em Portugal quanto em nosso país⁵².

Conforme já observado, as Ordenações do Reino eram de inspiração romano-canônica, o que significa dizer que tanto o antigo Direito Romano, como também o Direito Canônico — este de origem eclesiástica — eram seus dois principais pilares. O Direito emanado da Igreja Católica, por certo estava submetido ao seu Magistério, o que implica dizer que era submisso à moral cristã e não poderia contrariá-la.

Também as próprias Ordenações do Reino estabeleciam a hierarquia de normas a ser observada para a decisão de determinado caso concreto, reconhecendo expressamente o Direito Canônico como fonte subsidiária do Direito, dando este a palavra final quando a questão a ser decidida envolvesse matéria relacionada à moral católica e às leis divinas que lhe servem de fundamento. Não poderia, pois, a norma aplicável ferir os mandamentos divinos e, por via de consequência, o Direito Canônico, que promana da autoridade da Igreja.

Questão especialmente interessante é a da hierarquia das normas no tocante ao direito subsidiário. Sendo o Direito Canônico vigente em certas matérias no território português ao tempo da aprovação das Ordenações, e considerada, ainda, a influência do Direito Imperial Romano, interessava fixar a prevalência de cada um, no caso de conflito de regras.

O primeiro critério adotado é o predomínio do direito pátrio ou nacional, incluindo nele não somente as leis do Reino mas também o estilo da Corte (costume jurisprudencial do tribunal supremo) e o costume do Reino antigamente usado. Assim, onde a lei do Reino dispusesse cessariam todas as outras leis e direitos. Porém, se o caso a decidir não fosse contemplado pelo direito pátrio, observar-se-iam, então, as leis imperiais desde que sua aplicação não implicasse para as pessoas em transgressão das leis divinas ou da moral religiosa, quando a prevalência seria do Direito Canônico. Caetano cita o caso da posse de má-fé que, embora perante o Direito Romano sirva de fundamento para o usucapião, caracteriza em face da moral cristã uma infração - a consciência de deter e reter coisa que não pertence ao

⁵² VELASCO, Ignacio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. p. 24.

possuidor. Em tais condições a posse não poderia ser título aquisitivo de um direito⁵³.

É de se concluir, portanto, que o Direito luso-brasileiro, ao tempo da vigência das Ordenações do Reino, não contrariava o entendimento da Igreja Católica a respeito do começo da personalidade — que, pelo Magistério eclesiástico, tem sua origem na concepção —, reputando-se ilícitas práticas como o aborto e reconhecendo-se o direito à vida e à dignidade do nascituro.

Fato é que as Ordenações do Reino reconheciam vários direitos ao nascituro, boa parte deles de natureza patrimonial ou referentes ao direito sucessório:

Inicialmente o Brasil era regido especialmente pelas Ordenações Filipinas. Esta estabelecia que havendo falecimento de um homem, cujo filho estivesse nos ventres de uma mulher (nascituro), o mesmo já seria compreendido e resguardado como filho. Da mesma forma era previsto a nulidade do testamento em caso de morte do testador se adviesse um filho legítimo. Também havia o direito a posse e proteção de alguns bens em favor do nascituro, dentre outros direitos que eram garantidos. Assim, [...] é possível visualizar certa proteção ao nascituro desde as Ordenações Filipinas, ou seja, desde o princípio da ordem jurídica pátria⁵⁴.

Sobreleva-se notar, demais disso, que algumas disposições constantes das Ordenações do Reino em suas variadas versões, nas quais figuram o reconhecimento a certos direitos do nascituro. Nas Ordenações Afonsinas, aquela que fora a primeira de tais compilações (datada de 1446), em sintonia com a tradição romana, concedia-se tutor ou curador testamentário ao filho no ventre da mãe. Nas Ordenações Manuelinas (que substituíram as Afonsinas, datando de 1514), era prevista a posse em nome do nascituro, preceito que fora repetido pelas Ordenações Filipinas, que sucederam àquelas a partir de 1603.⁵⁵

Este estado de coisas perdurou até que Brasil e Portugal, cada um a seu tempo e a seu modo, produziram seus respectivos códigos civis, acompanhando a tendência à codificação de normas que teve seu estopim na elaboração do Código Civil francês, à época do governo de Napoleão.

Vale lembrar, contudo, que, ainda no século XVIII, Portugal, por meio da reforma pombalina, vedara a aplicação do Direito Canônico no foro civil, mas permaneceram aplicáveis as antigas Ordenações em questões dessa matéria. No Brasil, na lacuna de leis

⁵³ PROVEDA VELASCO, I. M. – **Ordenações do Reino de Portugal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, n. 89, p. 11-67.

⁵⁴ PROVEDA VELASCO, I. M. – **Ordenações do Reino de Portugal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, n. 89, p. 11-67.

⁵⁵ Idem. *Op. Cit.*

próprias nessa seara, determinou-se logo após a sua independência política que se continuasse a observar a legislação da metrópole vigente até a partida de D. João VI do Brasil, evento político que preparara o advento da independência.

A Lei da Boa Razão, de 18-08-1769, promulgada pelo Marquês de Pombal, vedou a invocação do Direito Canônico no foro Civil e considerou “boa razão” a decorrente do direito das gentes, como produto de consenso universal.

No Brasil Colonial, tinham plena vigência as leis portuguesas e, mesmo após a Independência, mantiveram-se elas em vigor. Uma lei de 20-10-1823 mandou observar as Ordenações Filipinas no país, bem como as leis, regimentos e alvarás, decretos e resoluções vigentes em Portugal até a data da saída de D. João VI, isto é, 24-4-1821. A legislação da pátria-mãe teve vigência no Brasil até a promulgação do Código Civil, em 1º-1-1917 [...] ⁵⁶.

A independência política do Brasil em relação a Portugal se dera oficialmente em 1822, oportunidade na qual os ordenamentos jurídicos da colônia e metrópole passaram a seguir trajetórias distintas.

Quarenta e cinco anos depois desse episódio, Portugal viria a ter o seu primeiro Código Civil. O Brasil só teria o seu depois de quase cem anos após tornar-se independente de Portugal, mas durante quase todo o transcorrer do século dezenove houve grande esforço e debates por parte dos juristas brasileiros em torno da redação da referida codificação.

Isso significa dizer que mesmo após tornar-se independente, e até mesmo depois de tornar-se republicano, o Brasil seguiu utilizando-se da legislação portuguesa, (remanescente do período colonial) em matéria de Direito Civil, até que tomasse forma o texto do Código Beviláqua, ao qual viria a ser a primeira codificação civilística brasileira. Entretanto, antes disso ocorrer, debates em torno do *status* do nascituro dividiam os juristas de então, já sob a influência de teorias modernas acerca do começo da personalidade.

Durante o período em que vigoravam as Ordenações do Reino em matéria de Direito Civil no Império do Brasil, já independente do Reino de Portugal, os eminentes juristas da época se esforçavam para compor um projeto de Código Civil que viesse a substituir a vetusta legislação portuguesa e a introduzir o país na era do Direito Privado moderno. Houve várias tentativas nesse sentido, mas a única que resultou frutífera fora a que desembocou no Código Civil de 1916. Entretanto, não é desprovido de valor o estudo dos posicionamentos adotados pelos esboços de codificações produzidos no século XIX acerca do *status* e dos direitos do nascituro.

⁵⁶ PROVEDA VELASCO, I. M. – **Ordenações do Reino de Portugal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, n. 89, p. 11-67.

O Consolidação elaborada pelo ilustre Teixeira de Freitas (concluída em 1858), trazia já em seu já no art. 1º que: “As pessoas consideram-se nascidas, apenas formadas no ventre materno: a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”⁵⁷.

Na sequência, o Esboço de Código Civil de 1864 repetira o preceito, de modo que se podia ler no seu art. 53: “São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”⁵⁸.

Da mesma forma, determinava o seu art. 221: “Desde a concepção, no ventre materno, começa a existência das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas”⁵⁹.

Os dois comandos acima reproduzidos demonstram de forma cristalina a adesão dos dois anteprojetos de código à teoria pelo qual a pessoa humana tem início ainda no ventre materno.

Confirmam-se, a propósito, as justificativas apresentadas por Teixeira de Freitas para conferir – de forma justa, personalidade jurídica ao nascituro:

Não concebo (art. 16) que haja entre com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa. Se se atribui direitos às pessoas por nascer, posto que, como diz Savigny, em uma ordem especial de fatos, se os nascituros são representados n caso do art. 54, dando-se-lhes o Curador, que se tem chamado Curdor ao ventre, é forçoso concluir, que já existem, e que são pessoas, pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar (nota ao art. 41), também não são pessoas os menor impúberes, ao menos até certa idade [...] Se os nascituros não são pessoas, qual o motivo das leis penais e de plolícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo (art. 199 e 200 Cód. Pen.) de punir-se o aborto? Qual o motivo (art. 43, Cód. Pen.) de não executar-se a pena de morto na mulher prenhe, e nem mesmo de se a julgar, no caso de merecer tal pena, senão quarenta dias depois do parto?⁶⁰

Digno de menção, ainda, outros anteprojetos da época: o de Felício dos Santos, datado de 1881, situava o princípio da pessoa natural na concepção no ventre materno (mas cujos direitos permaneceriam suspensos até o seu nascimento), e mencionava o nascituro no rol dos incapazes; Já o projeto de Coelho Rodrigues adotava posicionamento mais ambíguo sobre o

⁵⁷ FREITAS, Augusto Teixeira – **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília, artigo 1º.

⁵⁸ FREITAS, Augusto Teixeira – **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília, artigo 53.

⁵⁹ FREITAS, Augusto Teixeira – **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília, artigo 221.

⁶⁰ FREITAS, Augusto Teixeira – **Esboço do Código Civil**. p. 83-85.

tema, pois exigia a forma humana e o nascimento com vida, e situava o início da capacidade com o nascimento, condicionando o exercício dos direitos ao nascimento com vida. Entretanto, era claro ao determinar a existência da pessoa desde a concepção⁶¹.

Curiosamente, o projeto inicial do Código Beviláqua, aquele que viria a ser o primeiro Código Civil brasileiro, em seu artigo 3º determinava ter início a personalidade civil do ser humano com a concepção, condicionando-a ao nascimento com vida. Outros dispositivos corroboravam a adesão à teoria concepcionista, como: a possibilidade de seu reconhecimento como filho ilegítimo antes do nascimento; o direito à curadoria; a possibilidade de doação ao nascituro; o seu reconhecimento como herdeiro legítimo ao tempo da abertura da sucessão; a possibilidade de serem herdeiros testamentários ou legatários, entre outros.⁶²

Esclarece a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, referindo ao Projeto Beviláqua, que:

No nosso direito anterior, Teixeira de Freitas, seguido de Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, admitindo que a proteção de seus interesses é uma forma de reconhecer direitos ao nascituro, foram levados a sustentar o começo da personalidade anteriormente ao nascimento. Clóvis Beviláqua, no seu Projeto de Código (art. 3º), aceitou a doutrina, que sustentou, sob a invocação da impossibilidade de se configurar a existência de direito sem sujeito, e, como via na defesa dos interesses do entre concebido e não nascido o reconhecimento de seus direitos, a atribuição de personalidade ao nascituro seria consequência natural⁶³.

Francisco Amaral⁶⁴ explica tal opção do legislador por uma confusão — comum entre os juristas da época da elaboração do Código Beviláqua — entre “personalidade” e “capacidade de direito”. Este último conceito, estranho ao Direito Romano, era, contudo, uma novidade absorvida do Direito Alemão e como, no entender do legislador, o nascituro padecia de incapacidade absoluta, esta confusão de conceitos se transmitiu ao texto legal, que findou por considerar o nascituro como desprovido de personalidade.

Montoro e Faria⁶⁵ apontam que personalidade é a aptidão para ser titular ou sujeito de direito. Ora, é inegável que o nascituro a tem, pode-se argumentar. Capacidade, por sua vez, subdivide-se em capacidade de direito (aptidão maior ou menor da pessoa para ter direitos) e de fato (aptidão para exercer e defender, pessoal e diretamente, tais direitos). A primeira

⁶¹ TEIXEIRA JÚNIOR, F. L. – **Direito à vida do nascituro**. [Em linha]

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, p.184

⁶³ Idem. **Op. Cit**

⁶⁴ AMARAL, Francisco – O nascituro no direito civil brasileiro, contribuição do direito português in Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, v. 4 n.º 8, p. 87.

⁶⁵ MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira – **Condição Jurídica do Nascituro no direito brasileiro**. p. 69-71.

delas, o nascituro possui em algum grau, embora a segunda não possua em absoluto. Mas, se possui direitos, e mesmo alguma capacidade de direito, argumentam os autores supracitados, é pessoa desde a concepção.

Caio Mario da Silva Pereira, que não se alinha com o reconhecimento de personalidade antes do nascimento, leciona que:

A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão hoje é reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. Nem sempre, porém isso aconteceu. No direito romano o escravo era tratado como coisa, era desprovido de faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, e não de seu sujeito⁶⁶.

A redação do Código Civil de 1916, contudo, suscitava polêmica. E essa polêmica perdurou durante os mais de oitenta anos em que vigorou o diploma em causa. A doutrina brasileira se subdividiu em teorias diversas sobre a personalidade do nascituro, sobre as quais se falará em momento oportuno, e a divisão permanece nos dias correntes.

Persiste a polêmica por um motivo muito simples: o legislador do Código Civil de 2002, que substituiu o antigo Código de 1916, não fez mais que repetir o preceito da codificação anterior no texto atual, o que impediu a superação de toda a controvérsia que impera desde a entrada do Brasil na “era das codificações”, no tocante à personalidade jurídica do nascituro.

Com efeito, lê-se no art. 2º do Código Civil de 2002, aquele que ora vigora no Brasil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁶⁷.

Ora, que diferença há entre esta redação e aquela outra, que ao longo de décadas se mostrou insuficiente para o ordenamento brasileiro, salvo a substituição do vocábulo “homem” por “pessoa”?

Sem entrar em infundáveis debates, fato é que o legislador brasileiro perdeu grande oportunidade de corrigir erro legislativo centenário, assim como deixou de humanizar um conceito que, de per si, representa natural e inafastável aquisição de direitos na órbita jurídica.

Entretanto, é preciso observar que o tratamento jurídico dado ao nascituro pelo Código Civil de 2002 não se esgota nesse único dispositivo, ora analisado, havendo outras disposições que conferem direitos ao nascituro, muitas delas de natureza patrimonial.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil – vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, p.181

⁶⁷ BRASIL, Código Civil, artigo 2º.

Paulo Nader aponta alguns desses direitos reconhecidos ao nascituro, e consagrados no texto legal da Lei Civil:

O nascituro pode, ainda, ser reconhecido pelo pai e beneficiado por herança ou legado. É possível que, em seu nome, a futura mãe exercite o direito a alimentos. A nomeação de curador ao nascituro está prevista na Lei Civil, ex vi do art. 1.779, para a hipótese de falecimento do pai não estando a mãe investida do poder familiar⁶⁸.

Considerando a vastidão de direitos do nascituro constantes nos códigos civis de Brasil e Portugal, se faz oportuna divisão em abordagens sistemáticas e pontuais, permitindo uma melhor apresentação e compreensão dos mesmos, o que ocorrerá ao longo da presente investigação.

De igual forma seria um engano supor que a proteção ao nascituro se esgota no âmbito do Direito Privado, e que tem sua origem exclusivamente no Código Civil. Um recuo no tempo permite a percepção de que, por exemplo, o aborto sempre fora prática repudiada pelas leis penais brasileiras, o que atesta o reconhecimento, desde sempre, do direito à vida do nascituro.

Com efeito, deve-se recordar que o crime de aborto já constava no rol de delitos tipificados pelo Código Criminal de 1830, nos artigos 199 e 200, no capítulo referente aos crimes contra a segurança da pessoa e da vida. No Código Penal de 1890 (o primeiro depois da implantação do regime republicano, a conduta também era reprovada) observa-se a presença de legal, havendo sua tipificação ao longo dos arts. 300 a 302. Por fim, também o Código Penal de 1940 manteve o crime de aborto em suas várias modalidades, nos artigos 124 a 128⁶⁹.

Vejamos:

No Código Penal atual, ressalta-se, o bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina e o direito ao nascimento com vida, logo, percebe-se que é esse o objetivo da criação da lei, conseqüentemente, é um crime de dano, que necessita da sua consumação, ou seja, a interrupção da gravidez com a expulsão do feto do útero para sua configuração, sendo criminalizada a forma tentada. Observe-se que, diferente dos ramos das ciências, o Código Penal não faz distinção entre o que é considerado óvulo fecundado (até dois meses de gestação), embrião (de dois a quatro meses) e feto (de quatro meses até o parto)⁷⁰.

⁶⁸ NADER, Paulo – **Curso de direito civil, parte geral – vol. 1.** p. 233.

⁶⁹ PAULA, Bianca – **O Aborto no Código Penal Brasileiro.** [Em linha].

⁷⁰ PAULA, Bianca – **O Aborto no Código Penal Brasileiro.** [Em linha].

A evolução histórica do tratamento legal dado ao nascituro se dera ainda em outros ramos do Direito, para além das searas civil e penal. Paulo Nader destaca, nesse sentir, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal posto em vigor em 1990, o qual relaciona entre os deveres do Estado brasileiro a garantia do nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso da criança. O autor entende que a norma em questão, implicitamente, quis resguardar um direito do nascituro, qual seja a igualdade de oportunidades.

Há que se mencionar ainda o advento da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, também conhecida como Lei de Biossegurança. Referido dispositivo, do qual se falará com mais detalhes adiante, não tutela direitos específicos do nascituro, entretanto, gerou impactos indiscutíveis no que diz respeito ao *status* jurídico do nascituro, na medida em que autoriza, sob certas condições, a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

Por trazer disposições que tocam o direito à vida do embrião, o normativo teve sua constitucionalidade questionada (notadamente no art. 5º) ao entendimento de que há o direito à vida desde a concepção. Instando, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, todavia, o tema está longe de ser pacificado entre os doutrinadores.

Tal é, pois, o panorama histórico da proteção aos direitos do nascituro no Brasil-Portugal, que partilha de uma herança jurídica comum (ao menos até certo ponto), trilhou um caminho distinto nessa seara, muito embora ele se aproxime do tratamento jurídico brasileiro dado ao tema em vários aspectos, merecendo uma análise mais detida.

Em 1867, Portugal assistira à edição de seu primeiro Código Civil, entrando assim na “era das codificações”, movimento inaugurado com o surgimento do Código Civil de Napoleão. O Código Seabra, como ficou conhecido, inaugurou um novo paradigma na seara do Direito Privado luso, suplantando a legislação de inspiração medieval pelo positivismo e formalismo que o caracterizariam a partir de então.

No que toca aos direitos do nascituro, no texto do velho código é digno de menção o seu artigo 6º, o qual estabelecia, para fins legais, o começo da personalidade jurídica. Assim, estatuiu: “A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da proteção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente Código”⁷¹.

⁷¹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 77.

Este não era o único dispositivo da pioneira codificação portuguesa a tratar de direitos do nascituro. Pais de Vasconcelos⁷² recorda ainda que, por força do artigo 1479º, era expressamente admitido o recebimento de doações pelo não-nascido, bem como era reconhecida a possibilidade de serem os nascituros contemplados em testamento, como determinava o art. 1.776. Percebe-se que o vetusto código garantia direitos pessoais e patrimoniais ao nascituro.

Observe-se que o supracitado artigo 6º não mencionava a personalidade jurídica; ao invés disso, falava em aquisição da “capacidade jurídica” pelo nascimento. Pais de Vasconcelos⁷³ leciona que a terminologia está de acordo com o uso da época, assim como ainda hoje ocorre com a doutrina alemã, que utiliza termo equivalente à expressão “capacidade de gozo”. Destarte, poder-se-ia dizer que agiu acertadamente o legislador de outrora, utilizando-se a expressão apropriada, o que preveniria boa parte dos equívocos com os quais se defrontam doutrinadores luso-brasileiros, por causa da má redação dos dispositivos correspondentes da atualidade.

Contudo, observa ainda o mesmo autor que, em que pese a escolha acertada do legislador quanto à terminologia empregada, à época a doutrina vigente entendia pela inexistência da personalidade jurídica do nascituro, embora a leitura do referido dispositivo nada indicasse nesse sentido:

Na sua vigência, a Doutrina entendia que o nascituro já concebido não tinha personalidade jurídica, que só vinha a adquirir com o nascimento completo com vida. A tutela que a lei lhe dispensava durante a gestação era objectiva, não lhe conferindo direitos subjectivos. Quando contemplado em doação ou testamento, os bens respectivos ficavam-lhe reservados, na expectativa do seu nascimento, e só eram por ele verdadeiramente adquiridos com o nascimento⁷⁴.

Este estado perdurou até o advento de um novo código civil, o que só viria a acontecer praticamente um século depois da primeira codificação. O Código Civil de 1966 (ainda vigente, em que pese o fato de seu texto ter sido significativamente reformado ao longo dos anos) trouxe sistemática algo diversa daquela da lei civil anterior no tocante aos direitos do nascituro, suscitando polêmicas que perduram até os dias atuais especialmente quanto ao início da personalidade e seus consectários.

Sobre o insuficiente alcance do atual art. 66º Vasconcelos chama a atenção para a importância de adequada interpretação da referida norma, asseverando que:

⁷² PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 77.

⁷³ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p.77

⁷⁴ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 77.

A redacção do artigo 66º do Código Civil não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro da sua letra. Como se disse atrás, a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem. Por isso, o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica. Assim interpretado, o artigo 66º⁷⁵ do Código Civil torna-se harmónico com os demais citados preceitos do mesmo Código. A personalidade jurídica das pessoas humanas tem início concomitantemente com o início de sua vida e existência enquanto pessoas ⁷⁵.

Inspirando-se da obra de Campos⁷⁶, Vasconcelos arremata que nascituro não se apresenta como uma subespécie humana e que a concepção indica o início de sua vida e personalidade. E mais, que negar esta posição revela desgaste legislativo.

Esta redação, significativamente diferente daquela adotada pela sistemática anterior, introduzira ainda mais polémica no, já então controverso, tema do começo da personalidade jurídica, haja vista que, ao fixar o seu início no nascimento com vida (algo que já era abraçado pela doutrina anterior, como visto), suscitou mais dissenso na doutrina, bem como questionamentos por parte daqueles que já entendiam ser atécnica a exegese anterior, a qual confunde “personalidade” com “capacidade de gozo”. Tudo isso será analisado mais adiante.

É importante observar que este não é o único dispositivo do novel Código Civil a tratar dos direitos do nascituro. Pode-se encontrar ao longo de seu texto vários artigos que regulam direitos estendidos aos não nascidos, quer pessoais, quer patrimoniais. Assim, o Código Civil de 1966 confere aos nascituros o direito de receber doação (artigo 952º), a capacidade sucessória (artigo 2033º, nº 1), direito à representação legal pelos pais (artigo 1878º) e direito a ter administrados os bens que receber por herança por aqueles que serão os responsáveis legais por tal administração quando nascer (artigo 2240º, nº 2), entre outros⁷⁷.

Os direitos do nascituro, contudo, não se restringem ao âmbito do Direito Privado, mais especificamente do Direito Civil. Além desses ramos do Direito, há outros que estatuem normas que, direta ou indiretamente, beneficiam os não-nascidos, sendo que algumas dessas normas serão expostas adiante. Entretanto, é preciso analisar ainda a evolução histórica da tutela daquele que é reputado o maior bem jurídico – a vida – do nascituro, sendo o Direito

⁷⁵ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 79

⁷⁶ CAMPOS, Digo Campos de – **Lições de Direitos da Personalidade**. p. 162

⁷⁷ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 76-77

Penal, com suas normas que incriminam o atentado à vida intrauterina, o maior responsável pela referida tutela.

No caso de Portugal, a proteção à vida do nascituro por meio da criminalização do aborto sempre fora a regra em sua história. Desde que existe como nação autônoma, Portugal possuiu leis que tratam como crime as práticas abortivas, entretanto a história moderna veio a consagrar, com referendo do povo e reconhecida constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, o abrandamento do cunho proibitivo, para autorizar em certas circunstâncias e mediante certos requisitos a interrupção voluntária da gravidez.

Saliente-se, entretanto, que essas questões serão enfrentadas adiante, a fim de se tomar posicionamento sobre o *status* jurídico do nascituro em Portugal, sobretudo em razão da autorização legal – e com chancela de constitucionalidade –, da interrupção voluntária da gestação.

CAPÍTULO II

2. DO TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO NAS LEGISLAÇÕES DE BRASIL E PORTUGAL

2.1 O Nascituro perante a Lei Brasileira

É amplo o rol dos direitos reconhecidos ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro. São tantos os dispositivos que, de certa forma, se entrelaçam com a problemática do *status* legal do nascituro e seus direitos — que talvez seja impossível um levantamento completo dos mesmos — assim como a sua análise pormenorizada. Este estudo, no entanto, objetiva enumerar aqueles que são mais relevantes, procedendo a um comentário cuidadoso sobre cada um deles.

O rol de dispositivos referentes aos direitos do nascituro abrange desde aqueles que lhe garantem o direito à vida e ao desenvolvimento intrauterino, até aqueles que se relacionam com a proteção de direitos de ordem pessoal e patrimonial. Embora a maior parte deles se encontre no âmbito do Direito Civil, não estão restritos a este ramo do Direito: normas penais, constitucionais e de outros âmbitos podem ser evocadas para a proteção dos direitos do nascituro.

Carlos Roberto Gonçalves, reconhece que o nascituro está a merecer proteção legal, mesmo afirmando que a personalidade tem como termo inicial o nascimento com vida e leciona:

Há, no Código Civil, embora a personalidade comece do nascimento com vida, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade. Assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); pode receber doação (art. 542) e ser contemplado em testamento (art. 1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º). O direito penal também o protege, penalizando o aborto. E a Constituição Federal assegura a todos, sem distinção, o direito à vida (art. 5º)⁷⁸.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**, p. 93.

Castro Neves, adepto da teoria natalista, inova ao defender uma “personalidade fictícia” ao nascituro a fim de seja resguardada a tutela jurídica para excepcional situação fática:

A lei admite, muito excepcionalmente, personalidade fictícia. São hipótese nas quais o ordenamento jurídico concede a uma situação de fato uma proteção jurídica, embora não desfrute de personalidade. [...] Vê-se, contudo, que a aquisição de personalidade pelo feto está condicionada ao seu nascimento com vida. O nascituro, enquanto no ventre de sua mãe, recebe proteção jurídica, com se seus direitos estivessem em potência, aguardando um fato futuro – o nascimento – para que eles passem a valer.⁷⁹

Parece-nos, contudo, mais lógico que o estudo sobre as normas brasileiras positivadas que versam sobre os direitos do nascituro comece pela análise do art. 2º do Código Civil, por ser precisamente aquele que traria a definição legal do seu estatuto jurídico perante o ordenamento em análise. Este estudo, porém, caminhará em sentido inverso: analisar-se-á todo o rol de dispositivos que conferem direitos ao nascituro, realizando-se, ao final, considerações acerca do entendimento doutrinário sobre o mencionado artigo.

A análise da proteção ao nascituro inicia-se pelo próprio texto constitucional. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um extenso rol de direitos e garantias, numa extensão e profundidade jamais vislumbradas na história constitucional brasileira. Não descurou ela, pois, também dos direitos do nascituro.

O art. 5º da Constituição Federal apresenta um amplo leque de direitos civis e garantias inerentes à vida humana em todas as suas manifestações, não descuidando, não sendo possível afastar sua aplicação da vida intrauterina. Aliás, é característica das Constituições democráticas a inclusão de direitos e a interpretação favorável à justa tutela da vida.

Ademais, Gonçalves aponta ainda a proteção constitucional às gestantes, bem como os deveres familiares consagrados pela Carta Magna, dentre os quais figuram a proteção à criança e ao adolescente:

A Constituição da República assegura, no artigo 5.º, caput, dentre outros direitos, o direito à vida, que é considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais. Assim, ao se falar em vida, quer-se protegê-la de forma plena, inclusive a vida uterina.

⁷⁹ NEVES, José Roberto de Castro Neves – **Uma introdução ao Direito Civil**. p. 56

Ademais, a Carta Magna assegura, em seu artigo 201, inciso II, proteção especial às gestantes, e mais adiante, no artigo 227, trata dos deveres familiares, da sociedade e do Estado ao estabelecer diversos direitos à criança e ao adolescente⁸⁰.

Vale ressaltar que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art.4º, item 1, determina 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”.⁸¹

É importante lembrar ainda que os tratados que versam sobre direitos humanos assinados pelo Brasil podem desfrutar, a depender de certos critérios, quer do *status* de norma constitucional (equivalente a uma emenda), quer do *status* de norma supralegal (superior à lei ordinária, embora inferior à Constituição), sendo este o caso da convenção acima mencionada. Esse dado terá implicações de suma relevância para o tema ora debatido, como se verá adiante.

No âmbito do Direito Civil, é ainda mais amplo o rol de dispositivos que protegem o nascituro, tanto em seus direitos de personalidade, quanto no que se refere a seus direitos patrimoniais. Inserido neste rol, apresenta-se o art. 542 do Código Civil, que estabelece o direito de o nascituro receber doações. Diz o texto do artigo em comento que “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”⁸².

Sobre o dispositivo em análise, afirma Tavares Silva:

É possível a doação feita ao nascituro (o *infans conceptus*, cujo nascimento se aguarda como fato futuro certo), visto que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art. 2º, segunda parte, do CC de 2002). O contrato de doação tem a sua validade, desde que já concebido o donatário ao tempo em que é estabelecida a liberalidade e não do momento em que se dá a aceitação, segundo doutrina João Luís Alves. Trata-se de doação sob condição suspensiva: caducará a doação, se o nascituro for natimorto, ou seja, dado à luz sem vida, o que há de se distinguir do feto que, nascido não viável, de vida efêmera, morre imediatamente após o nascimento. Pelo ato instantâneo e fugaz de vida obtém direitos, tornando-se definitiva a doação⁸³.

⁸⁰ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro**, p. 92-3.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969, art. 4º, n.º 1.

⁸² BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. [Em linha].

⁸³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.) – **Código Civil Comentado**. p. 587.

No mesmo passo, a norma do art. 1.779 do mesmo diploma, segundo o qual “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”⁸⁴.

A nomeação de curador, segundo Silva⁸⁵ pode ser comparada à “curadoria do ventre”, instituto do Direito Romano que tem por objetivo a proteção dos direitos do nascituro quando for falecido o pai, e estiver a mãe (a mulher grávida) destituída do poder familiar, inclusive nos casos em que for interdita (hipótese em que o curador do nascituro será o mesmo da mãe). Sustenta ainda que tal norma resguarda não apenas os direitos patrimoniais da criança não nascida (como o recebimento de bens por doação ou sucessão), mas engloba o dever mais amplo de zelar pelo seu nascimento com vida e com saúde.

O art. 1.798 da Lei Civil prevê a possibilidade de o nascituro ser chamado à sucessão e ser contemplado em testamento, estabelecendo que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”⁸⁶.

Anderson Schreiber afirma que a capacidade sucessória conferida ao herdeiro que está por nascer não é suficiente para caracterizar adequação ao concepcionismo. Para o autor, a personalidade civil tem início no nascimento com vida, mas a lei tem ênfase protetiva àquele:

O que ocorre simplesmente é que a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º) e é, nesse contexto que o art. 1798 do Código Civil reconhece aptidão sucessória às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. A sucessão do nascituro enseja um “estado de pendência da delação, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. Se nascer com vida, o nascituro, já então pessoa, recebe a herança com todos os seus frutos e rendimentos. Se natimorto, considera-se como se nunca tivesse existido”⁸⁷.

Tavares Silva assume ainda pontual posição perante a doutrina pátria, sustentando que mesmo embriões gerados por meio de fertilização *in vitro* e *crioconservados* (ou seja, embriões excedentários) estão cobertos por esta norma, já que, sendo concebidos à época da morte do hereditando, são também herdeiros e devem ter direito à herança depois de nascidos, sob pena de violação do princípio constitucional de igualdade entre os filhos:

Mas temos de considerar os progressos e avanços da engenharia genética, e há a grave questão da procriação medicamente assistida. Na fertilização *in vitro*, pode haver embriões excedentários, que ficam crioconservados. O art. 1.597, II, presume

⁸⁴ BRASIL. **Código Civil**.

⁸⁵ SILVA, R. B. T. – **Código Civil Comentado**. p. 1998-9

⁸⁶ BRASIL, **Código Civil**.

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson – **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. p. 1533

que foram concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo (!), quando se tratar de em-briões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. O embrião é um ente humano; já houve a fusão dos gametas masculino e feminino, tratando-se de um ser já concebido. Só depende que alguém o liberte da prisão gelada, e que seja implantado no útero, para se desenvolver e nascer, não carecendo de mais nada para tornar-se uma pessoa. O embrião, enfim, não é uma coisa, um objeto, um vegetal, um extraterrestre; é um de nós.

Não tenho dúvida de garantir que, mesmo depois da morte do pai, vindo o embrião a ser implantado e havendo termo na gravidez, o nascimento com vida, e consequente aquisição da personalidade, este filho posterior é herdeiro, porque estava concebido quando o genitor faleceu, e dado o princípio da igualdade entre os filhos (CF, art. 227, § 6º)⁸⁸.

Trata-se, seguramente, de posição tão ousada quanto polêmica, que está longe de encontrar unanimidade entre doutrinadores e julgadores. Se o *status* jurídico do nascituro gerado em condições naturais já suscita polêmicas, muito mais complicado é o caso dos embriões gerados *in vitro*.

O artigo 1.609 do Código Civil situa-se no capítulo que dispõe sobre o reconhecimento dos filhos, especificamente daqueles havidos fora do casamento, o que ocorre de maneira irrevogável, contudo, merece destaque o parágrafo único do dispositivo, que contempla a possibilidade de tal reconhecimento se dar antes do nascimento.

Cuida-se, como dito, de ato irrevogável, personalíssimo e com eficácia *erga omnes* e mais abrangente que a regra estabelecida no art. 26⁸⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁰. Deve-se consignar ainda, nos termos da Lei 8.650/92, no artigo primeiro, que o reconhecimento pode ocorrer por instrumento particular.⁹¹

Ultrapassando a competência do âmbito do Direito Civil, encontra-se na esfera penal a proteção à vida do nascituro por meio da tipificação do crime de aborto em suas diversas modalidades. Quis o legislador subdividir a conduta delitiva em causa em três tipos penais distintos, todos eles relacionados à interrupção da gravidez com o *animus* de suprimir a vida do nascituro.

Não cabe ao presente estudo fazer uma análise detalhada do crime de aborto em suas diversas modalidades, análise esta que, por si só, mereceria um estudo à parte de mesmas

⁸⁸ SILVA, R. B. T. – **Código Civil Comentado**. p. 1999.

⁸⁹ Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

⁹⁰ BRASIL, Lei n.º 8069, de 13/07/1990.

⁹¹ SCHEREIBER, Anderson – **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. p. 1227.

dimensões. Importa tão somente demonstrar que os referidos tipos penais existem com o objetivo precípua de tutelar o bem jurídico que corresponde à vida do nascituro, motivo pelo qual se inserem no rol dos dispositivos legais presentes no ordenamento brasileiro que protegem os direitos dos não nascidos, cujas digressões virão em capítulo próprio.

Além de desfrutar da proteção consagrada na Constituição Federal e nos Códigos Civil e Penal, o nascituro também é objeto de proteção perante a Lei nº 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta lei, considerada um verdadeiro marco na proteção da cidadania dos jovens brasileiros, estende essa proteção inclusive ao jovem ser humano em formação no útero da mãe.

Assim é que, conforme apontado outrora, procede ao art. 7º do diploma legal em comento, garantir a proteção à vida e à saúde da criança e do adolescente, garantindo o seu *nascimento* e desenvolvimento sadio e digno. Diz o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”⁹².

Ademais, uma série de artigos presentes no Capítulo I do Estatuto, intitulado “Do Direito à Vida e à Saúde” (mesmo capítulo onde figura o art. 7º acima reproduzido), confere uma série de direitos à gestante, visando a garantir que a gravidez e o parto ocorram conforme o melhor interesse da criança que há de vir à luz⁹³. Difícil sustentar que tais dispositivos não visem à proteção do nascituro.

Segundo o disposto no artigo. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estes terão direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Complementando o dispositivo retro, o artigo 8º assegura à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal (18). Ou seja, assegura proteção não só a gestante, como também, a criança concebida

Ora, com esses dispositivos, dá-se para concluir que a prioridade [...], também se aplica ao nascituro, a quem estes artigos asseguram uma proteção ao seu desenvolvimento, assim não se pode desconsiderar o quão importante são esses dispositivos para assegurarem direitos as crianças desde sua concepção (grifo do autor)⁹⁴.

⁹² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. [Em linha].

⁹³ Idem. *Op. Cit*

⁹⁴ CONJUR. **O nascituro e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. [Em linha].

Digno de nota é ainda o art. 26 do mesmo *codex*, o qual preceitua teor que o Código Civil viria a repetir anos mais tarde, qual seja a possibilidade de reconhecimento da filiação estendida ao nascituro. Lê-se, no texto legal do citado dispositivo:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes⁹⁵.

Pereira⁹⁶ registra que há discussão doutrinária acerca da possibilidade de adoção do nascituro, já que nenhum diploma legal brasileiro — com destaque para o ECA e o Código Civil — se pronuncia expressamente a respeito. Haveria, então, duas correntes divergentes, sendo que a primeira delas nega tal possibilidade, com base na incerteza de um evento futuro como o nascimento; e outra que o afirma, sustentando que o direito à adoção é inerente ao próprio ser, como os direitos da personalidade que o nascituro já tem resguardados:

Tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem artigos que regulamentam a adoção de crianças e adolescentes, no entanto, não fazem menção a possibilidade de adoção do nascituro. O que deu margem ao surgimento de duas correntes doutrinárias.

A primeira corrente afirma não existir a possibilidade desse tipo de adoção, pois não há alusão no ordenamento jurídico da eventual adoção do nascituro. Afirmam, ademais, que a ninguém deveria ser facultado a possibilidade de realizar a adoção de quem ainda não nasceu, uma vez que não se sabe se haverá o nascimento com vida. E essa incerteza “contraria o princípio de segurança e estabilidade que deve presidir as relações que deixam marca no estado das pessoas”.

A segunda corrente combate os argumentos contrários à adoção com base em uma afirmação de cunho sociológico-sanitarista, no sentido de que a adoção é um direito inerente ao próprio ser, assemelhando-se aos direitos que o nascituro tem reconhecidos antes mesmo do nascimento⁹⁷.

Como observado anteriormente, a lei brasileira trouxe importante inovação no que toca aos direitos do nascituro. Trata-se de mudança paradigmática, vez que, pela primeira vez na história do Direito brasileiro, concedeu-se direito ao recebimento de alimentos por parte do

⁹⁵ BRASIL. **Código Civil** (2002). Art. 26.

⁹⁶ PEREIRA, A. H. – **O Direito Fundamental do Nascituro em Receber Alimentos à Luz da Lei nº 11.804/08**.

⁹⁷ PEREIRA, A. H. – **O Direito Fundamental do Nascituro em Receber Alimentos à Luz da Lei nº 11.804/08**.

ser não-nascido, ainda no decurso da gravidez. Está-se a se referir aqui à Lei nº 11.804/2008, a “Lei dos Alimentos Gravídicos”.

Este diploma legal tem por objetivo garantir a gestante o recebimento de alimentos, como forma de promover uma gestação saudável e de qualidade para a criança que há de nascer. Assim, determina o seu art. 1º: “Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”⁹⁸.

O art. 2º do diploma em causa define quais serão as obrigações alimentares a que se refere, correspondendo elas à cobertura de todas as despesas referentes ao período da gravidez, indo da concepção ao parto, e incluindo não apenas gêneros alimentícios, como também despesas com assistência médica e psicológica, medicamentos, exames, e assim por diante. Destarte:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes⁹⁹.

A aludida norma reporta-se às obrigações alimentares por parte do futuro pai da criança, sem prejuízo da responsabilidade material que compete à própria mulher grávida, pois ambos possuem o dever de cuidado com o nascituro, devendo exercê-lo na medida de suas respectivas possibilidades. Assim, determina o parágrafo único do mesmo art. 2º: “Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”¹⁰⁰.

Ponto polêmico da Lei nº 11.804/2008 é o preceito contido no seu art. 6º: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”¹⁰¹.

Isso significa que, mesmo diante da incerteza quanto à paternidade, se o juiz chegar ao convencimento de que há indícios suficientes de sua existência, poderá determinar o dever de alimentar por parte do suposto pai.

⁹⁸ BRASIL. **Lei n.º 11.804**, de 5 de novembro de 2008.

⁹⁹ BRASIL. **Lei n.º 11.804**, de 5 de novembro de 2008 (Art. 2º).

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei n.º 11.804**, de 5 de novembro de 2008. (Art. 2º).

¹⁰¹ BRASIL. **Lei n.º 11.804**, de 5 de novembro de 2008. (Art. 6º)

Os alimentos gravídicos recebem esse nome quando se referem à obrigação alimentar devida ao nascituro. Entretanto, esta não cessa após o nascimento. Por força do parágrafo único do mesmo art. 6º, os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia em favor do menor recém-nascido, ficando, porém, sujeitos à revisão mediante solicitação de uma das partes¹⁰².

Trata-se de um diploma legal que visa a proteger o melhor interesse do nascituro, garantindo que o seu desenvolvimento intrauterino transcorra de forma saudável e bem assistida, por meio da devida assistência material prestada à mulher gestante. Embora seja ela a beneficiária direta dos alimentos, o principal destinatário da proteção legal é o ser em formação no ventre da mãe, que a lei objetiva afastar das hipóteses de abandono material e negligência por parte de seu alegado pai biológico.

Este estudo não objetiva analisar todos os pormenores da referida lei, tampouco os seus pontos polêmicos, que não são poucos, mas tão somente comentar os seus principais aspectos, demonstrando o seu inequívoco objetivo de proteger os interesses do nascituro, o que fora feito de forma suficiente nestas linhas.

Por fim, cumpre analisar o art. 2º do Código Civil Brasileiro, justamente aquele reputado como sendo o mais relevante, em termos de definição do *status* do nascituro perante o ordenamento jurídico pátrio. Nunca é demais repetir o preceito contido em tal dispositivo, segundo o qual “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”¹⁰³.

Conforme já se observou, o novel dispositivo se limitou a repetir mesmo preceito do código anterior, apenas substituindo o vocábulo “homem” por “pessoa”. Ao que parece, preocupou-se o legislador em dar contornos à não discriminação de gênero, perdeu a oportunidade de sanar definitivamente tema tão aflitivo.

O novo já nasce velho! Código Civil de 2002 tem suas origens num anteprojeto composto por uma comissão formada em 1967, tendo sido enviado Congresso ainda em 1972, lá permanecendo em inércia, por pela desídia do parlamento, ou mesmo em razão dos novos debates que se apresentavam. Fato é que nada justifica sua promulgação somente nos anos 2.000.

Poder-se-ia dizer, portanto, que o então Novo Código Civil de 2002 veio à luz sem tenacidade, fruto de muitas emendas representativas das mudanças de valores surgidos após o anteprojeto. Não é crível tenha passado despercebida pelo legislador a necessidade de revisar

¹⁰² BRASIL. **Lei n.º 11.804**, de 5 de novembro de 2008, (Art. 2.º).

¹⁰³ BRASIL. **Código Civil** (2002).

a redação do preceito legal estampado no art. 2º pondo termo às ambiguidades presente no Código Beviláqua.

A diversidade de posicionamentos se justifica, pois o comando contido no citado art. 2º do CC/2002 não esgota toda a situação jurídica do nascituro perante o Direito brasileiro. De fato, há muitos outros dispositivos que regulam a matéria, no próprio Código Civil, em outras leis ordinárias e na própria Constituição, como já se pôde analisar acima, ficando patente que a situação jurídica do nascituro não se pode resolver de forma tão simplista, permanecendo-se na dependência da atuação dos tribunais e na vasta produção doutrinária.

Cabe analisar, pois, as principais correntes doutrinárias que contendem a respeito do tema, o que se fará a seguir.

2.2 Teorias sobre o Início da Personalidade

Uma breve análise do ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à situação jurídica do nascituro — mormente no âmbito do Direito Privado —, é o suficiente para que se perceba quão ambígua é a posição da lei brasileira quanto ao tema em questão. Com efeito, a mera leitura dos textos legais não parece ser o bastante para dissipar toda e qualquer dúvida nesse quesito.

Alguns autores, socorrendo-se da leitura do art. 2º do Código Civil, já reproduzido e analisado em momento anterior, concluem precipitadamente que não cabe discussão quanto à condição do nascituro perante a lei pátria: se o referido dispositivo legal diz textualmente que o início da personalidade se dá mediante o nascimento com vida, que outro questionamento poderia ter lugar nessa matéria?

Entretanto, conforme vislumbrado alhures, a questão está longe de ser resolvida de forma tão simplista. Tanto é assim que, desde que o Brasil possui uma codificação civil, a controvérsia existe e permanece. Era assim no Código Civil de 1916, e continua a sê-lo na vigência do atual Código, o de 2002, uma vez que o legislador, como dito, perdeu excelente oportunidade de desfazer equívocos e dissolver ambiguidades, ao optar por redação quase idêntica à da lei anterior. Bastaria uma redação diferente, que contemplasse os pontos controversos da matéria, e o problema estaria solucionado.

Não foi o que aconteceu. Continuam vivas e ativas as mesmas correntes doutrinárias que, desde o início do século XX, contendem acerca do começo da personalidade jurídica, assim como da situação jurídica do nascituro. Todas elas serão analisadas adiante.

São três os posicionamentos acerca do *status* legal do nascituro, conforme tais teorias: (a) a primeira sustenta que a personalidade se inicia já na concepção, de modo que, conforme tal entendimento, o nascituro é pessoa; (b) a segunda defende que a personalidade só tem início no nascimento com vida, em adesão ao texto legal em sua literalidade; (c) a terceira entende que a personalidade no nascituro é condicional, só se perfazendo após o nascimento.

É chamada de *teoria natalista* aquela pela qual o nascituro não desfruta da condição de pessoa, pois, conforme a letra da lei, só o nascimento com vida tem o condão de iniciar a personalidade jurídica. É esta a posição de muitos civilistas clássicos, mas também de vários contemporâneos. Para estes, não há que se falar em direitos, mas tão-somente em *expectativa de direitos*, em se tratando do nascituro.

A exemplo, observa-se que esta parece ser a posição assumida pelo doutrinador contemporâneo Fábio Ulhoa Coelho, o qual afirma categoricamente, a respeito do nascituro:

Enquanto alojado no útero da mãe, o sujeito de direito é chamado de nascituro e não tem personalidade jurídica. É um sujeito despersonalizado. Só pode praticar os atos para os quais haja expressa previsão legal, como, por exemplo, receber bens em doação (CC, art. 542). Seu estatuto jurídico altera-se substancialmente quando, decorridos cerca de nove meses, o processo de formação de um animal biologicamente independente expulsa o ser humano do aconchego do útero materno. Se, nesse momento, nascer com vida (respirar), o sujeito adquire personalidade jurídica, isto é, torna-se uma pessoa para o direito¹⁰⁴.

Esta é, pois, a posição clássica entre os civilistas brasileiros: até nascer, o ser que habita o ventre materno é desprovido de personalidade. Adquiri-la-á, no entanto, tão logo nasça com vida, evento este que mudará radicalmente o seu estatuto jurídico, inserindo-a no rol das pessoas, conforme o Direito.

De acordo com a lição de Flávio Tartuce, entretanto:

A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos¹⁰⁵.

Como fora observado, os adeptos da corrente natalista se atêm à letra da lei, fazendo dela interpretação literal e algo simplificada, concluindo daí que o nascituro é desprovido de personalidade, sem mais considerações. Entretanto, o que seria o nascituro, já que não se trata de uma pessoa, de acordo com a teoria em comento?

Tartuce¹⁰⁶ constata essa lacuna na teoria natalista, observando ainda que, se o nascituro não puder ser considerado pessoa, tampouco poderá ser tratado como *coisa* pelo Direito. Entretanto, observa ainda o autor que a teoria natalista, na prática, nega ao nascituro o reconhecimento mesmo de seus direitos fundamentais, tal como o direito à vida, nome, imagem etc. Em contraposição a isso, porém, há um sem-número de dispositivos, dentro e fora da legislação civil, reconhecendo tais direitos ao nascituro. Este é um dos principais motivos pelos quais a teoria natalista é de difícil sustentação, o que será analisado de forma mais profunda adiante.

A *teoria da personalidade condicional*, no entendimento de alguns doutrinadores, não é senão um desdobramento da teoria natalista, acima analisada, motivo pelo qual será comentada em momento subsequente à última corrente.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil**: p. 331.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense, p. 549.

¹⁰⁶ Idem. **Op cit.**

Para esta teoria, o nascituro é pessoa condicional, o que significa dizer que a aquisição perfeita da personalidade estaria submetida a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. Eis a definição apresentada por Tartuce¹⁰⁷ da teoria ora em estudo:

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves traz definição bastante semelhante à anterior, expondo ainda os motivos pelos quais entende ser a teoria em causa tão somente um desdobramento da natalista. Assim, afirma, que a teoria da personalidade condicional:

[...] sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida [...] ¹⁰⁸.

O art. 130 do Código Civil, a que fez alusão Flávio Tartuce na citação acima reproduzida, é dispositivo constante na lei civil que permite aos titulares de direito eventual, a exemplo do nascituro, em havendo condição suspensiva ou resolutiva, praticar atos que o possam conservar. É precisamente este o dispositivo que serve de fundamento às teses dos defensores de tal teoria. A esse respeito, comenta Gonçalves:

O art. 130 do Código Civil permite ao titular de direito eventual, como o nascituro, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, o exercício de atos destinados a conservá-lo, como, por exemplo, requerer, representado pela mãe, a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, estando a mulher grávida e não havendo outros descendentes, para se aguardar o nascimento; ou, ainda, propor medidas acautelatórias, em caso de dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados em testamento ¹⁰⁹.

Tartuce¹¹⁰ registra que essa teoria encontra abrigo entre muitos doutrinadores contemporâneos, citando Washington de Barros Monteiro e Miguel Maria de Serpa Lopes.

¹⁰⁷ TARTUCE, F. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. p. 552-3.

¹⁰⁸ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 92.

¹⁰⁹ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 93.

¹¹⁰ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 93

Recorda ainda que, para alguns, Clóvis Beviláqua poderia estar entre os defensores desse entendimento, vez que o seu código trazia a disposição pela qual são resguardados desde a concepção os direitos do nascituro, malgrado o início da personalidade se dê com o nascimento com vida. O autor, contudo, refuta tal possibilidade, afirmando que o próprio Beviláqua declarou ser mais lógico afirmar a personalidade do nascituro do que negá-la.

Contudo, assume postura crítica em relação à teoria da personalidade condicional, pois, no seu entendimento, ela coloca de lado toda a problemática referente aos direitos pessoais do nascituro, detendo-se quase que exclusivamente nas questões de direito patrimonial.

Argumenta o autor que tal posição seria indefensável, uma vez que os direitos da personalidade, ou bem existem, ou não. Não há que se falar, segundo o autor, em direito pessoal sujeito a condição, termo ou encargo. Em suma, a teoria da personalidade condicional não concebe senão expectativa de direitos ao nascituro, nos moldes da natalista:

O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos¹¹¹.

Conclui seu raciocínio afirmando, à semelhança do que faz Gonçalves, a indistinção entre esta teoria e a natalista, pois ambas subordinam a existência da personalidade, ao final, à condição de que o nascituro nasça com vida:

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do Direito Civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer¹¹².

A terceira, e última das teorias a serem analisadas, é precisamente a que situa o começo da personalidade na concepção, motivo pelo qual é conhecida entre os doutrinadores como *teoria concepcionista*.

Conforme já se teve ocasião de analisar, o ordenamento jurídico brasileiro é rico em dispositivos que protegem uma série de direitos conferidos ao nascituro, dentro e fora da seara

¹¹¹ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 554-5.

¹¹² GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 555.

do Direito Privado. Com base nessa realidade, e lastreados na concepção — mui acertada, diga-se de passagem — segundo a qual o ordenamento jurídico é um todo coeso, muitos autores entendem que, muito embora o Código Civil pareça à primeira vista abraçar a teoria natalista, em verdade o ordenamento brasileiro, analisado de forma sistêmica, acolhe a tese pela qual a personalidade tem início na concepção.

Essa situação deu origem a uma divergência doutrinária em torno do início da personalidade, surgindo então a teoria concepcionista, sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente¹¹³.

Conforme já exposto, o que define a teoria concepcionista é o fato de ela sustentar que a personalidade tem início desde a concepção, ponto a partir do qual o nascituro já é detentor de direitos, tanto pessoais quanto patrimoniais, desfrutando plenamente da condição de pessoa.

Vale a indicação feita por Tartuce a respeito do substancial, mas não taxativo, rol de doutrinadores brasileiros que adotam a teoria assentada na concepção, no passado e na contemporaneidade:

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz¹¹⁴.

Os concepcionistas se apoiam na ideia pela qual o nascituro, sendo sujeito de direitos, deve necessariamente ser considerado pessoa, vez que não há e nem poderia haver direito ou *status* sem um sujeito, bastando ser reconhecido ao nascituro um único direito para que seja forçoso reconhecê-lo como pessoa. Também não faria sentido falar-se em “personalidade parcial”, pois esta só pode existir ou não existir, nunca podendo existir pela metade (como propõem os que advogam a teoria da personalidade condicional).

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

¹¹³ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 93.

¹¹⁴ TARTUCE, F. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. p. 556.

sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados. Não há meia personalidade ou personalidade parcial. 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 existe¹¹⁵.

Maria Helena Diniz¹¹⁶, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material. A personalidade jurídica formal é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção, enquanto a personalidade jurídica material mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida.

A autora explica que a personalidade jurídica se subdivide em formal e material. A primeira guarda relação com os direitos da personalidade, que o nascituro já possui indubitavelmente desde que fora concebido; a segunda se relaciona com os direitos patrimoniais, que o nascituro adquirirá no instante em que nascer com vida.

Assim, nas palavras da própria autora:

O embrião, ou o nascituro, têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido¹¹⁷.

Chinelato e Almeida¹¹⁸, rebatendo a tese da personalidade condicional leciona:

[...] a personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Gonçalves¹¹⁹ observa que os tribunais superiores não adotam um posicionamento unânime acerca dessa questão, ora inclinando-se à tese natalista, ora acolhendo a tese

¹¹⁵ CHINELATO apud GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 94

¹¹⁶ TARTUCE, F. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. p. 558-9.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. p. 149-50.

¹¹⁸ CHINELATO apud GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral**. p. 94

concepcionista. Em momento oportuno será analisada, ainda neste estudo, a jurisprudência de tais tribunais, a fim de sustentar o posicionamento aqui esposado.

Este estudo, escudado nos argumentos acima expostos, assume posição favorável à teoria concepcionista, pelos mesmos motivos já aludidos: é extenso o rol de direitos concedidos ao nascituro no ordenamento jurídico pátrio – inclusive na esfera do direito penal, sendo assaz difícil reconhecê-lo como sujeito de direitos e, ao mesmo tempo, negar-lhe o *status* de pessoa. Entretanto, tais ideias serão desenvolvidas com maior riqueza de detalhes mais adiante.

Com esteio na doutrina de Lopes de Oliveira, acrescenta-se:

A lei não diz que põe a salvo a *expectativa de direito* do nascituro. Como é sabido, nas doutrinas nacional e estrangeira há uma concordância a respeito da inexistência de direitos sem sujeito. O que se admite em Direito é que o sujeito seja determinado, pelo menos *determinável*. É o caso, por exemplo, da promessa de recompensa, mas esse sujeito é determinável. Pois bem, se não reconhecemos personalidade ao nascituro, com pressuposto de capacidade de direito, como afirmar que ele possui *direitos* que devem ser postos a salvo pela lei?¹²⁰

Preciso o arremate de Chinelato e Almeida¹²¹ em defesa da tese concepcionista, segundo os quais à luz da utilização “dos métodos lógico e sistemático de interpretação, entendemos que o art. 4º (atual art. 2º) em tela consagra a teoria concepcionista e não a natalista. O nascituro é pessoa desde a concepção.”

De fato, uma interpretação inclusiva de direitos da norma estatuída no art. 2º do Código Civil, com foco no respeito à dignidade da pessoa humana, deve começar pelo respeito ao direito à uma vida digna, e justamente por isso Pontes de Miranda, com a clareza que lhe peculiar, afirmava que

A obrigação alimentar pode começar antes de nascer, pois existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior se acaso se recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências da pediatria.¹²²

2.3 O Nascituro perante o ordenamento Jurídico Português

¹¹⁹ GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro**, p. 94

¹²⁰ OLIVEIRA, J.M. Lopes de – **Curso de Direito Civil**, vol. 1 – Parte Geral. p. 55

¹²¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e – **Tutela Jurídica do Nascituro**. p. 349

¹²² MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado**. p. 298

À semelhança do que ocorre no Brasil, a situação jurídica do nascituro perante o ordenamento Português é complexa e multifacetada, pois, de maneira análoga àquele, possui diversos dispositivos (e diplomas legais) regulando a matéria. Não se observa nos ordenamentos estudados um tratamento sistemático acerca do estatuto jurídico do ente humano não-nascido, devendo este tratamento ser depreendido da análise geral dos dispositivos que dispõem sobre o tema.

Também de forma semelhante ao ocorrido no Brasil não se pode vislumbrar que haja em Portugal uma lei ou dispositivo legal que esgote por completo a discussão a respeito da personalidade jurídica do nascituro. Existem, contudo, normas que podem eventualmente ser evocadas em apoio a esta ou aquela posição, quer favorável, quer contrária à ideia de que o não-nascido possa ser considerado uma pessoa aos olhos do Direito. Mais uma vez, entende-se, é a análise do tratamento global dado pelo ordenamento jurídico à questão que permitirá a obtenção de uma resposta mais sólida e segura, sem prejuízo de eventuais divergências.

Não obstante a falta de consenso doutrinário, inspiradora a doutrina de Diogo Campos Leite, alinhada com a ideia de que a vida e seus valores não são criados pelo direito, muito pelo contrário, é este que se presta à adequada proteção daqueles:

O ser humano é uma entidade pré-jurídica que impõe ao Direito, todo um conjunto de reivindicações, com reflexos em vários domínios, desde logo, o reconhecimento à sua personalidade jurídica. A personalidade jurídica não é constituída pelo ordenamento; este limita-se a reconhecê-la como um estatuto jurídico, um Direito inato que caracteriza toda a pessoa. É um atributo inerente à própria natureza do ser humano em sentido ontológico e o seu reconhecimento consubstancia o Direito do humano. [...] Deste modo, a tutela dos nascituros não coloca dúvidas: se existe personalidade jurídica desde a concepção, o embrião tem os mesmos direitos do já nascido, o que impõe o fim do instituo jurídico do nascimento.¹²³

Pode-se afirmar que a proteção ao nascituro começa já no texto constitucional. Fato é que a Carta Magna portuguesa, em seu artigo 24º, consagra a inviolabilidade da vida humana, sem fazer distinções de qualquer espécie. Pode-se ler no referido artigo: “A vida humana é inviolável”¹²⁴.

Cabe questionar se tal dispositivo aplica-se a qualquer forma de vida humana (incluindo-se a vida intrauterina), ou se tal dispositivo se limitaria a proteger a vida do ser humano nascido. Tal questionamento não é desprovido de sentido, pois, como se verá adiante,

¹²³ CAMPOS, Diogo Leite de – **O início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica**. In *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 1259.

¹²⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abril de 1976. [Em linha].

não há consenso na doutrina portuguesa acerca do ponto exato em que começa a existir a pessoa humana. Ademais, questão complexa é a exata extensão do direito à vida do nascituro em Portugal, ao menos até determinado ponto da gestação, considerando-se o alargamento dado pela lei às hipóteses de aborto legalizado nos últimos anos, tema que também merecerá uma abordagem mais detida nas próximas páginas.

Moreira¹²⁵ tenta responder a esta questão evocando o fato de que a vida do embrião é objeto de proteção de outros diplomas legais lusitanos, como é o caso da lei penal, que pune os crimes contra a vida intrauterina. A proteção à vida mencionada na carta constitucional portuguesa poderia perfeitamente, enfim, se aplicar ao nascituro, independentemente da necessidade de se enfrentar a discussão acerca da personalidade jurídica do ser intrauterino, pois a norma constitucional não determina que a vida em causa, para merecer proteção, deva necessariamente ser a vida de um ser provido de personalidade na forma da lei.

A controvérsia é plenamente compreensível, ora que os juristas, ao debaterem acerca do começo da personalidade jurídica do ser humano, costumam se socorrer do art. 66 do Código Civil português, o qual, com redação que guarda enorme semelhança com aquela do Código Civil brasileiro, mantém ambiguidade acerca da possibilidade de reconhecer-se ao nascituro o *status* jurídico de pessoa.

Com efeito, lê-se no art. 66º do Código Civil: “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”, acrescentando-se que “Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”¹²⁶.

Superficial leitura do art. 66º, sem maiores considerações, enseja a mesma conclusão precipitada a que chegam muitos juristas de renome, tanto no Brasil quanto em Portugal. Se a lei civil declara de forma inequívoca que a personalidade jurídica só é adquirida mediante o nascimento com vida, não caberia qualquer discussão a respeito: o nascimento com vida é o ponto a partir do qual o ser humano é pessoa.

Seu desfecho, contudo, não se mostra linear e de simples dedução, haja vista que o preceito contido neste dispositivo não tem o condão de esgotar todo o tratamento dado ao nascituro pela Lei portuguesa. O ordenamento jurídico deve ser pensado como um sistema, onde todas as partes se interconectam, de modo que um único dispositivo, retirado do seu contexto, não pode deter a palavra final sobre tão complexo tema.

¹²⁵ MOREIRA, Sónia – **O Direito (?) Constitucional à Vida do Embrião**. MOREIRA, Sónia - **O direito (?) constitucional à vida do embrião** in *Direito na Lusofonia*, vol. II, p. 178

¹²⁶ PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**.

Tanto é assim que, à maneira do ocorrido no Brasil, como já se analisou, também há em Portugal divergências doutrinárias acerca da personalidade do nascituro, a despeito do comando legal retro reproduzido. Há também em terras lusas — embora, talvez, não sejam assim comumente designados — os concepcionistas, os natalistas, e aqueles que defendem uma posição intermediária, subordinando a personalidade do nascituro à condição de nascer com vida.

A propósito, leciona Stela Barbas:

Com efeito, a personalidade jurídica não é *fabricada, construída, produzida* pela ordem normativa. A ordem normativa limita-se a reconhecer essa mesma personalidade como um direito nato que caracteriza, desde logo, toda e qualquer pessoa. A personalidade é um atributo inerente à própria natureza da pessoa e o seu reconhecimento consubstancia um direito do ser humano¹²⁷.

De acordo com Pais de Vasconcelos, o legislador luso cometera o mesmo equívoco que o legislador brasileiro de 1916 e 2002, sendo infeliz em sua escolha quanto à redação do artigo em comento; isto é, embora com redação própria, preservou a confusão entre a personalidade jurídica e capacidade de gozo de direitos. Assim, *in verbis*:

A redação do artigo 66º do Código Civil não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro de sua letra. [...] a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem. Por isso, o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica. Assim interpretado, o artigo 66º do Código Civil torna-se harmónico com os demais citados preceitos do mesmo Código. A personalidade jurídica das pessoas humanas tem início concomitantemente com o início da sua vida e existência enquanto pessoas¹²⁸.

O autor em comento ocupa-se ainda em determinar as consequências jurídicas decorrentes do nascimento do feto com ou sem vida. No primeiro caso (nascimento com vida), adquire capacidade de gozo de seus direitos, embora, enquanto menor, permaneça incapaz de exercê-la diretamente; no segundo caso (nascimento sem vida), é tido como jamais existente:

Se houver nascimento com vida [...], a sua capacidade de gozo torna-se genérica, com as limitações apenas da sua natureza humana e aquelas que a lei estabelece, e

¹²⁷ BARBAS, S. M. A. N. – **Direito do Genoma Humano**. p. 237.

¹²⁸ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 74.

fica numa situação de incapacidade de exercício geral, como menor. O nascimento traduz apenas o início da capacidade genérica de gozo.

Se não chegar a nascer com vida, o nascituro é tido pela lei (art. 66º, nº 2) como não tendo chegado a existir. A morte pré-natal não desencadeia a sucessão. Os direitos de personalidade extinguem-se com a extinção da personalidade. Os direitos patrimoniais e outros que seriam susceptíveis de sucessão são extintos retroactivamente¹²⁹.

Vasconcelos aponta, ainda, para o fato de ser debatido na doutrina portuguesa se o nascimento com vida poderia figurar como condição suspensiva ou resolutiva da personalidade jurídica do nascituro. No primeiro caso, toma-se como pressuposto que o nascituro não possui personalidade jurídica, mas, em sendo atribuídos bens a ele (ou mesmo ao *concepturo*), e em ocorrendo o nascimento com vida, reconhecer-se-ia a sua personalidade jurídica de forma retroativa, quer à data da aquisição (na primeira hipótese), ou à data da concepção (na segunda hipótese)¹³⁰.

No segundo caso, desenvolver-se-ia conforme exposto antes pelas palavras do próprio autor:

Ser-lhe-ia reconhecida a personalidade jurídica desde a concepção, e, em havendo a sua morte ainda no ventre materno, seria desconsiderada retroativamente a sua personalidade. Fica patente, portanto, que o autor se filia a essa segunda corrente, afirmando o mesmo que uma solução jurídica para o problema tal como aquela apresentada pelo formalismo positivista implica em considerar os direitos do nascituro como “direitos sem sujeito”, o que seria uma contradição nos próprios termos¹³¹.

No entanto, conforme se aludiu acima, a doutrina lusitana se divide quanto à situação jurídica do nascituro, de forma bastante semelhante ao que ocorre no Brasil, havendo quem se atenha à letra da lei civil, e também quem procure lhe dar uma interpretação mais sistemática.

Vasconcelos¹³² menciona uma série de autores que, fazendo interpretação literal do art. 66 do Código Civil, recusam ao nascituro o reconhecimento de sua personalidade jurídica: Pires de Lima, Antunes Varela, Mota Pinto, Castro Mendes, Galvão Telles, etc. Todos os autores citados adotam uma das três correntes para solucionar o *status* do nascituro, tais quais: (a) tese dos “direitos sem sujeito”; (b) tese da “expectativa de direito”; (c) ora a solução anteriormente aventada, isto é, do nascimento com vida como condição suspensiva a partir do

¹²⁹ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 82.

¹³⁰ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 82.

¹³¹ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 85.

¹³² PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 85.

qual seriam reconhecidos de forma retroativa dos direitos e a própria personalidade do nascituro.

O autor aponta que recentemente tem ganhado força a tese oposta, ou seja, aquela que admite o nascituro como pessoa jurídica. Dentre os que acolhem a tese, menciona Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, Capelo de Souza, Paulo Otero, Stela Barbas, entre outros.

Digno de aplausos, inclusive, é inovação do próprio Vasconcelos que, revendo entendimento anterior, assume posição favorável à tese concepcionista, argumentando que o ser concebido é uma realidade fática, cabendo ao Direito tão somente reconhecê-la¹³³.

Menezes Cordeiro¹³⁴ posiciona-se francamente a favor da personalidade jurídica do nascituro, igualmente sustentando que o nascimento pode funcionar como condição suspensiva, não da existência da personalidade em si, mas da capacidade de gozo do nascituro.

A capacidade das partes pode ser definida como a aptidão para que o indivíduo possa em seu próprio nome, adquirir direitos e contrair para si obrigações, esta peculiaridade que muitos doutrinadores chamam de capacidade de fato ou capacidade de exercício. Esta capacidade não pode ser confundida com a capacidade de direito ou de gozo, pois esta última se refere à personalidade jurídica do indivíduo, como aponta Galvão Telles:

“A capacidade de gozo consiste na susceptibilidade de direitos e obrigações ou, por outras palavras, na aptidão para ser sujeito activo ou passivo de relações jurídicas. Enquanto capacidade genérica, reportada indistintamente quaisquer relações, identifica-se como personalidade jurídica”¹³⁵

Por outro lado, se não há consenso doutrinário no que tange ao reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, dúvida não há quanto à proteção jurídica que se lhe deve prestar como se colhe dos ensinamentos de Mota Pinto:

[...] apesar de não terem ainda personalidade jurídica e, portanto, não serem sujeitos de direito (art. 66º, n.º 1) reconhece a nossa lei aos nascituros “direitos”, embora dependentes do seu nascimento completo e com vida (art. 66º, n.º 2), isto é, dispensa tutela jurídica à situação . Até o nascimento estamos diante da problemática dos *direitos sem sujeito*.¹³⁶

Não obstante, embora defendendo o nascimento, complementa:

Seja qual for a posição que se adopte quanto à respectiva construção jurídica – direitos sem sujeito, estados de vinculação ou retroacção da personalidade

¹³³ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 81

¹³⁴ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, p. 371.

¹³⁵ TELLES, Inocência Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**, p. 385-386.

¹³⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 203

(adquirida no momento do nascimento) ao momento da atribuição do direito -, é de se admitir a tutela jurídica do nascituro concebido, no que toca as lesões nele provocadas. Assim, a título de exemplo, um filho poderá pedir indemnização pelas deformações físicas ou psíquicas que sofreu ainda no ventre da mãe, causadas por um medicamento ou qualquer acidente.¹³⁷

O sistema de proteção ao nascituro, ainda dentro do âmbito da lei civil, não se exaure no dispositivo acima analisado. Há ainda muitas outras normas que consagram direitos, pessoais ou patrimoniais, ao ente não nascido. Um deles é o artigo 952 do mesmo Código Civil, o qual estatui o direito de o nascituro adquirir bens por doação, situação na qual o doador conserva para si o bem doado na qualidade de usufruto, até o nascimento com vida do donatário:

ARTIGO 952º

(Doações a nascituros)

1. Os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador.
2. Na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário¹³⁸.

Merece menção ainda o artigo 1.855º do mesmo diploma, o qual admite a perfilhação de nascituro, sendo o mesmo já concebido, e sendo identificada a mãe. Assim, diz o texto legal: “A perfilhação de nascituro só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe”¹³⁹.

Também é de interesse para o tema o disposto no art. 1.878º do diploma legal em tela, o qual trata do conteúdo do poder parental. O artigo estabelece deveres mútuos entre pais e filhos e, no que respeita àqueles, está incluído o dever de representar os últimos, “ainda que nascituros”. Eis o texto legal, *in verbis*:

ARTIGO 1878º

(Conteúdo do poder parental)

1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.
2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida¹⁴⁰.

¹³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 203

¹³⁸ PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**. Art. 952º

¹³⁹ PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**. Art. 1.855º.

¹⁴⁰ PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**. Art. 1.878º.

O artigo 2.033 estatui mais um direito patrimonial estendido ao nascituro, bem como ao concepturo: a capacidade sucessória. Vejamos:

ARTIGO 2033º

(Princípios gerais)

1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.
2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade:
 - a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão;
 - b) As pessoas colectivas e as sociedades¹⁴¹.

Perceba-se que no nº 2, alínea “a”, o legislador emprega a expressão “nascituros não concebidos”, o que, a rigor, mostra-se como uma atecnicidade, pois os não-concebidos não possuem existência material, de modo que não se confundem com os nascituros (seres já existentes), em período de desenvolvimento intrauterino.

O artigo 2.240 também versa sobre direitos patrimoniais, estendendo à herança deixada ao nascituro e ao concepturo as mesmas regras referentes à administração de herança presentes nos arts. 2237º a 2239º do mesmo Código Civil:

ARTIGO 2240º

(Administração da herança ou legado a favor de nascituro)

1. O disposto nos artigos 2237º a 2239º é aplicável à herança deixada a nascituro não concebido, filho de pessoa viva; mas a esta pessoa ou, se ela for incapaz, ao seu representante legal pertence a representação do nascituro em tudo o que não seja inerente à administração da herança ou do legado.
2. Se o herdeiro ou legatário estiver concebido, a administração da herança ou do legado compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido¹⁴².

Fora do diploma civil, porém, há uma série de normas e dispositivos que regulam direitos do nascituro. Menezes Cordeiro¹⁴³ apresenta uma relação algo extensa dos mesmos. Tem-se, por exemplo, o art. 132 do CRCiv, que regula o assento de perfilhação do nascituro, no qual deve constar a época provável da concepção, como também do parto.

No mesmo diploma, há ainda o art. 209, que regula o depósito do certificado médico de morte fetal com 22 semanas ou mais de gestação, prevendo ainda a necessidade de

¹⁴¹ PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**. Art. 2.033º.

¹⁴² PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**. Art. 2.240º.

¹⁴³ CORDEIRO, A. M. – **Tratado de Direito Civil**, v. 4, p. 366

elaboração de um auto, o qual deve conter diversos elementos que devem ser fornecidos à conservatória do registo civil¹⁴⁴.

O autor menciona também dois artigos da Lei n.º 4/84, de 5 de abril, os quais versam sobre a proteção à maternidade e à paternidade. O primeiro deles é o artigo 4.º/1, que impõe ao Estado o dever de “informar e divulgar conhecimentos úteis referentes aos direitos das mulheres grávidas, dos nascituros, das crianças e dos pais”¹⁴⁵. O outro dispositivo da lei que é de interesse para o tema é o artigo 8.º, o qual também impõe deveres ao Estado no que concerne à proteção “da maternidade, da paternidade, do nascituro e da criança, no domínio dos cuidados de saúde”¹⁴⁶.

Cumprir mencionar o artigo 57/1, alínea “c”, da Lei n.º 98, de 4 de setembro de 2009, prevê o dever de prestações “aos filhos, ainda que nascituros”¹⁴⁷, em ocorrendo eventual morte de beneficiários do regime geral da segurança social. Também é digno de menção o artigo 15-A do Regime de Proteção na Eventualidade de Encargos Familiares, constante no Decreto-Lei n.º 176/2003, posteriormente alterado por outros Decretos-Leis (de 2006 e 2010), que prevê abonos de família por motivo de nascituros medicamente comprovados¹⁴⁸.

O CT também trazia um dispositivo versando sobre direitos do nascituro, qual seja, o artigo 35/3 daquele diploma. Tal norma atribuía licença para a trabalhadora gestante, em situações de risco para ela ou para o nascituro. Posteriormente este dispositivo fora revogado pela Lei n.º 7/2009, mas, explica o autor, continuava em vigor ao tempo daquela publicação, aguardando a aprovação de novo regime de proteção social na parentalidade¹⁴⁹.

Por outro lado, há o tratamento dado ao direito à vida do nascituro por parte do Direito Penal, tema tema complexo e polêmico, vez que a proteção ali dispensada (que corresponde à tipificação dos crimes contra a vida intrauterina), também se relaciona com o direito ao aborto suscitando questionamentos sobre a real proteção de tal direito, o que será objeto de enfrentamento em momento oportuno.

¹⁴⁴ CORDEIRO, A. M. – **Tratado de Direito Civil**, v. 4. p. 366

¹⁴⁵ CORDEIRO, A. M. – **Tratado de Direito Civil**, v. 4. p. 367

¹⁴⁶ CORDEIRO, A. M. – **Tratado de Direito Civil**, v. 4. p. 367

¹⁴⁷ PORTUGAL. **Lei n.º 98**, de 12 de fevereiro de 2009. Regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, incluindo a reabilitação e reintegração profissionais, nos termos do artigo 284.º do Código do Trabalho. [Em linha].

¹⁴⁸ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 176**, de 2 de agosto de 2003. Institui o abono de família para crianças e jovens e define a protecção na eventualidade de encargos familiares no âmbito do subsistema de protecção familiar. [Em linha].

¹⁴⁹ CORDEIRO, A. M. – **Tratado de Direito Civil**, v. 4. p. 367

CAPÍTULO III

3. NASCITURO: PESSOA DOTADA DE TUTELA JURÍDICA?

3.1 Início da Vida Humana: A Contribuição da Bioética

O mundo contemporâneo vem trazendo à tona uma série de questões que desafiam o Direito. As transformações tecnológicas, as mudanças velozes nos costumes e modos de vida das sociedades, tais como as descobertas e inovações científicas; todos esses fenômenos fazem com que os valores e as visões de mundo dos atores sociais se transformem muito rapidamente, em ritmo que o mundo jurídico raramente consegue acompanhar *pari passu*.

Diz-se frequentemente que o Direito sempre anda a reboque das mudanças sociais e tecnológicas. As transformações acontecem, e o universo jurídico se esforça — sempre com algum atraso — para a elas se adequar. É natural, até mesmo necessário, que o mundo do Direito — sempre mais conservador — ande alguns passos atrás em relação ao ritmo de mudanças da sociedade. É preciso, porém, que o Direito nunca abandone o compromisso de refletir acerca da nova realidade que se impõe, e apresentar suas respostas à mesma.

Na seara dos direitos da personalidade, particularmente dos direitos do nascituro, isso é particularmente notório, especialmente nas últimas décadas. O mundo assistiu à emergência de inúmeras formas de reprodução artificial, impulsionadas por descobertas científicas as mais diversas: reprodução assistida, fecundação *in vitro*, a possibilidade de gestação em útero alheio, etc. Estes procedimentos passaram a introduzir uma série de relações e modos de interação que adentram o universo das normas jurídicas, e para os quais o Direito precisa dar respostas e soluções.

Mais uma vez, recorre-se ao magistério de Diogo Campos de Leite, que, revestido de fundamento filosófico, jurídico e social, deve servir de norte às percepções legais:

É inseparável a vida humana da personalidade jurídica. A separação apagaria a pessoa e os seus direitos. A condição ontológica da pessoa implica necessariamente uma dimensão jurídica, na medida em que quem é pessoa em sentido ontológico, é, também, pessoa do ponto de vista jurídico. *Ubi persona naturalis, ibi persona iuridica*. O ser humano é por excelência o protagonista da ordem jurídica tendo sempre algo seu a reivindicar em termos de Direito/justiça.¹⁵⁰

¹⁵⁰ O início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, III, p. 1259.

Sustenta, ademais, o autor que “Assente na biologia, na essência do home que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana – na concepção.”¹⁵¹

Mais complexa ainda se torna a questão quando se vislumbra outros desdobramentos, igualmente advindos dessa seara das técnicas de reprodução assistida, tais como: “qual o estatuto jurídico dos embriões não utilizados nesses procedimentos?” “Como se coloca o problema do direito à vida no caso desses seres, que sequer têm a expectativa de serem gerados e virem a nascer um dia?” “Desfrutam eles da condição de pessoa?” “Podem ser descartados, ou utilizados em experimentos científicos, como aqueles com células-tronco?”.

Mesmo não sendo objeto o principal objeto deste trabalho de investigação, mister salientar, que a tentativa de alargamento da tutela do nascituro é uma constante na doutrina portuguesa, como se percebe no magistério de Jorge Duarte Pinheiro, que sustenta a possibilidade do nascituro ser qualificado como sucessor legítimo e legitimário, ainda que por transferência *post mortem* de embriões:

[...] o princípio da não discriminação com base no nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA (cf., art. 13º, n.º 1, da CRP, e art. 3º da LPMA) é capaz de não legitimar uma interpretação restritiva que negue a qualidade de sucessível legal ao filho, resultante de uma implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. E o mesmo princípio pode até obstar uma interpretação declarativa do art. 2033º, n.º 1, adversa ao reconhecimento de direito sucessórios legais ao filho nascido por inseminação artificial *post mortem*, que é concebido após a abertura da sucessão.¹⁵²

Na mesma esteira Tiago Duarte, argumentando que nascituro se apresenta como herdeiro legal, independente do lapso temporal havido entre a abertura da sucessão e o nascimento.¹⁵³

As inovações tecnológicas e científicas mui frequentemente apresentam novos desafios para a ética. E o Direito, sendo uma ciência do “dever ser”, não pode se furtar a esses debates, haja vista que o Direito e ética são dois universos que se interpenetram — quando não e não se pode dizer que a última engloba o primeiro.

A bioética é um dos ramos do saber surgidos na contemporaneidade, e seu objetivo é precisamente indagar acerca desses problemas apresentados pelos estudos no campo da

¹⁵¹ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Personalidade**. p. 43.

¹⁵² PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito das sucessões contemporâneo**. p. 250

¹⁵³ DUARTE, Tiago – **“In vitro veritas?” A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. p. 114.

biologia e pelas técnicas que daí surgem. A bioética tem por objetivo, entre outras coisas, traçar uma linha entre o que seria admissível ou não, do ponto de vista da ética, no campo dos experimentos e técnicas oriundos da ciência biológica, principalmente quando dizem respeito à vida humana e põem em risco a sua dignidade.

Heloisa Helena Barboza apresenta uma conceituação bastante apropriada desse ramo do conhecimento que constitui a bioética. Nas palavras da mencionada autora, poder-se-ia dizer que, no que tange à definição e ao lugar da bioética:

(...) Sua concepção alargada passou a designar os problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências biológicas e médicas, problemas esses que atingiram seu auge no momento em que se começou a divulgar de modo amplo, certamente em proporção direta com o acelerado desenvolvimento dos meios de comunicação, o poder do homem interferir de forma eficaz nos processos de nascimento e morte, que até então apresentavam “momentos” ainda não “dominados”. Talvez essa possibilidade - de controle da vida -, mais do que qualquer outra, tenha despertado a humanidade para a necessidade de preservá-la, estabelecendo limites para o atuar do cientista¹⁵⁴.

Ainda segundo a autora, a bioética seria um ramo da filosofia moral, o qual tem por objeto precisamente as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes dos estudos em ciências biológicas¹⁵⁵. Esta se tornara um valioso ponto de referência para todos os temas que dizem respeito à vida humana e aos limites quanto ao poder de dela se dispor — os quais envolvem questões como a eutanásia, doação e transplante de órgãos e tecidos, pesquisas com o genoma humano, técnicas de reprodução assistida, experimentações envolvendo humanos, etc.¹⁵⁶. Pode-se perfeitamente incluir nesse rol os estudos envolvendo células-tronco embrionárias, a condição dos embriões armazenados em laboratórios, e os limites quanto ao direito ao exercício do aborto, por exemplo.

Flávio Tartuce faz interessante apontamento sobre a utilização de células-tronco para fins científicos e terapêuticos, como estatui o art. 5º da Lei 11.105/2005 (Biossegurança), ressaltando a inviabilidade dos embriões e obtemperando a difícil tarefa de concretizar um entendimento rígido a respeito tema tão dinâmico e controverso:

Destaque-se que, apesar da filiação à tese concepcionista, este autor é favorável à constitucionalidade do comando em análise. Primeiro porque a lei acaba trazendo uma presunção de morte do embrião, autorizando a utilização de suas células-tronco se eles formem inviáveis à reprodução. Segundo, porque a partir de uma ponderação

¹⁵⁴ BARBOZA, Heloisa Helena – **Princípios da Bioética e do Biodireito**. [Em linha]. p. 209-10.

¹⁵⁵ BARBOZA, H. H. – **Princípios da Bioética e do Biodireito**. p. 209-10.

¹⁵⁶ BARBOZA, H. H. – **Princípios da Bioética e do Biodireito**. p. 209-10.

de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à evolução científica devem prevalecer sobre os interesses individuais ou de determinados grupos, sobretudo religiosos. A utilização de células-tronco para fins de terapia representa uma chama de esperança para inúmeras pessoas que enfrentam doenças e problemas de saúde.¹⁵⁷

Em reflexão acerca da dimensão moral das práticas e técnicas oriundas das ciências biológicas, percebe-se que a adequação destas últimas a um sistema de valores — ou seja, a uma ética — demanda um referencial axiológico coletivo, sob pena de que as decisões éticas tomadas pela comunidade científica fiquem à mercê apenas da consciência individual, a qual não pode ser bem formada na ausência precisamente daquele referencial exterior.

Nas civilizações em geral, mormente nas sociedades mais complexas, a tarefa de estabelecer tal referencial coletivo de valores costuma caber ao Direito, este ramo do agir humano responsável por consubstanciar valores no formato de normas gerais, a serem observadas por cada pessoa. Esta tarefa, diz Barboza¹⁵⁸, não tem sido fácil de ser observada pelos juristas quando se trata dessas novas questões apresentadas pelos saberes e técnicas oriundos da biologia, visto que o rápido desenrolar dos acontecimentos nessa seara obriga o operador do Direito a engajar-se num esforço interpretativo para subsumir o ordenamento vigente às novas situações. Ou, poder-se-ia acrescentar, a criar novas normas que contemplem a nova realidade, talvez à custa dos atuais paradigmas vigentes no seio da ciência jurídica.

Surge, então, um novo ramo do Direito, cujo compromisso primordial é com a regulação das condutas humanas em face das inovações científicas no campo da biologia. A este novo ramo, deu-se o nome de Biodireito, o qual poderia ser apertadamente definido nos seguintes termos:

(...) Pode-se dizer, em um primeiro momento, que o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina¹⁵⁹.

É desafio do Biodireito (tendo por vela mestra a Bioética) pensar questões que se impõem à sociedade contemporânea, e que se relacionam diretamente com os novos procedimentos e conhecimentos trazidos pelas ciências biológicas, como os marcos inicial e final da vida humana, o estatuto jurídico do embrião, o direito à reprodução e ao aborto, etc.

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 133

¹⁵⁸ BARBOZA, H. H. – **Princípios da Bioética e do Biodireito**. p. 212

¹⁵⁹ Idem. *Op.Cit.*

Enfrentar essas questões pode implicar em ir além de princípios estruturais do Direito historicamente consagrados, como a indisponibilidade do corpo humano ou a fronteira precisa entre as pessoas e as coisas, como bem observa Barboza¹⁶⁰. Novas leis precisarão ser feitas, e será escolha do Biodireito fazê-las na forma de leis gerais ou casuísticas, consagrando grandes princípios ou não. Em todo caso, como aponta ainda a autora, as normas versando sobre matérias pertinentes à bioética deverão ter em conta as evoluções futuras da ciência e a elas se adaptar¹⁶¹.

Também esta é a posição de Catão¹⁶², que pugna por soluções no campo do biodireito que permitam a feitura de novas normas jurídicas maleáveis, sem o condão de obstar a pesquisa científica, mas, ao mesmo tempo, respeitando os princípios fundamentais:

Uma grave dificuldade que deve ser enfrentada pelo Biodireito refere-se à necessidade de elaborar um regramento maleável, de forma a não engessar o progresso científico, e que, ao mesmo tempo, se firme na proteção dos valores fundamentais já estabelecidos pela sociedade. Destaca-se, assim, o desempenho por parte do Biodireito da delicada tarefa de instituir normas e lidar com valores merecedores de proteção na sociedade, numa realidade cuja celeridade do desenvolver biocientífico ultrapassa o ritmo do ordenamento jurídico.

A autora ainda reconhece que as inovações no âmbito da biotecnologia impõem desafios ao Direito, pois muitos dos conceitos vigentes neste são incompatíveis, insuficientes ou inadequados para se pensar a realidade atual e as problemáticas introduzidas por esses ramos do conhecimento ligados aos estudos em biologia¹⁶³.

A solução que se tem adotado é a busca pela elaboração de legislações especiais, que deem conta das novas situações trazidas pela biotecnologia, normalmente orientadas por princípios próprios, mas, ao mesmo tempo, em harmonia com a ordem jurídica vigente¹⁶⁴. Este tem sido, pois, o campo de atuação deste ramo da ciência jurídica a que se convencionou chamar de biodireito: doutrina, jurisprudência e legislação especial se congregam em torno das problemáticas surgidas a partir dos novos conhecimentos e técnicas trazidos à tona pelas ciências biológicas.

¹⁶⁰ BARBOZA, H. H. – **Princípios da Bioética e do Biodireito**. p. 212

¹⁶¹ Idem. *Op. Cit.* p. 213

¹⁶² CATÃO, Nathália de Lima – **A Utilização de Células-Tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos**: a questão das sobras embrionárias e da clonagem terapêutica diante dos direitos fundamentais. [Em linha]. p. 211

¹⁶³ CATÃO, N. L. – **A Utilização de Células-Tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos**: a questão das sobras embrionárias e da clonagem terapêutica diante dos direitos fundamentais. p. 212

¹⁶⁴ Idem. *Op. Cit.*

No entanto, é forçoso admitir que soluções jurídicas para esses desafios apresentados pela biotecnologia demandam respostas prévias para dilemas cruciais, respostas estas que, possivelmente, a bioética pode fornecer, ou ao menos apontar as chaves para a sua obtenção.

Muitos dos problemas éticos gerados pelas transformações biotecnológicas em causa dizem respeito a situações em que procedimentos e intervenções dessa natureza se chocam com princípios jurídicos como a dignidade humana, o qual tem por axioma, por exemplo, a inviolabilidade da vida humana. Discussões acerca da eutanásia ou ortotanásia como sendo procedimentos moralmente aceitáveis ou não, por exemplo, necessariamente passam pela discussão acerca de qual o ponto exato onde termina a vida humana; da mesma forma, técnicas como a fertilização *in vitro* trazem consigo o problema dos embriões excedentários, bem como a discussão sobre a sua utilização em pesquisas com células-tronco, por exemplo, debates estes que pedem uma solução precisa para o problema do começo da vida humana.

Para os fins deste estudo, interessa sobretudo a resposta a esta última questão, vez que uma solução para o dilema ético correspondente à fixação do ponto exato onde começa a vida humana individual seria de grande valia para que o Direito obtivesse parâmetros mais sólidos para fixar o ponto onde começa a pessoa humana, a partir do qual ela se torna sujeito de direitos. Nesta tarefa, acredita-se que os posicionamentos da bioética podem ser de grande valia.

Miguel Kottow¹⁶⁵ apresenta uma série de visões a respeito do início da vida humana que encontram abrigo no terreno da bioética. Tais visões costumam utilizar, seja critérios biológicos (o ato da fecundação, o início da atividade neural, etc.), seja de outra ordem (relacionais, isto é, o início das interações entre o novo ser e o ambiente, por exemplo), a fim de tentar estabelecer um consenso acerca do ponto a partir do qual se tem nova vida humana individual. Como é de se esperar, os teóricos permanecem divididos quanto a quais desses critérios adotar.

O autor se empenha em apresentar essas visões uma a uma, sempre destacando os pontos controversos que cada uma delas traz consigo. Elas serão expostas aqui de forma algo resumida, sempre acompanhadas das críticas feitas pelo autor, a fim de que o debate se revele mais profícuo.

A primeira das visões aludidas corresponde àquela que o autor chama de “concepcional”, a qual nada mais é que a noção pela qual a nova vida humana se inicia com a fecundação. Normalmente parte-se do princípio de que a fecundação (ou seja, a concepção) se

¹⁶⁵ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?** Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. ISBN: 978-85-7541-540-5.

dá no ato da união entre os gametas masculino e feminino, processo que recebe o nome de singamia. A partir deste momento tem-se um novo ser, a princípio unicelular, dotado de carga genética própria e sendo, portanto, um novo indivíduo, ainda que potencialmente¹⁶⁶.

Dentre os inconvenientes dessa visão, o autor aponta as complicações oriundas do fato de se atribuir ao embrião um *status* moral equivalente ao da pessoa, com base nessa potencialidade que encerra, e que, segundo o mesmo, seria hipotética, vez que nunca se pode garantir que o embrião encontrará as condições necessárias para se desenvolver a ponto de se tornar uma pessoa humana com todos os atributos que a caracterizam. Outra dificuldade, diz Kottow, consiste em não se poder detectar o momento exato em que esse *status* de indivíduo humano começaria a vigorar, visto que, salvo nos casos de fertilização *in vitro*, nunca se sabe o que se passa no útero feminino até que a gravidez apresente sinais detectáveis¹⁶⁷.

A outra visão sobre o começo da vida humana que o autor apresenta é denominada por ele de “evolutiva”. Recebe este nome porque parte do entendimento de que a vida humana se inicia em algum ponto do seu processo de maturação. Observa o autor que muito comumente este ponto é fixado no décimo quarto dia de gestação, quando ocorre a implantação do embrião e sua viabilidade fica mais bem estabelecida. Kottow, contudo, chama a atenção para o fato de que esse marco inicial não é consenso, havendo quem o situe em etapas posteriores do desenvolvimento fetal (aparecimento da crista neural, a detecção de movimentos por parte do feto, ou mesmo o nascimento a termo, que completaria o processo natural de gestação)¹⁶⁸.

O autor aponta como inconveniente dessa visão o fato de que todos esses momentos são arbitrariamente escolhidos, não havendo um critério universal para estabelecê-lo, que encontre aceitação generalizada. Há inclusive quem situe esse momento na manifestação da racionalidade no indivíduo, critério que, se adotado, poderia trazer consigo sérios riscos, como a possibilidade de supressão da vida de um ente humano pré-racional, sob pretexto de que não se trataria ainda de uma pessoa humana¹⁶⁹.

Há duas outras visões apresentadas pelo autor que, muito embora difiram muito entre si, trazem ao menos um ponto em comum, o que, entende-se, é o suficiente para unir as duas: uma delas é a visão que chama de “social”, pela qual a pessoa humana é apenas um constructo social, não havendo essências nem atributos humanos dados; a outra é a que denomina de

¹⁶⁶ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**

¹⁶⁷ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**

¹⁶⁸ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**

¹⁶⁹ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**

“relacional”, pela qual o início da vida humana situa-se num ponto em que o novo ser pode ser reconhecido como tal e suscitar a empatia do outro. É comum que este momento se dê quando a mulher se descobre grávida e acolhe este novo ser em seu ventre, dando início à relação mãe/filho¹⁷⁰.

Nessas duas visões, como de resto na visão evolutiva, pouco ou nenhum papel desempenha a dimensão do ôntico — do ser em si — na determinação do começo da existência humana. Na visão relacional, por exemplo, a existência da pessoa ficaria atrelada a essa decisão da mãe de assumir compromisso com a geração do novo ser, momento esse que inauguraria a relação mãe/filho:

O modo relacional de entender o começo da vida não opina sobre a ontogênese, porque o momento do reconhecimento do novo ser não depende de suas características ônticas nem do momento evolutivo. A mulher que toma a decisão de favorecer a vida gera o novo ser através do estabelecimento da relação mãe/filho, sem se preocupar em saber se existe uma crista neural ou se o embrião atingiu ou não uma capacidade senciente. Nesse sentido, seu compromisso é eticamente puro e incondicional, não determinado pelo biológico, tal como o são os atos morais que se praticam sem que se pergunte pelas características do outro¹⁷¹.

Helena Pereira Melo, faz interessante cotejo entre as Ciências Biomédicas e o Direito e constante ponderação entre a vida humana e seus consectários legais:

As Ciências Biomédicas têm hoje o poder de criar a vida humana em laboratório, de determinar o momento em que o embrião deixará de poder originar dois ou mais indivíduos, de conhecer com rigor a sua constituição genética. Este domínio crescente sobre a vida humana traz consigo o risco de se tentar remeter para aquelas ciências a definição do conceito de dignidade humana. No entanto e como concluímos pela referência feita aos crimes contra a humanidade, a dignidade tem um significado ético e jurídico que não se limita aos dados biológicos disponíveis sobre a espécie humana.¹⁷²

Pelas visões evolutiva e social a dimensão ôntica do novo ser vivo é igualmente, se não mais gravemente, desconsiderada, de modo que sequer se pode perquirir acerca da natureza do ser que existia antes das etapas a partir das quais se tornaria uma pessoa:

A concepção evolucionista é cega para o substrato ôntico e vê apenas processos de mudança, sem considerar que o que se modifica é uma realidade ôntica. A

¹⁷⁰ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**

¹⁷¹ Idem. **Op. Cit**

¹⁷² MELO, Heloisa Pereira de – **Manual de Biodireito**. p. 211

valorização do processo comemora as etapas que configuram o ser, mas se esquece de ponderar que tipo de ser existia antes dessas etapas.

A perspectiva social leva essa miopia ôntica à sua expressão máxima, pois tudo o que a pessoa vem a ser é produto de influências externas. Ela menospreza o fato de que as circunstâncias se realizam sobre um ser que não é mera disposição e cujas características se modificarão, mas não serão criadas, desde o início, pela modulação social¹⁷³.

Ocorre, porém, que a dimensão ôntica do ser humano não pode ser desconsiderada em prol de outras dimensões, quando se pretende fixar o momento de seu surgimento como tal. A visão concepcional é, dentre as apresentadas, a única que parece ter em conta esta dimensão de forma satisfatória. No entanto o autor critica tal teoria alegando que esta desconsidera os processos de desenvolvimento por que passará o zigoto até se tornar uma pessoa adulta, quando então será radicalmente diferente daquilo que era enquanto embrião unicelular, pois aí apenas guardava as potencialidades do que viria a ser quando adulto:

O reconhecimento do início da existência de um ser humano tem uma dimensão temporal e uma dimensão ontológica. Fala-se da ontogênese como um conceito que inclui o ôntico – o ser em si – e a gênese ou devir desse ser. As diversas formas de encarar a formação do ser exibem, todas elas, uma deficiência de um desses aspectos. A visão concepcional ou essencialista simplesmente reconhece o aparecimento do ser desde o momento da concepção, sem levar suficientemente em conta que esse ser se modificará tão radicalmente, ao longo do tempo, que se torna difícil ver o zigoto como essencialmente isomorfo em uma pessoa adulta, como se todos os processos de desenvolvimento, maturação, diversificação e transformação não tivessem importância para determinar o ser¹⁷⁴.

É, contudo, precisamente por seu essencialismo que a visão concepcional parece ser a mais equilibrada, ou ao menos a que mais previne uma série de inconvenientes. Que segurança jurídica poderia haver se, por exemplo, o começo da pessoa humana for estabelecido a partir de visões como a social ou a relacional? Como subordinar a existência de nova pessoa humana a um evento tão subjetivo como o estabelecimento de uma relação de acolhimento e empatia entre mãe e filho? Ou, o que seria ainda pior, como determinar o ponto exato a partir do qual um ser estaria suficientemente enculturado, podendo a partir daí ser considerado pessoa?

¹⁷³ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?** p. 29-30.

¹⁷⁴ KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida *In*: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?** p. 29.

O modelo evolutivo poderia estabelecer critérios mais objetivos, como a ocorrência de um evento no campo dos fenômenos biológicos – o início da atividade neural ou simplesmente a nidação, por exemplo – para fixar o início da vida humana. Mas esse critério continua sem oferecer respostas satisfatórias para o problema acima apontado, qual seja, o *status* daquele ser que já existia antes de sobrevir o marco inicial arbitrariamente escolhido.

Como se vê, a bioética não possui respostas absolutas para o problema do início da vida humana. Compreende ainda a divisão de opiniões e posicionamentos, não havendo qualquer consenso quanto a critério absoluto que apoie a fixação do início da vida humana neste ou naquele ponto. Tudo que a bioética parece oferecer, entende-se, são parâmetros para a reflexão acerca do tratamento ético a ser dado à vida humana em todos os seus estágios, sendo questionável qualquer tendência a se adotar este ou aquele critério de forma indiscutível, para se delimitar a partir de onde (ou até onde) há que se falar em um ser humano sujeito de direitos.

Nunca é demais indicar que, ainda que houvesse consenso na comunidade científica em torno do tema, o Direito não estaria obrigado a ficar subordinado aos critérios admitidos pelas ciências biológicas para estabelecer o marco inicial da pessoa humana. Notadamente indica-se que existem vários debates em que o Direito, prescindindo de qualquer conhecimento ou técnica oriunda das ciências, estabelece normas segundo seus próprios critérios.

O Direito não está subordinado às ciências da natureza e seus critérios (embora possa adotá-los vez por outra), mas não pode prescindir da dimensão dos valores morais, de onde muitos de seus critérios proveem. Poder-se-ia dizer que ciência e ética não necessariamente andam unidas (embora disciplinas como a Bioética busquem unir as duas dimensões), mas o Direito e a moral não se podem separar.

Ademais, é de se questionar se outro modelo que não aquele que situa o início da vida na concepção se mostra satisfatório para responder a todas as situações a serem cobertas pelo Direito, sobretudo na atualidade, quando as técnicas de reprodução assistida tornam assaz complexa a situação do nascituro.

Melo, em proposições anteriores,¹⁷⁵ elenca uma série de argumentos que não só desmistificam as pretensões daqueles que buscam situar o início da vida humana em ponto diverso da concepção, como demonstram ser a posição concepcionista a mais consentânea

¹⁷⁵ MELO, Helena Pereira de – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** [Em linha]

com a situação do nascituro em geral, em especial quando se pensa no estatuto jurídico do embrião gerado *in vitro*.

Aponta a autora que há quem faça objeção ao reconhecimento do estatuto de pessoa ao embrião, apontando o fato de que, enquanto abrigado no ventre da mãe, este não possui individualidade. Embrião e mãe formam um todo, sendo a mãe a pessoa. Esta posição é particularmente conveniente para os defensores das práticas abortivas, pois, sendo o embrião parte da mãe, pode esta dispor de seu corpo como bem lhe aprouver, podendo a gravidez ser interrompida ao seu bel prazer. A autora demonstra a insuficiência de tal posição, pois o argumento a favor da falta de individualidade do embrião não se coaduna com as inovações científicas contemporâneas, nas quais o embrião gerado *in vitro*, desde sempre formado fora do ventre da mãe, põe por terra este posicionamento¹⁷⁶.

A autora também refuta, repetindo alguns argumentos apresentados por Kottow, aos quais já se aludiu acima, a tese de que o embrião não poderia ser pessoa, pois falta-lhe desenvolvimento psicofísico para tanto. O contra-argumento é precisamente o de que, se este raciocínio for levado ao extremo, seres humanos com desenvolvimento mental incompleto (ou reduzido por fatores supervenientes) também deixariam de desfrutar da condição de pessoa, o que seria considerado um disparate¹⁷⁷.

Contra o posicionamento relacional, pelo qual a personalidade do indivíduo se perfaz na medida em que entra em relação com o mundo social, primordialmente com os pais, a autora argumenta que, em verdade, é o posicionamento oposto que se impõe: é por ser pessoa que o ente humano merece tratamento digno e respeito aos seus direitos, pois tem valor intrínseco como tal. Admitir que o valor de um ser como pessoa esteja atrelado ao fato de ser socialmente aceito (no caso do nascituro, de ser fruto de uma gravidez desejada, por exemplo) é abrir portas para a supressão da vida dos mais vulneráveis, aqueles que a sociedade lamentavelmente tende a rejeitar, como os doentes, deficientes, idosos, e assim por diante¹⁷⁸.

Opõe-se ainda a autora à tese do embrião como “ser humano em potencial”, precisamente pela dificuldade em se determinar em que momento de seu desenvolvimento o indivíduo alcançaria a condição humana. Não há como se estabelecer fronteiras objetivas entre a humanização e o que ela não é, pois o ser humano é uma realidade em construção permanente¹⁷⁹.

¹⁷⁶ MELO, H. P. – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** p. 313-340

¹⁷⁷ MELO, H. P. – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** p. 313-340

¹⁷⁸ MELO, H. P. – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** p. 313-340

¹⁷⁹ MELO, H. P. – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** p. 313-340

Para a autora, o fato de ser o embrião — ainda que nas suas fases mais primitivas de ser unicelular, um indivíduo dotado de código genético próprio e singular (ou seja, uma identidade genética própria) — já é o suficiente para se lhe reconhecer o estatuto de pessoa humana. Ademais, argumenta que, em remanescendo mínima dúvida acerca da humanidade do embrião, deve-se, enquanto subsistir a dúvida, dar-lhe o tratamento de pessoa humana e respeitar os seus direitos como tais, sob pena de se incorrer em condutas moralmente ilícitas ao se atentar contra a sua dignidade¹⁸⁰.

A autora contrasta as concepções positivistas e jusnaturalista acerca da personalidade humana a fim de fundamentar seu posicionamento. Para o positivismo, o Direito se resume à lei, à vontade do Estado soberano, sem que se indague acerca da justiça deste ou daquele comando legal promanado da fonte estatal. Assim, para o positivismo jurídico, não seria impossível *a priori* que se decida por conferir personalidade jurídica a certos seres e recusá-la a outros, ao bel prazer do legislador, pois a personalidade jurídica não seria um atributo humano natural, mas uma criação da ordem jurídica¹⁸¹.

Esta solução, por óbvio, repugnaria as consciências contemporâneas, pois, assim como no passado já se admitiu que seres humanos fossem despojados de sua personalidade jurídica (caso dos escravos e de certos apenados, por exemplo), o que fere os valores atuais, não se poderia admitir que a lei arbitrariamente decidisse quem desfruta da condição de pessoa ou não, indo de encontro a uma realidade natural e moral tão evidente quanto a condição humana.

A concepção jusnaturalista, por seu turno, parte do pressuposto de que a personalidade jurídica é um atributo inato do ser humano, cabendo ao Direito tão-somente reconhecê-lo. Parte-se do dado de que o ser humano é uma realidade ontológica, e a partir daí se lhe reconhece o *status* de pessoa. Para o jusnaturalismo, o Direito existe para o homem, e não o contrário. Há direitos que são naturais, devendo o Direito se limitar a respeitá-los. É o que se dá com o reconhecimento da personalidade jurídica ao ente humano, o que, nas palavras da autora, vincula o Direito “a uma ética de cariz humanista e à intenção de justiça que nela se funda”¹⁸².

Arrematando, a autora assevera:

Não é, deste modo, possível concretizar apenas com base nos dados fornecidos pelas Ciências Biomédicas, a dignidade da pessoa absoluta e irreduzível da pessoa humana, em qualquer das fases do seu desenvolvimento biológico. Não é portanto

¹⁸⁰ MELO, H. P. – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** p. 332

¹⁸¹ Idem. *Op. Cit.* p. 332

¹⁸² Idem. *Op. Cit.* p. 332

possível demonstrar que o ser biológico humano possui, desde o seu início, dignidade de pessoa, nem tão pouco é possível demonstrar que não a possui. E, caso de admita que o embrião tem a dignidade inerente ao seu estatuto de ser humano (*i.e.*, de ente pertencente À espécie humana), a concretização dessa sua dignidade terá que passar, em grande medida, pelo olhar que se tenha sobre ele, pelo olhar que o reconhece ou não como membro da comunidade política.¹⁸³

Há que se preparar, inclusive, para os constantes avanços das técnicas de reprodução humana e para as muitas possibilidades que se apresentam viáveis, como adverte Stela Barbas, ao vislumbrar o desenvolvimento da vida humana fora do ventre da mulher, mais especificamente num ventre artificial.

Cheguei à conclusão que a partir do momento em que as modernas técnicas de procriação assistida tornarem viável a criação e desenvolvimento da vida humana num “ventre artificial” (a denominada ectogénese), portanto, sem acto natural de nascer, a tese de que a personalidade jurídica surge apenas com o nascimento fica completamente esvaziada. A ectogénese implicará, sem dúvida, o fim do “instituto jurídico do nascimento. Ou perfila-se um absurdo lógico-jurídico: criar-se-iam dois marcos distintos para delimitar o início da personalidade jurídica? O dos seres que nascem, e o dos que não tem nascimento propriamente dito porque provêm de ventre artificial?!... ou estes últimos não teriam personalidade uma vez que não nascem e o nascimento é condição essencial de atribuição de personalidade jurídica? Uma vez mais a dialética: sujeitos e não sujeitos de Direito, ou de outro modo, humanos e não humanos? O Direito tem de disciplinar o que acontece, mas não pode ficar indiferente ao que pode acontecer¹⁸⁴

De fato, seria irrisório pensar que um novo ser (que, por seu turno vive, respira, possui forma humana, tem consciência, inteligência e emoções igualmente humanas) não seja considerado como pessoa porque não preencheu o requisito exigido pelo Direito, ou seja, ser nascido de mulher. Seria completamente descabido admitir tal formalismo, determinando-se que só podem ser considerados pessoas humanas os seres que vierem à existência desta forma e não daquela.

Diz ainda a autora que ser humano é sempre um ser humano, qualquer que seja a fase de desenvolvimento em que se encontre. Da concepção à velhice ele se transforma, envelhece, e em dado momento sua vida vem a termo. Mas em todas essas fases é homogêneo. Sua

¹⁸³ MELO, Heloisa Pereira de – **Manual de Biodireito**. p. 211

¹⁸⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. p. 240.

humanidade é idêntica em todas elas. Por todo o sobredito, insta reconhecer a personalidade do nascituro¹⁸⁵.

Quem reflete acerca da condição de pessoa humana de um dado ente, necessariamente é levado ao problema da dignidade da pessoa humana e do seu direito à vida. A partir do momento em que se reconhece o direito à vida do nascituro, automaticamente se está a reconhecer o seu estatuto de pessoa. Por outro lado, a mitigação desse mesmo direito (como no caso da permissão do aborto voluntário, em maior ou menor grau, a depender da legislação) não representaria uma inequívoca recusa em reconhecer-se esse mesmo estatuto jurídico?

Para enfrentar essas questões, faz-se necessário analisar, no caso dos ordenamentos brasileiro e português, a complexa relação entre a proteção à vida do nascituro e a legislação referente à interrupção voluntária da gravidez, a fim de se chegar a conclusões mais firmes nesta seara.

3.2 A tutela constitucional da vida: o aborto e a questão dos embriões excedentários

Embora a bioética possa dar respostas valorosas para o problema do início da vida humana, sem, entretanto, encerrar a questão (como a diversidade de posicionamentos o mostra), o que inevitavelmente tangencia a questão do direito à vida do não-nascido, é preciso enfrentar primordialmente o problema de tal direito sob o ponto de vista do Direito positivo. Considerando os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, os quais já foram analisados de forma geral acima, que se pode dizer acerca da tutela à vida do nascituro nos dois países?

Já se teve ocasião de analisar diversos dispositivos legais presentes na legislação dos dois países, os quais indiscutivelmente versam sobre o direito à vida do nascituro, direta ou indiretamente. É forçoso reconhecer, contudo, que não é fácil estabelecer a extensão exata de tal direito, vez que outros dispositivos (como alguns referentes ao aborto ou aos embriões excedentários) parecem limitá-lo, e as constituições das duas nações, ao tratarem do direito à vida, não mencionam expressamente a vida em fase embrionária ou fetal, esteja ela abrigada no ventre materno ou não.

Qualquer reflexão a respeito da legalidade ou não do aborto e da utilização de células embrionárias excedentes, assim como o seu descarte, deve ter como ponto inicial as

¹⁸⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. p. 73

proposições feitas por Diogo Leite de Campos, que chama a atenção para a existência de uma sociedade autofágica¹⁸⁶:

A fecundação *in vitro* com transferência de embrião, o congelamento do embrião ou do óvulo, as técnicas de micro-injeção de espermatozoides, o diagnóstico de pré-implantação e suas culturas embrionárias com células humanas, exigem experiências assentes na destruição maciça embriões ou na destruição dos embriões excedentários. Só cerca de 5% dos embriões fecundados *in vitro* sobrevivem; os restantes 95% morrem ou são mortos. Acrescetemo-lhes a execução de dezenas de milhares embriões com doenças diagnosticadas. Passemos aos embriões mais velhos. Cinquenta milhões de abortos anuais (?); treze milhões pertencerão à Europa. Crianças entre os três meses de idade e os nove meses (dependentes do Estado), são sacrificadas na Europa a um ritmo de cerca de trinta e cinco mil por dia.

É preciso se enfrentar, por exemplo, o problema acerca da existência ou não de fundamento constitucional para a proteção à vida do nascituro, bem como dos embriões em geral, vez que é preciso considerar também a situação dos embriões excedentários, conservados em laboratório ou em quaisquer outras situações artificiais.

Como alerta Jorge Miranda:

[...] a dignidade da pessoa é tanta da pessoa já nascida como da pessoa desde a concepção – porque a vida humana é inviolável (art. 24º, n.º 1), porque a Constituição garante a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano (art. 26º, n.º 1) e a procriação assistida é regulamentada em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana (art. 67º, n.º 2, aliena e) e porque para lá da noção privatística (art. 66º do Código Civil), se oferece assim, um conceito constitucional de pessoa, confortado, porventura, pelo direito de todo o *indivíduo* ao reconhecimento da sua personalidade jurídica (art. 6º, da Declaração Universal).¹⁸⁷

Já José Afonso da Silva, aduz:

Vida, no contexto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo mais dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de

¹⁸⁶ CAMPOS, Diogo Leite de – **O estatuto jurídico do nascituro** in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – Nova Fase* – n.º 5, 1999. P. 219-226

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 186-187

ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. Todo ser humano dotado de vida é *indivíduo*, isto é: algo que não se pode dividir sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isso, é *uma pessoa*.¹⁸⁸

O início do século XIX, segundo J. J. Canotilho¹⁸⁹, marcou a busca do conceito de constituição ideal, assim entendida aquela que se preste a conceber e manter um sistema que garanta a liberdade, reconhecendo os direitos individuais, assegurando aos cidadãos a participação em atos do poder legislativo, além de respeitar – inevitavelmente, a separação e harmonia entre os poderes. Assinalou ainda a necessidade de ser escrita.

Anteriormente a qualquer análise que importe verificar a correta proteção à vida ou à pessoa humana, impõe-se perquirir quando se dá o início daquela e desta, diferenciando realidades fáticas distintas, sob pena de limitar o avanço científico, tanto à luz do direito, como das ciências biomédicas. Assim, “Por outras palavras, nesta linha, a vida tem início com a fecundação, mas somente após a nidação se pode falar em pessoa, pois só nesse momento está garantida a viabilidade do ovo”.¹⁹⁰

Embora convincente, a posição acima mencionada, não corresponde à tese adotada por Barbas, que se alinha com a ideia de que “[...] há vida humana a partir do momento da concepção. O ser humano existe ou não existe. Não é possível adoptar uma solução intermediária. Ou é ou não é!...”¹⁹¹

Fato é que mesmo para a embriologia, não há consenso sobre o exato momento em está formado um novo ser, o que para Giovanni Cipriani¹⁹², ocorre na fecundação (concepção), quando da fusão dos núcleos de um espermatozoide e com ovócito, culminando na mistura de seus cromossomos cuja soma de 46 cromossomos já permitem afirmar conteúdo genético próprio, único, dotado de código genético.

Tania Salem¹⁹³ explica que nas técnicas de reprodução com embriões extrauterinos somente após 14 dias é que o embrião reclama proteção, proibindo-se mantê-lo vivo em laboratório ou de utilizá-lo como instrumento de pesquisa. Defende, outrossim, a utilização do termo “pré-embrião” enquanto não se atinge o décimo quarto dia.

A primeira dificuldade reside no fato de que a Carta Magna portuguesa não traz qualquer comando que determine quem possa ser considerado “pessoa humana singular”. Não

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 196

¹⁸⁹ CANOTILHO, J. J. – **Direito Constitucional**. p. 62-63

¹⁹⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. p. 193

¹⁹¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano** p. 203

¹⁹² CIPRIANI, Giovanni – **O embrião humano: na fecundação, o marco da vida**. p. 18.

¹⁹³ SALEM, Tania – **As novas técnicas reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa**. p. 81-83

encontrando tal definição no texto constitucional, de que se socorrerá o exegeta? Do art. 66º do Código Civil o qual estabelece o começo da pessoa no nascimento com vida? Mas se for este o fundamento para a proteção à vida humana, a proteção à vida intrauterina conferida pelo Direito Penal seria completamente vazia de sentido.¹⁹⁴

Por outro lado, são direitos consagrados pela Constituição Portuguesa as liberdades de criação intelectual, artística e científica, entretanto nenhum outro direito pode ser maior valioso, num juízo de ponderação – e nesse ponto mais especificamente a liberdade científica, que os direitos à vida, à integridade moral e física, à igualdade, à identidade pessoal e genética, à liberdade e à segurança. Há, contudo que se construir um ponto de equilíbrio que conjugue todos os direitos constitucionais e essa fusão deve passar, invariavelmente, pela dignidade da pessoa humana.¹⁹⁵

Aliás, para enriquecer o debate, a tutela penal do aborto e sua eficácia protetiva não prescinde da atuação direta do plano civilista, estabelecendo multifacetada tutela, muito embora, certos direitos não reclamem, diretamente, a aplicação da lei penal.

À partida, os direitos civis não requerem qualquer dobragem pelo direito penal. Há direitos basilares, sem cujo funcionamento nenhuma sociedade humana é possível – por exemplo: os direitos de crédito e, em especial, o direito ao cumprimento dos contratos – e que não têm qualquer tutela penal, nem dela necessitam. Podemos perfeitamente admitir, num plano civil, o direito à vida do nascituro, sem uma incriminação do aborto. A prática deste poderia, por exemplo, envolver apenas indemnizações por danos morais, invalidades de contratos destinados a esse fim e, eventualmente, medidas preventivas.¹⁹⁶

Mudando o enfoque para a PMA, deve-se atentar às limitações impostas às técnicas reprodutivas o que, malgrado os amplos debates que se estabeleceram anteriormente à vigência da Lei n.º 32/2006 e as constantes dúvidas de cunho moral e religioso que se renovam, dispensou considerável tutela à vida e à personalidade.

Nos termos propostos por Carvalho Fernandes, temos que:

Dentre as várias limitações impostas à utilização das técnicas de PMA, merecem ser salientadas a proibição da finalidade de clonagem reprodutiva, dirigida à criação de seres humanos geneticamente idênticos a outros (art. 7º, n.º1), e a nulidade de negócios jurídicos, tanto gratuitos como onerosos, da maternidade de substituição.[...] No plano específico da inseminação artificial, pós a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto “não é lícito à mulher ser

¹⁹⁴ MOREIRA, Sónia - **O direito (?) constitucional à vida do embrião** in *Direito na Lusofonia*, vol. II, p. 176

¹⁹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**, p. 495

¹⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4, p. 353

inseminada como sémem do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação” (n.º 1 do art. 22º).¹⁹⁷

De qualquer sorte, sem desprezar a inquietude que o tema reclama, não se deve afastar das benesses colhidas pela coletividade com os experimentos embrionários, impondo-se ao impasse um juízo de ponderação de valores dotado de análise ético-jurídica. Sob essa perspectiva, aponta Menezes Cordeiro, apoiado nas proposições de Campos e Chorão¹⁹⁸:

Civilmente, os embriões são nascituros, embora (ainda) sem cérebro: têm direito à vida. Todavia, a técnica humana não pode viabilizá-los todos. Proibir a investigação genética e fecundação *n vitro*, em nome dos embriões que não poderão ser desenvolver, será excessivo: a fecundação *in vitro* é uma ação humana, destinada a incrementar a vida; não a morte. Desde que se proceda a manipulações dentro de uma deontologia cuidada, sem quebras de dignidade, poderemos inverter o problema: [...]. Neste como noutros temas, há que se prevenir fundamentalismos: eles jogam, em regra, contra as causas que procuram servir.¹⁹⁹

Sónia Moreira não apresenta uma solução para o problema em causa, limitando-se a apontar a incoerência da lei portuguesa atual. Choca-lhe o tratamento diferenciado que a sociedade (e, por tabela, a lei) dá ao nascituro conforme seja a sua condição (embriões crioconservados, embriões implantados em útero materno, e seres com desenvolvimento fetal considerável), sendo que, no caso do embrião criopreservado – e da vida pré-natal extrauterinas em geral, sequer há a tutela penal à proteção da vida²⁰⁰.

Parece que a nossa sociedade (e, por isso, a nossa ordem jurídica) vê com olhos diferentes o embrião por implantar, o feto dentro do ventre materno até às 10 semanas e o feto a partir deste momento. Possivelmente porque a partir das 10/12 semanas a ecografia já mostra um ser humano em miniatura. E, como antes disso não o vemos, não nos parece criminoso “eliminá-lo”²⁰¹.

Campos e Costa²⁰² assumem posicionamento mais otimista. Recordam as autoras que a hermenêutica constitucional dá particular relevo ao teor literal da norma, ao elemento gramatical, de modo que recomenda a conclusão de que a escolha do legislador constitucional por este ou aquele termo específico não fora arbitrária ou ingênua. Destarte, quando o

¹⁹⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Lições de Direito das Sucessões**, p. 163.

¹⁹⁸ Conclusões apontadas pelos autores, respectivamente, em *O estatuto jurídico do nascituro* (p. 882) e *O problema da natureza e da tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito*, p. 571-578.

¹⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4. p. 353.

²⁰⁰ MOREIRA, Sónia - **O direito (?) constitucional à vida do embrião** in *Direito na Lusofonia*, vol. II. p. 182.

²⁰¹ Idem. **Op. Cit.**

²⁰² CAMPOS; Mónica Martínez de; COSTA, Eva Dias – **A Proteção ao Nascituro na Constituição, na Legislação Ordinária e na Moderna Jurisprudência Portuguesa e Brasileira – Análise Comparativa**. [Em linha].

legislador optou por usar a nomenclatura “vida humana” no art. 24º, declarando-a inviolável, deve-se concluir pela ampla proteção à mesma, em todas as suas formas. Isso por certo inclui a vida embrionária e fetal, intrauterina ou não, pode-se acrescentar.

Tal solução é assaz engenhosa, mesmo porque dispensa inclusive a solução do dilema acerca da personalidade jurídica do nascituro para que seja eficaz a proteção constitucional à sua vida. O motivo para tanto é muito simples: o nascituro é *vida humana*, independentemente de se subsumir ao conceito de pessoa jurídica ou não, e por isso merece proteção.

As autoras, assumindo um posicionamento bastante consentâneo com o jusnaturalismo em sua melhor forma, afirmam ser inaceitável que o Direito pretenda definir quem é ser humano ou não. Este é um conceito natural, estando muito acima e muito além das formulações do Direito positivo.

Não podemos aceitar que o Direito defina – por essência, limitando – quem é pessoa, Homem, ser humano. Admitir essa possibilidade seria simultaneamente consentir que se discutisse se o escravo é pessoa, se o índio é pessoa, se o negro africano que KANT catalogou é pessoa e, portanto, estaria afinal a (des) coberto do imperativo categórico.

Ser humano é um conceito natural, ético, que ultrapassa o Direito positivo e que é neste apenas traduzido, de forma imperfeita, no edifício da personalidade jurídica²⁰³.

A dignidade da pessoa humana encontra-se num campo supraconstitucional mostrando-se como um dos fundamentos do Estado, transcendendo inclusive o *status* de direito fundamental. Nesse passo, Celso Bastos, com robustez, afirma que a inserção do princípio em comento na Constituição revela uma das finalidades do Estado propiciar meios para que as pessoas “se tornem dignas.”²⁰⁴

Ramos Tavares, compila entendimentos que dimensionam que a vida humana digna é missão do texto constitucional, já que Estado não tem si um propósito, pelo contrário é meio:

Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como bem anota Jorge Miranda, “um fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de Ataliba Nogueira é “um meio e não um fim”, e meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem. Nesse sentido também Fernando Ferreira dos Santos, ao acentuar que “importa concluir que o Estado existe em

²⁰³ CAMPOS, Mónica Martínez de; COSTA, Eva Dias – **A Proteção ao Nascituro na Constituição, na Legislação Ordinária e na Moderna Jurisprudência Portuguesa e Brasileira – Análise Comparativa**. [Em linha].

²⁰⁴ BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra da Silva – **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 553

função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Não só o Estado, mas, consectário lógico, o próprio Direito.²⁰⁵

A pessoa humana, portanto, está acima do Direito positivo e da própria sociedade, vez que a antecede. Impõe-se ao Direito positivo, o qual deve se limitar a reconhecer a sua realidade e descrever os seus direitos.

Contudo, Portugal, não obstante a grandiosidade da proteção à vida em sede constitucional, viu-se obrigado a enfrentar a mitigação da vedação ao aborto, originada no anseio popular, como explica Menezes Cordeiro:

“Após a rejeição, pelos eleitores portugueses, da iniciativa despenalizadora do aborto, referendada em 1998, prosseguiram as iniciativas tendentes à sua liberação. Em 2005, foi adotada, no Parlamento, a mesma questão de 1988, com fins referendários. Ela foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional: sem entrar no fundo do problema, entendeu-se que não estavam cumpridas as exigências, perante o artigo 115º/10, Da constituição”.²⁰⁶

A nova investida que margeou o tema (RAR n.º 54-A/2006) trazia a seguinte questão: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”, o Tribunal foi instado a se manifestar e, em acórdão²⁰⁷ com 6 votos de vencido veio a aceitar a constitucionalidade do tema.²⁰⁸

Por ser um país de maioria católica desde as suas origens, as leis portuguesas espelhavam a moral cristã, a qual condena veementemente a interrupção voluntária da gravidez em praticamente qualquer hipótese. Antes de se tornar um país laico — o que se dava, por exemplo, durante o período em que vigoravam em seu território as Ordenações do Reino, de inspiração romano-canônica —, as leis portuguesas não poderiam contrariar os mandamentos católicos em matéria de moral, tornando compreensível a proscrição de uma prática como o aborto.

Mesmo após formalizar sua laicidade — inclusive após o advento do regime republicano com seus ideais liberais — o aborto continuava proibido em Portugal, situação que se prolongou durante as muitas décadas do conservador regime salazarista e mesmo depois. Portanto, a regra em Portugal sempre fora a proteção à vida do nascituro mediante a

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. p. 552.

²⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4. p. 325

²⁰⁷ TC n.º 617/2006, de 15 de Novembro (MARIA FERNANDA PALMA) DR I Série, n.º 223, de 20-Nov.-2006, 7970-(2) - 7970-(29). Vencidos, com declarações de voto circunstanciadas RUI MANUEL MOURA RAMOS, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, PAULO MOTA PINTO, BENJAMIM RODRIGUES, MÁRIO JOSÉ DE ARAÚJO TORRES e CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA.

²⁰⁸ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4. p. 325.

proibição da prática do aborto em suas várias modalidades. Sobre o período salazarista, afirma Monteiro²⁰⁹:

Na ditadura, o planeamento familiar e a contraceção eram completamente proibidos em nome da ideologia pró-natalista, católica e conservadora do regime. A própria Associação para o Planeamento da Família (APF), que nasceu controversamente em 1967 (impacto do Concílio Vaticano II sobre alguns católicos e católicas progressistas), teve de ter aprovação do cardeal patriarca de Lisboa e incluir um consultor eclesiástico.

Findo o regime salazarista, a Constituição de 1976 consagrou o direito ao planeamento familiar, o que abriu espaço para discussões acerca da mudança de atitude do Estado português frente à possibilidade de legalização do aborto em algumas hipóteses, mas, àquela altura não houve qualquer mudança na legislação, o que veio a ocorrer a partir do ano de 1984, quando do advento Lei 6/84, a permitir a interrupção da gravidez dentro de um limite restrito de hipóteses, tais como nos casos de perigo à vida ou à integridade física da mulher, por exemplo, ou nos casos em que a gestação fosse resultado de violência sexual:

É importante lembrar que até 1984 a prática de aborto era completamente proibida em Portugal. A Lei de 6/84 veio permitir a IVG nos casos de perigo de vida da mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, em caso de malformação do feto, ou quando a gravidez resultasse de uma “violação”²¹⁰.

A partir de então, ao longo das décadas seguintes, Portugal viria se deparar com o surgimento novas leis que ampliariam cada vez mais as hipóteses de aborto legalizado. Foi assim, por exemplo, em 1997, quando a Lei nº 90/97 alargou o prazo para a prática de aborto nos casos de malformação fetal e de estupro²¹¹.

No ano de 2007, após anos de mobilização por parte de partidos e grupos de esquerda em Portugal, e malgrado a resistência dos setores mais conservadores da sociedade portuguesa, fora realizado um referendo no país, no qual a população fora consultada a respeito da possibilidade de ser autorizado o aborto por opção da mulher nas 10 primeiras semanas de gestação. Feita a consulta popular, saíra vitorioso o “sim”, o que culminou na legislação lusa atual acerca do aborto²¹².

²⁰⁹ MONTEIRO, Rosa – **A Descriminalização do Aborto em Portugal: Estado, movimento de mulheres e partidos sociais** in *Análise Social*, 204, XLVII (3º), 2012. p.

²¹⁰ MONTEIRO, R. – **A Descriminalização do Aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos**. p 590.

²¹¹ Idem. *Op. Cit.* p. 590

²¹² Idem. *Op. Cit.* p. 589

A vitória do “sim” no referendo em comento resultou no advento da Lei nº 16/2007, para modificar o Código Penal português, passado a admitir que a interrupção voluntária da gravidez (IVG) não fosse punível quando “realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez (art.º 142 alin. e)”²¹³. A partir de então, portanto, Portugal entrou no rol dos países que possuem legislação bastante flexível no que tange à possibilidade de abortar.

Embora o tema do aborto não seja o interesse primordial deste estudo, é forçoso reconhecer que ele impacta diretamente na problemática dos direitos do nascituro. A liberação do aborto até certo ponto da gravidez significaria, por exemplo, a mitigação do direito à vida do nascituro? Ou poderia significar que, até aquele ponto, ele não desfruta da condição de pessoa jurídica, daí por que não teria direito à vida? Todas essas são questões que se apresentam e suscitam sérias polêmicas e debates entre os que defendem e os que criticam a personalidade jurídica do nascituro, ainda mais se tais debates envolverem a defesa ou o rechaço do direito ao aborto.

Conforme se observou em linhas anteriormente, ao tratar-se da evolução histórica do tratamento legal dado ao aborto em terras portuguesas, observou-se que a regra geral sempre fora a proibição de sua prática. Da proibição absoluta, que vigorou durante a quase totalidade de sua história até a década de 1980, foi-se até uma situação na qual Portugal aderira a uma legislação bastante permissiva à prática da interrupção voluntária da gravidez. Tais mudanças ocorreram rapidamente naquele país, e não se deram, por óbvio, sem a resistência de parcelas importantes da sociedade.

Em que pese à flexibilização que o direito à prática do aborto experimentou nas últimas décadas, a proteção à vida do nascituro aparece como “regra geral” a ser aplicada, haja vista que o aborto apenas é permitido mediante o preenchimento de certos requisitos, e/ou até determinada fase da gravidez. Portanto, por mais amplas que tenha se tornado as hipóteses de interrupção da gravidez autorizadas por lei, elas ainda são exceção. A regra é o respeito à vida do ser em formação no ventre materno.

O aborto é objeto do Capítulo II do Código Penal português, intitulado “Dos crimes contra a vida intra-uterina”. Este capítulo é composto por três artigos, os quais tipificam o crime de aborto em suas diversas modalidades, apresentam as hipóteses de agravamento das penas, além de trazerem as hipóteses de aborto permitidas por lei (não puníveis).

O artigo 140 tipifica as diversas modalidades de crime de aborto:

Artigo 140.º

²¹³ PORTUGAL, **Código Penal**, art. 142.

Aborto

1 — Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

2 — Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até três anos.

3 — A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até três anos²¹⁴.

Observe-se que o legislador português, de maneira semelhante ao que ocorre no Brasil, desdobra a prática delitiva de aborto em três tipos penais distintos, cominando penas diferentes a cada um deles.

A primeira modalidade, à qual é cominada pena mais gravosa, corresponde ao aborto cometido sem o consentimento da gestante, praticado por terceiro, o qual poderá ser punido com pena cujo patamar vai de dois a oito anos de prisão.

Os dois outros tipos penais, também semelhantes aos existentes no Brasil, correspondem ao aborto praticado por terceiro com consentimento da mulher grávida, e ao autoaborto (ou consentimento dado pela gestante para que outrem o pratique). O legislador português atua aqui como o brasileiro, desdobrando uma mesma conduta em dois tipos distintos, já que não se pode dissociar o aborto praticado mediante consentimento do consentimento propriamente dito. Entretanto, quis assim proceder o legislador penal.

O mesmo legislador, divergindo da redação brasileira, não cominou penas distintas à mulher grávida e ao terceiro que com ela se associa para a prática do aborto. Embora se tratem de tipos distintos, a mesma pena de prisão com patamar de até três anos é cominada, bem como à mulher que se faz abortar por fato próprio.

O artigo seguinte traz as hipóteses de agravamento das penas, como se pode ver a seguir:

Artigo 141.º

Aborto agravado

1 — Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma ofensa à integridade física grave da mulher grávida, os limites da pena aplicável àquele que a fizer abortar são aumentados de um terço.

2 — A agravação é igualmente aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática de aborto punível nos termos dos n.ºs 1 ou 2 do artigo anterior ou o realizar com intenção lucrativa²¹⁵.

²¹⁴ PORTUGAL. **Código Penal Português (2007)**. Lei nº 59/2007, de 04 de setembro de 2007. [Em linha].

Aqui o legislador quis cominar pena mais gravosa aos casos em que à prática abortiva sobrevém a morte, ou grave lesão corporal, da gestante. Também pretendeu o legislador repudiar a prática do aborto com fins comerciais, seja a prática pontual ou reiterada.

Por fim, o artigo 142º estabelece as hipóteses de aborto não puníveis pela lei, além de estabelecer procedimentos e outras exigências para que este possa ocorrer sem violação à legislação penal:

Artigo 142.º

Interrupção da gravidez não punível

1 — Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando -se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas;
- e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

2 — A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 — Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

4 — O consentimento é prestado:

- a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção;
- b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três

²¹⁵ PORTUGAL. **Código Penal Português (2007)**. Art. 141º.

dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

5 — No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua alta, por quaisquer parentes da linha colateral.

6 — Se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

7 — Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*²¹⁶.

Como se vê, Portugal também acolhe as hipóteses de aborto terapêutico (quando é o último recurso, ou ao menos medida altamente recomendável, para os casos em que há sérios riscos para a vida ou integridade física da mulher grávida) e de aborto humanitário (quando a gravidez é resultado de “crime contra a liberdade e autodeterminação sexual”), sendo que nesta última hipótese só poderá ser praticado até a 16ª semana de gravidez. Também o aborto terapêutico esbarrará no limite de 12 semanas para poder ser praticado, quando não for ele a *ultima ratio*, mas medida recomendada para prevenir a morte ou grave e duradoura lesão à gestante.

Estas duas hipóteses não puníveis de interrupção voluntária da gravidez unem as legislações lusa e brasileira. Entretanto, os dois ordenamentos se separam a partir do momento em que Portugal acolhe mais duas hipóteses de aborto autorizado por lei. Uma delas é a do chamado *aborto eugênico*, ou seja, aquele praticado para prevenir grave doença ou malformação congênita do feto, além dos casos de fetos inviáveis. Excetuando-se este último caso, tal modalidade de aborto só poderá ser praticada conforme a lei nas primeiras 24 semanas de gravidez, devendo ainda a moléstia ou malformação ser incurável.

A outra hipótese é o aborto meramente voluntário por parte da gestante, no limite das primeiras 10 semanas de gravidez, que poderá ser realizado sem a necessidade de qualquer justificativa, bastando para tanto a vontade da mulher grávida em não prosseguir com a gestação. Esta última hipótese corresponde à liberação do aborto de forma ampla, tal como ocorre em várias legislações mundo afora, desde que respeitado o prazo legal acima aludido.

²¹⁶ PORTUGAL. *Código Penal Português* (2007). Art. 142º.

O dispositivo ainda impõe algumas regras para que o aborto não punível possa ser praticado: (a) o número de semanas da gravidez deve ser comprovado mediante exame ecográfico ou outro meio idôneo; as circunstâncias que tornam não punível o aborto devem ser atestadas por médico, de forma escrita e assinada, sendo que tal atestado médico deve ser emitido por profissional distinto daquele que realizará o procedimento e deverá anteceder a este a sua emissão; (b) o consentimento da mulher deve ser dado mediante documento escrito e por ela assinado, ao menos três dias antes da data da intervenção (sendo que, nos casos da alínea e, deve ser respeitado um prazo mínimo de três dias de reflexão após consulta médica que visa informar a mulher sobre o procedimento, depois do qual o documento deverá ser entregue a instituição de saúde até o momento da intervenção).

Por fim, em sendo a gestante mentalmente incapaz ou menor de 16 anos, o consentimento deverá ser prestado por representante legal, que poderá ser ascendente, descendente ou parente colateral, ou, na sua impossibilidade e mediante urgência, poderá ser dispensado, decidindo o médico em consciência face à situação e munido do parecer de outros médicos, quando possível.

A existência de tão amplo direito à interrupção da gravidez suscita questionamentos a respeito da existência de real direito à vida para o nascituro, em especial quando seu tempo de vida intrauterina é inferior a dez semanas, caso em que o direito ao aborto é praticamente irrestrito. Há que se falar em existência da personalidade jurídica nesses casos, em que a gestante pode dispor de sua vida com tamanha liberdade?

É temerário afirmar afigura-se um direito absoluto, pois, quando bens jurídicos entram em confronto, há que se perquirir um juízo de ponderação objetivando a sobreposição hierárquica de um ao outro e, especificamente, no tocante ao aborto existe permissivo de extinção da vida intrauterina condicionado apenas ao tempo de gestação e, principalmente, à vontade da grávida, que ganha contorno de intangibilidade.

Menezes Cordeiro, no que se refere ao artigo 24º da Constituição, conclui que o dispositivo não faz distinções entre vidas humanas que seriam tuteladas, ao passo que outras não o seriam. A proteção aí dispensada é abrangente, e obviamente reverbera no sistema penal e sua tutela à vida em geral (incluindo-se a vida intrauterina):

A Constituição declara, no seu artigo 24º, sem restrições, que a vida humana é inviolável. Com isso dá uma base jurídico-positiva ao direito à vida, já resultante do sistema privado. Advirá, daí, uma diretriz para o legislador penal: este deveria incriminar qualquer violação à vida? Não necessariamente: o Estado deverá proteger

a vida; se, porém, se concluir que a lei penal é ineficaz e que os meios civis são mais adequados, a lei fundamental ficará satisfeita com estes últimos.

Todavia, parece razoável admitir que, tratando-se do direito à vida, a lei penal deva dispensar tutela. A hipótese de haver “vidas” tuteladas e outras não tuteladas seria estranha²¹⁷.

Além disso, segundo o entendimento do autor é reprovável o comando legal que permita o aborto fora da hipótese de risco de vida para a mãe e, conforme o seu entendimento, também nos casos em que a gravidez resulte de violação, situação em que a não interrupção da gestação poderia significar a ruína psíquica da gestante violada:

Ao direito à vida apenas é oponível o próprio direito à vida. A licitude do aborto só se poderia, assim, amparar na necessidade de salvar a mãe e perante a alternativa concreta, real e comprovada, de a sobrevivência do nascituro envolver a morte da mãe. Poder-se-ia alargar este raciocínio à gravidez de tal modo afrontosa que ponha em causa a vida psíquica da mãe, em perigo de suicídio: os casos extremos de gravidez imposta por violação e que o acompanhamento psicológico não logre ultrapassar.

Já um aborto *ad nutum*, por opção de conveniência ou por razões económico-sociais, não parece razoável [...] ²¹⁸.

A pessoa humana e sua dignidade certamente foram uma das preocupações do legislador constitucional quando da elaboração do artigo 26º, n.º3, e elenca em rol exemplificativo outras razões, tais como: “que a procriação deve estar no domínio das leis da natureza, a competência exclusiva e responsabilidade dos pais na procriação do filho, sem interferências, no tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa[...]”²¹⁹.

Para além disso, Barbas afirma com autoridade:

O direito à vida aparece pois como um valor “fundante da defesa de todos os demais”. É a vida humana que aparece como valor central e anterior à Constituição e ao Direito em geral. [...] Ou seja: a pessoa humana, antes de estar com os outros, é ela mesma, e neste sentido tem de ser respeitada. Assim, contra a vida humana, seja qual for o seu estágio, e seja qual for o seu *valor*, não podem ser invocados interesses estranhos, alegadamente superiores, que a reifiquem, ponham em causa ou eliminem.²²⁰

Em todo caso, em que pese à autorização extensa à interrupção da gravidez em Portugal, é certo que alguma proteção à vida do nascituro existe, pois a Constituição assim o

²¹⁷ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4. p. 342.

²¹⁸ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4. p. 342.

²¹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. p. 494

²²⁰ Idem. *Op. Cit.*

determina (e a melhor hermenêutica do art. 24º assim o confirma), bem como a lei penal, que permanece punindo a lesão à vida intrauterina em várias situações.

O Brasil, diferentemente de Portugal, está a salvo de tal polêmica, com o já enfrentado alhures. Em que pese o crescimento de importantes frações da opinião pública favoráveis a uma revisão na lei penal com vistas a alargar o direito à prática do aborto, este continua sendo, em regra, proscrito em terras brasileiras. As únicas exceções são aquelas já analisadas anteriormente, quais sejam, o aborto em caso de risco de vida para a mãe, bem como aquele permitido nas hipóteses de gestação decorrente de estupro.

Também é permitida a interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos, permissão essa ancorada no entendimento de que, sendo o nascituro nesses casos uma vida inviável (não podendo ser mais que um natimorto, chegando à gravidez a seu termo), a interrupção da sua gestação sequer poderia ser considerada uma hipótese de aborto.

De início, a doutrina, na sua maioria, tem admitido que o início da vida intrauterina ocorre na nidação, ou seja, “a fixação do óvulo fecundado na parede do útero materno.”²²¹

O primeiro dos tipos penais em análise corresponde ao autoaborto, modalidade na qual a própria gestante o pratica, ou concede a autorização para que outro o faça em seu nome. Nesse caso, a gestante é a parte autora da conduta criminosa. Assim é, pois, a tipificação trazida pelo art. 124 do Código Penal, segundo o qual “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos”²²².

Guilherme Nucci, esclarece que “aborto é a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião (de *ab ortus*, ou seja, parto sem nascimento, cuida-se de palavra latina, que expressa a ação e o efeito da interrupção do processo reprodutivo da espécie [...])”, aduzindo, ademais que o elemento subjetivo do crime “é o dolo, inexistindo a forma culposa” e que não se admite a modalidade tentada.²²³

A outra modalidade de crime de aborto corresponde ao aborto provocado por terceiros, sem o consentimento da gestante, tipificada no art. 125 do CP. Aqui, o agente da conduta não é mais a mulher que carrega no ventre o nascituro, mas o terceiro que pratica a conduta. A pena cominada para o delito em causa é muito mais gravosa que na primeira modalidade, acima estudada, sendo neste caso de reclusão, de três a dez anos²²⁴.

O aborto provocado por terceiro é aquele praticado por qualquer pessoa, tendo como sujeito passivo o feto ou o embrião. Ressalte-se, por oportuno, que parte da doutrina que não

²²¹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**. p. 881.

²²² BRASIL. **Código Penal**.

²²³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**. p. 880-881.

²²⁴ BRASIL. **Código Penal**.

reconhece a personalidade do não nascido, afirma que os sujeito passivos poderiam ser a gestante e a sociedade. Registre-se, ademais, tratar-se de crime doloso e que se admite a tentativa.²²⁵

Por fim, tem-se a terceira modalidade de crime de aborto, sendo ela o ato de provocar o aborto, mas desta vez com o consentimento da gestante (art. 126, CP). Aqui, mais uma vez, o autor do crime é a pessoa que realiza as manobras e/ou procedimentos que resultam no aborto, tal como no tipo penal acima analisado. O que o difere daquele é o fato de que, desta vez, há o consentimento da mulher grávida, o que o torna um tipo distinto. A pena neste caso é de um a quatro anos de reclusão²²⁶.

Perceba-se que neste último tipo penal há um concurso de vontades (da gestante e do agente) para a prática delitiva, mas cada um deles responde por um tipo distinto. Assim, quem realiza o aborto mediante o consentimento da gestante responde pelo delito do art. 126, enquanto a mulher que o consentiu responderá pelo tipo do art. 124, já analisado. Também é digno de nota o fato de que as penas cominadas diferem para cada um dos crimes, sendo mais branda no segundo caso. Entende-se que a opção do legislador é injustificável, mas não é objetivo deste trabalho engajar-se em tal debate.

Nucci leciona tratar-se de crime qualificado pelo resultado:

Trata-se de hipótese em que o resultado mais grave qualifica o originalmente desejado. O agente quer matar o feto ou embrião, embora termine causando lesões graves ou mesmo a morte da gestante. Entendem a doutrina e a jurisprudência majoritárias eu as lesões e a morte só podem decorrer da culpa do agente, constituindo, pois, a forma pretederdolosa do crime (dolo na conduta antecedente e culpa na subsequente)²²⁷

Faz-se oportuno apontar o fato de que tais tipos penais têm por motivação proteger o maior dos bens, a vida, neste caso a vida do nascituro. Embora a parte autora possa variar conforme seja o tipo penal, em todos eles a vítima será sempre a mesma: o nascituro.

Nota-se que o Código Penal não faz qualquer distinção entre a fase de desenvolvimento intrauterina em que se encontra o nascituro, para que se configure o crime de aborto. Isso implica em dizer que, desde o momento da concepção até que ocorra o parto, é punível a interrupção dolosa e injustificada da vida do nascituro. É, pois, a vida do nascituro o bem jurídico tutelado pelas normas penais em estudo.

²²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**. p. 881-882

²²⁶ BRASIL. **Código Penal**.

²²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**. p. 885.

Rosa faz observações mui acertadas a esse respeito:

[...] a partir do comento da concepção até o momento do nascimento, o Direito reconhece e protege o direito à vida daquele ser humano em formação.

Para efeitos jurídico-penais considera-se o início da vida na concepção, assim entendida no processo de nidação – quando o embrião (óvulo já fecundado e em processo inicial de divisão celular) fixa-se ao útero, iniciando o desenvolvimento embrionário ligado à mãe.

A partir deste momento, a interrupção do processo pode ser caracterizado como aborto²²⁸.

Observe-se que nos termos do art. 128 do mesmo Código Penal²²⁹ há duas modalidades de aborto autorizadas pela lei brasileira: (1) uma delas corresponde ao chamado *aborto terapêutico*, cuja prática é permitida em face do risco de vida para a gestante, caso a gravidez siga seu curso; (2) a outra corresponde ao denominado *aborto humanitário ou piedoso*, autorizado pela lei mediante consentimento da gestante ou seu representante legal, quando a gravidez resultar de estupro.²³⁰

Nenhuma das duas hipóteses, contudo, fere o direito à vida do nascituro, vez que, como bem observa Bianca Paula²³¹, nos dois casos o que há é a ponderação entre dois bens jurídicos, optando a lei por proteger, nesses casos excepcionais, aquele que considera superior na hierarquia dos mesmos (nos casos em tela, a vida/dignidade da gestante). Recorda ainda a autora que não existem direitos absolutos, podendo qualquer deles ser mitigado em circunstâncias excepcionais, como é o caso.

Ainda no que se refere à proteção constitucional à vida do nascituro, já se teve a oportunidade de analisar uma série de dispositivos constantes da Carta Magna brasileira que versam, direta ou indiretamente, sobre seus direitos, inclusive o direito à vida. Entretanto, há um pormenor que merece análise um pouco mais detida.

Já se observou que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, pelo qual assume o compromisso de respeitar a vida de toda pessoa, direito esse que deve ser protegido *desde a concepção*. Tem-se, portanto, que o referido pacto trata o nascituro como pessoa, desde o momento em que é concebido, momento a partir do qual tem direito à vida.

Ocorre, porém, que os tratados, pactos e convenções internacionais de que o Brasil é signatário, segundo entende a melhor doutrina constitucional, têm *status*, quer de emenda constitucional, quer de ato normativo infraconstitucional. No primeiro caso, é preciso que se

²²⁸ ROSA, Emanuel Motta da – **O Crime de Aborto e o Tratamento Penal**. [Em linha]..

²²⁹ BRASIL. **Código Penal**. Art. 128.

²³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**. p. 885

²³¹ PAULA, Bianca – **O Aborto no Código Penal Brasileiro**. [Em linha]

observe o mesmo rito pelo qual se aprovam emendas constitucionais; no segundo caso, embora não havendo a observância de dito rito, em havendo a aprovação pelo Legislativo e a promulgação pelo Presidente da República, o acordo internacional também ingressará no ordenamento jurídico, porém como norma infraconstitucional:

As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do §3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais²³².

Contudo, independente do *status* de aludido pacto internacional não se pode justificar retrocessos ao invocar a proteção imperativa sob a ótica fundamentalista. Uma vez mais, a razoabilidade e a ponderação devem inspirar o debate e permitir que a coletividade colha os muitos benefícios advindos dos avanços tecnológicos que, rapidamente, se alastram em todos os ramos de investigação.

Esta constatação também deveria ser suficiente, espera-se, para que se encerre qualquer discussão acerca do alargamento das hipóteses de autorização do aborto em terras brasileiras. Entretanto, sem se dar conta desse fato, doutrinadores e a jurisprudência ainda contendem acerca do estatuto jurídico do nascituro, sem que a questão reste pacificada.

Remanesce, igualmente (e aqui, tanto no Brasil quanto em Portugal), o problema do direito à vida dos embriões excedentários, bem como o de qualquer nascituro gerado e conservado em condições excepcionais, ou seja, fora do útero materno. Como já é sabido, a questão se torna ainda mais inflamada devido ao interesse na utilização de tais seres em pesquisas com células-tronco. Portanto, esta é uma questão que não pode deixar de ser enfrentada.

No Brasil, ficou a cargo da Lei n. 11.105/2005 - denominada de Lei de Biossegurança - regular tal matéria, que autoriza a utilização de embriões excedentários sem finalidade reprodutiva, objetivando pesquisas com células-tronco e permitindo o uso de embriões humanos produzidos mediante fertilização *in vitro*, exclusivamente para fins de pesquisas e terapia, desde que sejam inviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais, sendo necessário ainda o consentimento dos genitores e a aprovação do comitê de ética em pesquisa.

²³² MORAES, Alexandre - **Direito Constitucional**. p.35.

Destaque-se, ademais, que descumprimento dessas normas sujeita o infrator a sanção criminal consistente em detenção de um a três anos, mais multa.

Ramos Tavares traz a lume que na biologia reconhece a existência de dois tipos de células-tronco: as adultas, encontradas em organismos já desenvolvidos, e as embrionárias, encontrada em embriões, aduzindo ainda que ambas possuem capacidade de dar origem a células especializadas que resultam no surgimento de órgãos e tecidos humanos.²³³

Tem-se, assim, a utilização dos embriões excedentários possibilita a chamada terapia genética que, através da transferência de material genético para a pessoa, realiza precipuamente a função do Estado de buscar benesses para o Homem, seu centro gravitacional.

Para Pietro de Jesús Lora Alacrón “o uso dessas células está legitimado (constitucionalmente) na medida em que seu uso posterior poderá resultar na cura de doenças genéticas, ou seja, poderá redundar na própria preservação da vida e até da dignidade da pessoa humana.”²³⁴

Por versar sobre tema polêmico e bastante controvertido, envolvendo preceitos de ordem religiosa, ética e moral, a Lei de Biossegurança fora alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, especialmente no que se refere ao art. 5º, vindo o Supremo Tribunal Federal a reconhecer-lhe a constitucionalidade confirmando a autorização legal, em certas condições, do uso de embriões excedentários nas pesquisas com células-tronco.

Respeitando posições contrárias, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n.º 3.510 optou pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, confirmando o teor de seu artigo 5º para confirmar a possibilidade de o uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos não utilizados em fertilizações *in vitro*, exclusivamente com finalidade terapêutica e de pesquisa.

Entretanto, os procedimentos científicos condicionam-se a alguns requisitos, a saber, sob pena de sanção criminal:

I) sejam embriões inviáveis; ou II) sejam embriões congelados há 3 anos ou mais na data de publicação dessa Lei, ou que já congelados na data da publicação dessa Lei, depois de completarem 3 anos, contados a partir da data de congelamento. Em qualquer caso a lei exige o consentimento dos genitores. As instituições de pesquisa que pretendam realizar essa manipulação, contudo, dependerão de aprovação dos

²³³ TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. p. 549.

²³⁴ ALACRÓN, Pietro de Jesús Lora – **Patrimônio Genético Humano**. p. 148

respectivos comitês de ética e pesquisa. A comercialização desse material biológico, ademais, restou tipificada como crime.”²³⁵

Há quem afirme que a decisão favorável à constitucionalidade da Lei de Biossegurança não parece ter levado em conta em momento algum o disposto no Pacto de São José da Costa Rica, o qual, como visto, tem *status* de lei no Brasil, e que expressamente garante o direito à vida do nascituro, desde a concepção.

Entretanto, não se pode desprezar a realização de um juízo de ponderação de direitos e, sobretudo, ficar à margem dos constantes avanços tecnológicos que marcam os dias atuais, não se revelando adequado prender-se às amarras estigmatizadas do passado. Noutros termos, não se pode afastar da ideia de que pesquisas envolvendo as células-tronco se mostram eficientes para salvar vidas, erradicar e controlar doenças, diminuindo a dor e sofrimento – vejam a controvérsia – do ser humano.

Definitivamente, não se trata de diminuir a humanidade do embrião, mas sim de ponderar direitos para, em certos casos, observados os preceitos éticos e morais, realizar a ponderação de direitos e optar por aquilo que esteja a favor da coletividade, em detrimento do interesse individual ou de determinado seguimento da sociedade.²³⁶

A prevalecer a posição doutrinal de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, sem desprezar as demais questões éticas e morais, diante do não reconhecimento da personalidade jurídica do embrião, não haveria falar-se em ofensa à ordem constitucional:

Inicialmente, convém salientar que o concepturo (*nondum conceptus*), vale dizer, o ainda não concebido, não inseminado ou não implantado no ventre materno, isto é, a pessoa futura por ocasião da abertura da sucessão, não deve ser confundido com o nascituro, este já concebido e em desenvolvimento no ventre materno, porém ainda não nascido.²³⁷

Esta questão polêmica não vem afetando apenas o Brasil, mas vários países do mundo ocidental. Também Portugal, nas últimas décadas, fez entrar em vigor uma legislação favorável às pesquisas com células-tronco, cujas implicações trazidas são as mesmas enfrentadas pelo Direito brasileiro, ou seja, o conflito entre o interesse científico em tais estudos e o direito à vida dos embriões excedentários.

²³⁵ TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. p. 549.

²³⁶ Como tivemos a oportunidade de mencionar na nota 177, retro, ao expor o pensamento de Flávio Tartuce.

²³⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de – **Direito das Sucessões**, p. 109-110

No caso de Portugal, a matéria é regulada por meio da Lei n° 32/2006, a qual dispõe acerca daquilo que denomina Procriação Medicamente Assistida²³⁸. Assim como no Brasil, antes do referido diploma legal ser posto em vigor Portugal não possuía qualquer norma, de qualquer espécie, disciplinando o tema, embora houvesse forte mobilização da sociedade civil nesse sentido.

A lei em comento não versa somente sobre a utilização dos embriões excedentários em pesquisas com células estaminais, mas regula de forma mais ampla os processos de reprodução assistida. Dez anos depois de sua entrada em vigor, ou seja, em 2016, esse diploma legal passou por alterações, alargando o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida a todas as mulheres. No entanto, a possibilidade de uso de embriões criopreservados em estudos científicos já era prevista desde a sua origem, embora com restrições.

Sensivelmente 10 anos após a aprovação da lei, em junho do presente ano (2016), é aprovado em Portugal o alargamento dos beneficiários, garantindo o acesso de todas as mulheres as técnicas de procriação medicamente assistida, mas desde a promulgação da lei (2006) já existe a possibilidade de utilização para pesquisa dos embriões criopreservados, desde que os mesmos sejam produzidos para fins de tratamento de infertilidade ou para que não haja possibilidade de se transmitir patologia grave, ou seja, os embriões *in vitro* podem ser utilizados para fins de pesquisa, mas os mesmos não podem, segundo a lei, ser criados de forma deliberada para este fim²³⁹.

Em princípio, a Lei n° 32/2006 traz os mesmos problemas que a Lei de Biossegurança brasileira, isto é, o conflito entre bens jurídicos distintos, sendo um deles precisamente a vida do embrião gerado *in vitro*. Se o comando constitucional do artigo 24° da Lei Maior portuguesa se estende a toda forma de vida humana, incluindo a embrionária (entendimento este que é aqui esposado), inevitável é questionar a constitucionalidade da lei em causa.

António Menezes Cordeiro, no entanto, relembra que a referida lei fora examinada pelo Tribunal Constitucional²⁴⁰, o qual decidiu pela sua constitucionalidade. Mesmo sendo um defensor das teses concepcionistas, o autor em causa encontrou uma solução equilibrada

²³⁸ A Lei n.º 32/2006 foi alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que aprovou a revisão do Código Penal Português.

²³⁹ PAIVA, I. R. – **Mobilização Legal em torno da Liberação do Uso de Células Estaminais Embrionárias para Fins Científicos no Brasil e em Portugal**. p. 62.

²⁴⁰ TC n.º 101/2009, de 3 de Março (CARLOS FERNANDES CEDILHA), DR 2ª Série n.º 64, de 1-Abr.-2009, 12452-12469

para o problema, reconhecendo que “dentro de uma deontologia cuidada, sem quebras de dignidade”²⁴¹.

Entende-se ainda que esta questão não poderá ser solucionada de maneira simplista. Um amplo debate, envolvendo os diversos setores da sociedade, a ser realizado em momento futuro, talvez possa apontar para melhores soluções, sempre tendo como guia a moral, bem como as diretrizes apontadas pela bioética e pelo biodireito.

3.3 O nascituro como titular de direitos na órbita privada

3.3.1 No Brasil

Conforme já se observou diversas vezes, o nascituro tem garantidos, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no luso, um rol de garantias que não abrangem apenas os direitos da personalidade (como o direito à vida e à integridade física, ambos devidamente já analisados), mas também direitos patrimoniais de toda espécie. Cumpre responder, pois, à questão da existência ou não de sua personalidade jurídica, já que é titular de direitos de toda sorte, muito embora as legislações dos dois países não o afirmem de forma expressa.

Em momento anterior, foram relacionados os principais dispositivos versando sobre direitos da pessoa, patrimoniais ou não, conferidos ao nascituro na legislação luso-brasileira, de modo que não cabe fazer análise exaustiva de cada um deles. Necessário é, entretanto, discutir em que medida tão extenso rol de direitos, unidos à melhor hermenêutica dos ordenamentos em causa no que respeita ao nascituro, pode dizer algo acerca da existência ou não de sua personalidade jurídica.

Já se observou o fato de que tanto o Brasil quanto Portugal, em seus respectivos códigos civis, trazem dispositivos cujo texto literal conduz ao entendimento pelo qual não há personalidade jurídica no nascituro, só se perfazendo esta com o seu nascimento com vida. É assim no art. 2º do Código Civil Brasileiro, bem como no art. 66º do diploma civil português. Também se observou que, não obstante a leitura literal de ditos dispositivos convide a tal interpretação, a doutrina dos dois países segue dividida quanto ao tema, o mesmo se podendo dizer da jurisprudência (ao menos no caso do Brasil; no caso português, seguramente durante bom tempo também fora assim).

Entretanto, conforme observado, um único dispositivo não pode encerrar tão complexa questão, sobretudo porque o Direito é um todo integrado, e cada ordenamento deve ser

²⁴¹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, vol. 4. p. 354.

analisado como um sistema. Assim, é preciso articular todo o disposto acerca do nascituro no âmbito do Direito Privado, para que se possa chegar a uma conclusão satisfatória acerca de sua personalidade jurídica.

Analisando-se primeiramente o caso brasileiro, vê-se que a lei brasileira prevê um amplo leque de direitos ao nascituro no âmbito civil (direito a receber doação, à nomeação de curador, a ser chamado à sucessão, ao reconhecimento de filiação, a ser contemplado em testamento, etc.), muito embora afirme, em contraponto, que os mesmos direitos serão resguardados até o nascimento completo e com vida. Mas como se poderia falar em direitos sem sujeito?

Alguns autores admitem tal possibilidade, como é o caso dos defensores das teorias natalista e da personalidade condicional (que não difere tanto da primeira, como já se analisou antes). Entretanto, como se verá, ela traz uma série de dificuldades intransponíveis.

Nader observa que o legislador brasileiro, quer no Código de 1916, quer no atual (de 2002), ao se defrontar com a necessidade de escolher entre a tese concepcionista e a natalista, acabou optando por consagrar a última no texto legal, ante a dificuldade de se precisar o momento da concepção. Entretanto, criou problema maior, pois postulou a existência de direitos sem seus respectivos titulares:

O não aproveitamento da primeira opção se deveu, notadamente, às dificuldades para o reconhecimento do instante da fecundação. Por outro lado, o modelo adotado não encontra embasamento na Teoria Geral do Direito, porque não há direito subjetivo sem titular, do mesmo modo que não há titular sem personalidade jurídica²⁴².

Este não é o único doutrinador a assumir tal posicionamento. São inúmeros os juristas que se apoiam no argumento da impossibilidade de existência de direitos sem sujeitos para sustentar a necessidade da personalidade jurídica do nascituro. Silmara Chinelato²⁴³, por exemplo, sustenta a tese de que bastaria um único direito ou *status* para que o seu titular (no caso, o nascituro) tenha a sua personalidade reconhecida, vez que não pode existir um ou outro sem um sujeito de direitos que lhes sirva de suporte. Com efeito, a *capacidade* de desfrute deste ou daquele direito está bastante reduzida no caso do nascituro, mas este não é um argumento hábil para lhe recusar a personalidade, pois não há capacidade jurídica completa e integral em qualquer sujeito de direitos. Em suma, a capacidade admite graus, não a personalidade. E alguém que é titular de direitos é, necessariamente, pessoa.

²⁴² NADER, P. – **Curso de direito civil, parte geral** – vol. 1. p. 232.

²⁴³ CHINELATO, Silmara *apud* GONÇALVES, C. R. – **Direito civil brasileiro**. p. 105

Na mesma linha, sustentam Farias e Rosenvald que doutrina civilista mais avançada, inspirada no direito francês reconhece a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, posição que se alinha com a gama de proteção que este encontra na Código Civil²⁴⁴.

Convidam, ademais, a uma análise interpretativa do artigo 2º do Código Civil em conjugação com a normal constitucional e com a especial proteção estatuída do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Um detalhe, de qualquer sorte, parece incontroverso: a lei civil (CC, art. 2º) resguarda, expressamente, os direitos do nascituro, servindo para afastar, peremptoriamente, a tese natalista, por pregar que somente seria possível reconhecer direitos do nascituro depois de nascer vivo. Nessa linha de intelecção, é importante atentar para o fato de que o direito à vida é conferido ao nascituro pela Constituição da República (no caput do art. 5º) e reiterado pela lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 7º) impondo a salvaguarda do nascimento do nascituro, através do reconhecimento do direito à assistência pré-natal, disponibilizando-se condições saudáveis para o desenvolvimento da gestação.²⁴⁵

Dessa maneira, afirma o autor mencionado:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), pelo disposto no art. 7º, impõe ao Estado o dever de garantir “o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso” do ser humano. Indiretamente estabeleceu-se a norma jurídica implícita de resguardo dos interesses do nascituro ou embrião. O legislador foi extremamente feliz ao fixar esta diretriz, uma vez que o princípio democrático de igualdade de oportunidade deve alcançar o ser humano a partir de sua concepção. A mãe subnutrida ou portadora de doenças geneticamente transmissíveis afetará as condições físicas do nascituro. Urge, todavia, que tal princípio se institucionalize, dando-se efetividade à lei²⁴⁶.

Aliás, em sua história mais recente do Direito brasileiro, além da edição do Código Civil de 2002, ocorreu também uma mudança paradigmática, no que tange à proteção legal dos direitos do nascituro: trata-se da Lei nº 11.804/2008, também conhecida no meio jurídico como “Lei dos Alimentos Gravídicos”.

Referida lei, como o próprio nome mencionado sugere, tem por objetivo garantir à mulher grávida o direito de receber alimentos que visam a custear as despesas oriundas da

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson – **Direito Civil – Teoria Geral**, p. 240.

²⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson – **Direito Civil – Teoria Geral**, p. 242.

²⁴⁶ NADER, P. – **Curso de direito civil, parte geral – vol. 1**. p. 233

gestação, já desde a concepção até o parto, podendo esse direito ser convertido em pensão alimentícia após o nascimento da criança.

Entretanto, não obstante as muitas insatisfações manifestadas pela doutrina, que reclamava a concessão dos alimentos diretamente ao nascituro, fato é que, ao cabo, o objetivo precípua da norma em comento é resguardar os interesses daquele. Parece-nos, todavia, que a questão deva ser encarada como legitimação processual, afinal o não nascido tem nos pais os seus representantes legais, a menos que ofensa aos seus interesses, lhe tenha sido designado um curador.

Rolf Madaleno comemorou o advento da Lei de Alimentos gravídicos, muito embora afirme, outrossim, que a jurisprudência e a doutrina mais abalizadas já tendiam àquela proteção ao nascituro:

A Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008, dá vida à *teoria conceptionista* ao reconhecer, agora sim, por expresse texto legal, o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da *teoria natalista*, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido. Venceu, portanto, a evidência do bom senso.²⁴⁷

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A expressão é feia, mas o seu dignificado é dos mais salutareos. A lei 11.804/08 concede à gestante o direito de buscar alimentos durante a gravidez – daí alimentos gravídicos. Apesar do nome, de alimentos não se trata. Melhor seria chamar de subsídios gestacionais. Ainda que não haja relação parental estabelecida, existe um dever jurídico, verdadeira função de amparo à gestante.²⁴⁸

Algumas importantes observações de fazem necessárias: a legitimidade passiva do pretense pai, e excepcionalmente dos possíveis avós paternos, atuação do Ministério Público como substituo processual, em nome próprio, contudo na defesa dos interesses do nascituro e, por fim, o termo inicial da obrigação alimentar. Daí decorre, pois, que o destinatário de tais benesses legais, em verdade, é o ser concebido. Vejamos:

Por óbvio, o Ministério Público detém legitimidade para a propositura da ação de alimentos gravídicos, na qualidade de substituo processual (ou seja, pleiteando em nome próprio um direito alheio, em face da indisponibilidade do direito em disputa (CF, art. 127). A legitimidade passiva é do suposto pai, não se exigindo, naturalmente, prova inequívoca da paternidade. São suficientes meros indícios. É

²⁴⁷ MADALENO, Rolf – **Direito de Família**. p. 989.

²⁴⁸ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. p.560

possível ainda que a ação recaia sobre os supostos avós paternos quando provada a incapacidade contributiva do suposto pai. [...] Um dado extremamente significativo é que os alimentos gravídicos são devidos desde a concepção, afastando-se da regra geral de que seriam devidos desde a citação (§ 2º do art. 13 da Lei de Alimentos), evitando, com isso, manobras astuciosas do devedor para obstar ou atrasar sua citação, em detrimento do credor.²⁴⁹

No que se refere à legitimidade, esclarecendo o alcance protetivo concedido à ação de alimentos gravídicos, o eminente processualista Luiz Rodrigues Wambier esclarece:

Auto e réu devem ser partes legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, ara que tenha legitimidade, em princípio, deve der o titular da situação jurídica afirmada em juízo (arts. 17 e 18 do CPC/2015). [...] Excepcionalmente, porém, admite-se a substituição processual. Trata-se de alguém pleitear em nome próprio (ou seja, não como mero procurador) direito alheio, desde que autorizado pelo ordenamento jurídico.²⁵⁰

Entretanto, o amplo conjunto de direitos que detém o nascituro não é composto apenas por aqueles de índole patrimonial, sendo integrado também por direitos cuja fruição independe do nascimento, como é o caso do próprio direito à vida e à integridade física, além de outros (o de ser reconhecido como filho, por exemplo). Seria bastante estranho, para não dizer descabido, falar-se em “expectativa de direitos” nesses casos, numa busca equivocada de se sustentar a tese da não-personalidade (ou da “personalidade condicional”) do nascituro, quando a fruição desses mesmos direitos é atual, não dependendo de qualquer condição suspensiva.

No que tange aos direitos que demandam a aptidão para o exercício dos atos da vida jurídica (como é o caso dos direitos patrimoniais, por exemplo), o que falta por completo ao nascituro é a capacidade de exercício, também denominada capacidade de fato. Dependerá necessariamente de um representante legal para os exercer e postular em seu nome, como seus pais ou mesmo um eventual curador, que a lei faculta lhe seja nomeado. Não se trata de modo algum de “ausência de personalidade”.

Em suma, o que há, no entendimento de diversos autores (entendimento este também aqui esposado) é um grande equívoco por parte do legislador, equívoco este que, como

²⁴⁹ FARIAS, Cristina Chaves de e ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**. p.779.

²⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo – **Curso Avançado de Processo Civil**. p.336

observado antes, nasceu à época da redação do Código Civil de 1916 e, repetido pelo legislador de 2002, perdura até os dias atuais. Consiste o mesmo na confusão entre os conceitos de “personalidade” e de “capacidade”, caso em que o legislador, tomando o segundo por sinônimo do primeiro, recusou ao nascituro o *status* de pessoa.

Porém, como visto, o nascituro tem direitos. Alguns deles já desfrutam antes mesmo de nascer (como o direito à vida ou ao reconhecimento de filiação), ao passo que outros dependem do nascimento com vida para o seu gozo; dependerá eventualmente de um representante para exercê-los antes que venha a nascer, situação essa que não difere muito da de um incapaz já nascido. A capacidade de exercício, já se observou, comporta graus. Ninguém pensaria em recusar o estatuto jurídico de pessoa a um ser humano absolutamente incapaz, muito menos a um relativamente incapaz. Não há sentido em recusá-lo ao nascituro, portanto.

André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria fazem brilhante exposição deste argumento:

[...] Essa a razão por que Teixeira de Freitas dispôs no esboço “são absolutamente incapazes: 1º – as pessoas por nascer”. [...]

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

A afirmação de que estamos em presença de simples “expectativa de direitos” não resiste a um exame sério. O direito à vida ou o direito de representação, por exemplo, existem na sua plenitude desde o início da gestação. E bastaria ao nascituro ser titular de um único direito para que lhe não pudesse ser negada a qualidade de pessoa²⁵¹.

A posição aqui tomada, pois, se alinha com a melhor doutrina e tem por principal argumento aquele a seguir reproduzido novamente: basta o reconhecimento de um único direito para que o seu titular desfrute da qualidade de pessoa. Se é fato que compõe a própria definição de pessoa, no âmbito jurídico, a aptidão para possuir e exercer direitos (em nome

²⁵¹ MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira – **Condição Jurídica do Nascituro no direito brasileiro**. p. 69-71

próprio ou por meio de representante legal), como poder aceitar a tese dos “direitos sem sujeito”? Há que se reconhecer, sem sombra de dúvidas, o nascituro como pessoa, já que seria impossível negar-lhe a existência de direitos.

Conforme dito anteriormente, a questão segue dividindo a doutrina, havendo aqueles que, mesmo ante tão evidente argumentação, preferem assumir o posicionamento natalista ou outro análogo. Na jurisprudência não é diferente, não apresentando os tribunais brasileiros uma posição uniforme sobre o tema.

Gonçalves²⁵² observa que Supremo Tribunal Federal, sem posição marcada, ora se inclina a favor das teses natalistas, ora das teses concepcionistas, havendo diversas decisões tanto num quanto noutro sentido, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, confirma a teoria concepcionista, o que fica evidente em alguns dos seus julgados.²⁵³

Um dos julgados do STF favoráveis à tese natalista mencionados por Gonçalves fora precisamente aquele já antes analisado, que decidira pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Conforme Gonçalves, prevalecera a tese do início da pessoa humana com o nascimento com vida, por estreito placar (seis votos favoráveis *versus* cinco contrários à tese). Entendeu o Pretório Excelso que os direitos subjetivos garantidos pela Constituição não servem de fundamento para a proteção dos interesses do nascituro, pois apenas o nascimento garantiria a tutela constitucional²⁵⁴.

A título de ilustração, merece ser reproduzido o Informativo 508 do STF:

[...] as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), ao “livre exercício dos direitos... Individuais” (art. 85, III) e aos “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado²⁵⁵.

²⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**. p. 106.

²⁵³ Como, por exemplo, no REsp 399.023/SP 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *D.J.U* de 15/04/2002.

²⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**. p. 106.

²⁵⁵ JESUS, A. S. – **A Personalidade Civil da Pessoa Natural e o Direito do Nascituro**. p. 95.

Gonçalves²⁵⁶ menciona, no mesmo diapasão, o julgamento do RE 99.038, de 1993, no qual o STF decidiu que a proteção ao nascituro é proteção de expectativa de direito, a qual só se converterá em direito propriamente dito se aquele nascer vivo.

Por outro lado, no julgamento da Reclamação n. 12.040-DF a Excelsa Corte pareceu se inclinar à tese conceptionista, quando “[...] reconheceu ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-se lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade, com o direito de ver realizado o exame DNA, apesar da oposição da genitora”²⁵⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, que, como dito antes, parece ter maior inclinação à tese conceptionista, tem proferido algumas decisões favoráveis a certos direitos do nascituro, como o direito a ser indenizado por danos morais. Fora assim no RESP 399028/SP, já em 2002:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional²⁵⁸.

Este entendimento fora reiterado em julgado mais recente, proferido pelo mesmo Tribunal. Trata-se do RESP 931556/RS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ

²⁵⁶ Idem – *Op.Cit.* p. 106

²⁵⁷ Idem – *Op.Cit.* p. 96.

²⁵⁸ REsp 399.023/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *D.J.U.*, 15/04/2002.

DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. - Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. - É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. [...].²⁵⁹

No mesmo diapasão, tem-se a seguinte decisão, também do STJ, desta vez do ano de 2011 (Recurso Especial nº 1120676/SC):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.

1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).

5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido ²⁶⁰.

No âmbito dos Tribunais Estaduais, também há decisões favoráveis a direitos do nascituro, dentre os quais até mesmo a concessão de *habeas corpus* em favor dele. Assim procedeu, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em 2007, na ordem n.º 100070002991, em caso de gestante reclusa em estabelecimento penal:

EMENTA: HABEAS CORPUS - AÇÃO PROPOSTA PELA GENITORA DO NASCITURO FUNDAMENTANDO-SE NO DIREITO CONFERIDO A ELE DE NASCER DIGNAMENTE - ATENDIMENTO PRÉ E PÓS -NATAL -

²⁵⁹ REsp 931556/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrigui, *D.J.U.*, 17/06/2008.

²⁶⁰ REsp 1120676 SC, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, *D.J.U.*, de 04/02/2011.

NASCIMENTO EM LOCAL ADEQUADO COM A DEVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA. ORDEM CONCEDIDA²⁶¹.

Há ainda diversos outros julgados proferidos por Tribunais de Justiça dos Estados reconhecendo, direta ou indiretamente, a condição de pessoa ao nascituro, ou ao menos tratando-o como sujeito de direitos, como por exemplo na Apelação n.º 70002027910²⁶², apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se posicionou o referido órgão julgador: “o nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais”.

Não há, pois, entendimento pacificado na jurisprudência brasileira acerca da personalidade jurídica do nascituro. Nem os tribunais superiores, nem os tribunais estaduais adotam um posicionamento unificado sobre a questão, o que em nada contribui para a solução da celeuma secular que permanece entre os doutrinadores, cada um defendendo uma das três principais teorias sobre o início da personalidade jurídica.

Vê-se, pois, que um entendimento superficial da questão não se mostra suficiente para elucidá-la, como ocorre quando se toma um único comando legal (o art. 2º do Código Civil, por exemplo) para servir de fundamento ao reconhecimento -ou não - do estatuto jurídico de pessoa ao nascituro. O ordenamento jurídico brasileiro é muito mais complexo que isso. Decidir pela ausência de personalidade jurídica do embrião (armazenado em laboratório ou abrigado no útero materno) com base em uma leitura superficial de um dispositivo legal equivocadamente redigido é desconsiderar todo o sistema protetivo construído pelo ordenamento pátrio em favor do nascituro, o qual, embora assistemático, é inegavelmente presente.

Urge, pois, que doutrina e jurisprudência consigam encontrar um ponto de equilíbrio, um entendimento que harmonize, ou mesmo supere, as divergências que persistem há décadas a respeito do tema. Mas espera-se que tal se dê mediante uma análise cuidadosa, nunca superficial, de todo o disposto no Direito brasileiro acerca da vida pré-natal e seus direitos. Infelizmente, não é incomum que doutrinadores e mesmo julgadores tomem posição sem considerar aspectos importantes do ordenamento que nem sempre saltam aos olhos à primeira vista. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando o STF julgou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, conforme já se ressaltou. Melhor seria que a própria lei, especialmente a lei

²⁶¹ Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 2ª Câmara Criminal, julgado em 28/03/2007, publicado em 09/05/2007, sob a relatoria do Des. Adalto Dias Tristão.

²⁶² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Turma Recursal Cível, julgado em 29/02/2012, publicado em 06/03/2012, sob a relatoria do Des. Eduardo Kraemer.

civil, fosse devidamente reformulada e renunciasse a sua redação assentada em pressupostos equivocados, o que superaria uma controvérsia secular.

Portugal dera um passo significativo nesse sentido, em recente julgado no qual unificou-se entendimento acerca do art. 66º do Código Civil. A partir dessa decisão, muitas das posições que dividiam doutrinadores e operadores do direito deixaram de fazer sentido, dando-se um passo decisivo – ao menos no âmbito do Direito Privado – no sentido de se reconhecer a personalidade jurídica do nascituro. É o que se analisará a seguir.

3.3.2 Em Portugal

Como já antecipado, também Portugal vive às voltas com polêmicas relativas à personalidade jurídica do nascituro, pois, a exemplo da experiência brasileira, traz em seu diploma civilista um dispositivo que, à primeira vista e a partir de uma leitura sem a profundidade necessária, parece apontar para a adoção da teoria natalista.

Por outro lado, também atribui o ordenamento jurídico português uma série de direitos ao nascituro, de modo que, para muitos doutrinadores do passado e do presente, é difícil sustentar a tese natalista pura e simples. Tudo parece conduzir à conclusão, afirmam, de que o aparente acolhimento daquela teoria no texto civilista não fora, senão, um equívoco do legislador, tal como no Brasil.

Certamente, as proteções patrimoniais conferidas ao nascituro devem-se ao fato do legislador, malgrado a infelicidade na elaboração do art. 66º, ter-se inspirado em farto lastro doutrinário que alça “o direito ao respeito à vida” a sobrepor-se em relação à sociedade e, por consequência, ao ordenamento. Na verdade, o direito deve servir à vida – que o antecede e lhe dá contornos – em todas as suas fases, garantindo-lhe, ainda, um mínimo de dignidade. Assim, antes de um complementar detalhamento dos direitos do nascituro na órbita privado, o que inclusive já mencionado ao longo desta investigação, mister ressaltar os pilares que fundaram a concessão de mencionados direitos.

Com razão e profundidade humanística, ensina o Diogo Leite Campos:

Excluído da sociedade, o homem mantém-se totalmente um ser humano. A personalidade não depende de estatuto social [...]. A Vida humana é, pois, um bem muito anterior ao Direito, que a ordem jurídica deve integrar. Assim o fazem, tanto a Constituição como as leis ordinárias de Portugal e de outros Estados que consagram, ao menos em princípio, o direito ao respeito da vida. Sendo um direito de respeito à

vida, não se trata de um direito à vida, no sentido de direito a uma prestação. A vida não é uma concessão da sociedade, uma prestação do Estado.²⁶³

Já em 1929, Cunha Gonçalves, na vigência do Código Seabra, lecionava a respeito do artigo 6º do vetusto:

O nascituro, porém, tem-se por nascido somente no que toca aos seus interesses: *quoties de commodis ejus agitur*. Se nascer com vida e figura humana, adquire definitivamente todos os direitos que estavam dependentes dessa condição; e, no caso de morte imediata, fica sendo, por seu turno, autor de herança e transmite aos seus herdeiros os bens por pouco tempo adquiridos. Se nascer morto, como nada herdou, nada transmite aos que seriam seus sucessores legítimos; pois a lei colocara-o sob a sua protecção só para o efeito de poder adquirir, depois de nascido, os direitos condicionais que lhe advieram desde a sua concepção.²⁶⁴

Naquela altura, já se encontrava estabelecida o conflito conceitual entre capacidade de direito e capacidade e gozo, ao que respondia Cunha Gonçalves:

A personalidade ou capacidade jurídica é a precondition ou pressuposto de todos os direitos; e, por isso, ela encontra-se até nos recém-nascidos e nos dementes, ou em qualquer outro ente que ao qual a lei a reconhece; mas há uma capacidade de agir, que supõe a capacidade jurídica, sendo uma situação diversa. A personalidade é o homem jurídico num estado por assim dizer estático; a capacidade é o homem jurídico no estado dinâmico.

²⁶⁵

No magistério de Dias Marques, em obra que remete ao ano de 1958, temos a criação de uma ficção jurídica a retroatividade da capacidade de gozo, não havendo falar-se, ainda em personalidade jurídica, posição ainda utilizada atualmente para justificar o artigo 66º, n.º 1, do Código Civil. Assim, para o autor:

É que o dizer-se, como se diz neste artigo (art. 6o do Código de Seabra), que a capacidade surge com o nascimento, acrescentando-se logo de seguida que indivíduo, para certos efeitos, se « tem por nascido », não significa outra coisa senão atribuir-lhe, por via de ficção, e retroactivamente, a capacidade de gozo estritamente indispensável para encabeçar os direitos que lhe forem atribuídos.²⁶⁶

Ao mesmo tempo em que Portugal e Brasil compartilham verdadeiro impasse doutrinário, abalizada doutrina e o respaldo jurisprudencial rumam em direção à unificação

²⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. p. 557

²⁶⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha - **Tratado de Direito Civil**. p. 181.

²⁶⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha - **Tratado de Direito Civil**. p. 181

²⁶⁶ MARQUES, José Dias - **Teoria Geral de Direito Civil**. p. 57

dos entendimentos conflitantes, reconhecendo plenamente a personalidade jurídica no nascituro, como dito, algo inerente ao reconhecimento de sua existência.

Não é de hoje que a doutrina portuguesa aponta a confusão feita pelo legislador entre *personalidade* e *capacidade*, consubstanciada no texto do art. 66º do Código Civil, como se teve a oportunidade de mencionar acima, contudo, é preciso destacar que, com a devida permissão, o já citado art. 6º do Código anterior se aproximava de um maior feixe de proteção para o nascituro, diante da expressão “tem-se por nascido”.

António Menezes Cordeiro²⁶⁷ observa que esta confusão é antiga, remontando ao Código Seabra, lembrando que no período da pré-codificação ambos os conceitos eram ignorados.

A confusão no uso dos termos em causa, diz o autor, se perpetua no atual Código Civil. O legislador toma por “personalidade” o que seria, em verdade, a capacidade de gozo, o que também acomete a legislação civil brasileira, conforme analisado alhures, todavia, reconhecendo o trabalho de Paulo Cunha²⁶⁸, afirma:

A atual doutrina portuguesa distingue, em termos muito incisivos, a personalidade jurídica da capacidade jurídica: a primeira seria um dado qualitativo – a possibilidade de encabeçar direito e obrigações – quedando, à segunda, uma dimensão quantitativa – a medida abstrata de tais direitos e obrigações.²⁶⁹

As incongruências geradas pelo indigitado artigo 66º, que apresenta insuficiente – porque não dizer inexistente – dimensão do que é e quando se inicia a personalidade jurídica não deve ser, sobretudo através de uma literal interpretação, um guia fiável ao exercício da tutela legal. É justamente o que aponta o autor:

O artigo 66º padece de demasiadas anomalias para dele se retirar, em definitivo, um comando sobre o início da personalidade. Prudente será deixar a questão em aberto, bastando-nos o artigo 24º da Constituição sobre a inviolabilidade da vida humana. De todo o modo, multiplicam-se as intervenções que pretendem reportar o início da personalidade ao momento da concepção. Em termos dogmáticos, poderemos dizer: se a personalidade jurídica se contenta com a titularidade de um único direito, o nascituro é uma pessoa desde a concepção: tem, como vimos, o direito à vida. Em relação à capacidade para deter outros direitos, ela depende do nascimento [...] ²⁷⁰.

²⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil**. p. 358-359.

²⁶⁸ CUNHA, Paulo – **Teoria geral de Direito Civil**. p. 14-15

²⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, v. 4.p.358

²⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, v. 4.p p. 364-5.

De fato, basta o reconhecimento de um único direito ao nascituro para fazer dele pessoa, na acepção mais viável à sua condução ao eixo central do ordenamento jurídico, como destinatário de tutela digna e condizente com o princípio da dignidade humana. Quem tem o direito à vida digna, deveria, igualmente, fazer jus a todos os outros “direitos menores e consequentes”.

Não se deve, pois, associar a personalidade jurídica ao nascimento, até porque como amplamente exposto, o nascituro é pessoa desde a concepção, entretanto, mister afirmar que a capacidade de gozo se encontra condicionada ao ato de nascer.²⁷¹

Portanto, conclui o autor que o nascituro tem personalidade jurídica, pois tem ao menos o direito à vida, do qual já desfruta; quanto aos demais direitos, notadamente os de índole patrimonial, a sua capacidade de gozo está submetida à condição (suspensiva) do nascimento com vida. Esta é a exegese que recomenda o ilustre doutrinador.

Em abordagem relacionada com o direito sucessório do nascituro, a quem afirme a ocorrência de uma ficção jurídica que antecipa a sua personalidade, a fim de que exerça o direito à herança, diante da necessidade do nascimento com vida. Nesse sentido, Queiroga Chaves:

Os nascituros desde que venham a nascer com vida têm capacidade sucessória [...]. Mas para que não se pense que são chamadas à sucessão pessoas que ainda não existem, é necessário que o chamado já exista no momento da morte do autor da herança. Ocorre aqui uma construção jurídica que ficciona a antecipação da personalidade do nascituro. Este já era realidade desde o momento da concepção, não inda uma personalidade plena, pois esta só adquire no momento do nascimento (art. 66º, n.º 1) mas por assim dizer uma personalidade limitada, reduzida ou fracionária, que só valerá para certos efeitos expressamente referidos em lei.²⁷²

Pedro Pais de Vasconcelos também sustenta a posição de que a “personalidade” a que se refere o artigo 66º do Código Civil deve ser entendida como significando, na verdade, a capacidade de gozo. Só assim poderá o referido dispositivo se harmonizar com o restante do ordenamento jurídico, entende o autor, vez que recusar ao nascituro o estatuto de pessoa equivaleria a tratá-lo como mero objeto de direito (ao invés de sujeito de direitos), o que seguramente não se coaduna com a extensa proteção legal de que desfruta no ordenamento português:

²⁷¹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, v. 4, p.371.

²⁷² CHAVES, João Queiroga – **Heranças e Partilhas Doações e Testamentos**. p. 42-43.

A redacção do artigo 66º do Código Civil não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro de sua letra. Como se disse atrás, a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem. Por isso, o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica. Assim interpretado, o artigo 66º do Código Civil torna-se harmónico com os demais citados preceitos do mesmo Código. A personalidade jurídica das pessoas humanas tem início concomitantemente com o início da sua vida e existência enquanto pessoas²⁷³.

Como se percebe, apoia o autor supracitado os seus argumentos na ideia jusnaturalista de que a personalidade é um fato da natureza, um dado fático que não pode ser criado, somente declarado, pelo Direito. Não pode este outorgar a qualquer ser o *status* de pessoa, tampouco negá-lo a quem o tem efetivamente.

Pais de Vasconcelos apresenta duas importantes observações sobre vida intrauterina: o relacionamento pessoal que se limita à mãe e a precariedade, ambos com desdobramentos que merecem maior atenção:

A limitação do relacionamento com a mãe impede a capacidade de gozo, salvo em matérias que são inerentes à própria qualidade de pessoa [...] A pessoa pré-nascida tem a titularidade de dos mais importantes direitos de personalidade, como o direito viver, à identidade pessoal e genética, à integridade genética e física. Tem direito a nascer, a não ser ferida fisicamente, a não ser manipulada ou perturbada geneticamente, a ser aquela mesma pessoa única e irrepetível, não fungível, a ser bem tratada e receber os cuidados que a sua condição impõe. A Moral comum assim o exige e a Constituição da República, nos artigos 24º e 25º assim o reconhece.²⁷⁴

E prossegue, quanto à precariedade:

A precariedade impõe que se encontre solução jurídica para os casos em que, após a gestação, o embrião não logra êxito e morre antes de nascer. É para esses casos, que o n.º 2 do artigo 66 do Código Civil estatui que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. Se houver nascimento com vida, a pessoa continua a vida e a personalidade que já tinha, a sua capacidade de gozo torna-se genérica, com as limitações apenas da sua natureza humana e aquelas que a lei estabelece, e fica numa situação de incapacidade de exercício geral, como menor. O nascimento traduz apenas o início da capacidade de gozo.²⁷⁵

²⁷³ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p.74

²⁷⁴ PAIS DE VASCONCELOS, P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. p.74

²⁷⁵ Idem. **Op. Cit.** p.74

Sua posição, entretanto, se afasta da de Menezes Cordeiro, na medida em que não admite que o nascimento seja considerado como condição suspensiva para a fruição dos direitos em causa. Tal posição se coaduna com a visão de que a personalidade é concomitante à vida humana:

A capacidade jurídica pré-natal é condicionada pelo nascimento. Mas esta condição não é suspensiva. Desde a concepção, o nascituro é já titular de direitos de personalidade, entre os quais, como se disse já, assumem particular relevância o direito a viver, à identidade pessoal e genética, à integridade genética e física. Tem direito a nascer, a não ser ferido fisicamente, a não ser manipulado ou perturbado geneticamente, a ser aquela mesma pessoa, única e irrepetível, não fungível, a ser bem tratada e a receber os cuidados que a sua condição impõe.

Se o nascituro vier a nascer com vida, a sua capacidade de gozo alarga-se, com o nascimento, embora a sua capacidade de exercício se mantenha nula como é próprio do estatuto jurídico da minoridade. Se morrer antes de nascer, a sua morte extingue a personalidade. [...] A diferença concentra-se na sua esfera jurídica patrimonial [...]. A lei tem como não concebidos aqueles que não chegaram a nascer com vida. É uma ficção que funciona retroactivamente²⁷⁶.

Estas construções teóricas, que por muito tempo foram abraçadas por parte importante – embora minoritária – da doutrina portuguesa, recentemente passaram a encontrar importante acolhida na jurisprudência lusa, dando-se um grande passo no sentido de firmar-se exegese unificada do artigo 66º do Código Civil.

Todavia, percorreu-se um grande e arduo caminho junto aos tribunais que, sustentando posição insuficiente à tutela do nascituro, deixou – *data maxima venia* – de promover justiça e dar real significado ao comando constitucional contido no artigo 24º.

Pertinente, assim, uma análise evolutiva da jurisprudência para, corretamente, dimensionar o retrocesso e o gradual avanço alcançado modernamente, remetendo-nos, de início a um julgado do ano de 1977:

RLx 28-Jan. 1977: estendeu-se que o jovem FERNANDO, nascido seis dias depois da morte de sua pai, num acidente de viação, teria direito a uma indemnização por danos morais; explica o Tribunal: “O menor ficou privado do amparo moral e proteção, orientação e carinho que o pai lhe prodigalizaria até a maioridade e muito especialmente enquanto criança e jovem”²⁷⁷

²⁷⁶ Idem. *Op. Cit.* p. 75.

²⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, v. 4. p.369.

Não obstante o caráter inclusivo da decisão acima referida, totalmente alinhado com o reconhecimento da personalidade jurídica da pré-nata, ao conceder-lhe indenização por dano moral em razão da morte de seu genitor em acidente automobilístico, importa trazer à colação evidente regresso na atual jurisprudencial, que renegou a tutela justa à quem, já sendo pessoa, estava, apenas, por nascer:

RCb 27-Set.-1988: ALEXANDRA, nascida três meses após a morte do pai, em consequência de facto ilícito, não teria, na altura, capacidade jurídica; além disso, nenhuma lei lhe reconheceria qualquer indemnização: esta, foi-lhe, pois, recusada.

RPt 13 Abr.-1989: o jovem MÁRIO FELIPE, nascido depois da morte do pai ilicitamente causada num acidente de viação, não tem qualquer direito a uma indemnização por danos próprios; apenas poderia receber algo por via sucessória.²⁷⁸

Novamente em guinada positiva, reconheceu-se ao nascituro – filho de vítima fatal, o direito a uma indenização por danos extrapatrimoniais, ainda que lhe condicionando ao nascimento com vida. Mesmo controverso, o *decisum* demonstra evidente avanço ao reconhecer dano moral indenizável ao não nascido:

RPt 30-Mar.-2000: O artigo 496º/2, do Código Civil, ao atribuir aos filhos o direito a indemnização por danos não exclui os nascituros; estes têm, assim, direito à indemnização desde que se verifique o condicionalismo do artigo 66º.

Mais tarde, contudo, sob a relatoria de Helder Roque, o Supremo Tribunal de Justiça, em 2009, em que restaram vencidos os votos de Mario Cruz e Ernesto Calejo, mostrou incontestemente retrocesso ao manter a negativa de indenização pela Relação à criança que teve o pai morto antes do nascimento, afirmando que o nascituro cabe apenas os direitos que a lei reconhece, invocando a aplicação do artigo 66º, n. 2 do Código Civil.²⁷⁹

Felizmente, apoiado no esteio insofismável que representam as obras de autores como Digo Leite Campos, Pedro Pais de Vasconcelos, António Menezes Cordeiro entre outros, o Supremo Tribunal de Justiça português, em 2014, em acórdão proferido nos autos do processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, 2ª Seção reconheceu o direito de indenização por danos não-patrimoniais ao nascituro, sopesando, ainda que falta ao não nascido capacidade de gozo, mas não a personalidade.

²⁷⁸ Idem – *Op. Cit.* p. 369

²⁷⁹ Idem – *Op. Cit.* p. 369-370

Campos e Costa²⁸⁰ observam que a autora do pedido apreciado questionara a exegese do art. 496º do Código Civil, que reconhecia apenas aos filhos já nascidos o direito à indenização, que conflitaria com o artigo 26º da Constituição, que a todos reconhece o direito à identidade pessoal. Tal interpretação feriria ainda o art. 13º da Carta Magna, que a todos estende tratamento isonômico, vez que criaria desigualdades entre os descendentes de um dado progenitor no mesmo grau, ao dar direito à pretensão indenizatória a alguns deles, com inexplicável e injusta exclusão dos nascituros.

Decidiu, pois, o Supremo Tribunal de Justiça português em favor do direito do nascituro à indenização por danos não patrimoniais, acolhendo a tese de que a correta interpretação do art. 66º do Código Civil deve ser a de que a mencionada “personalidade” indicada pelo texto legal refere-se, na realidade, à capacidade de gozo, senão vejamos:

I - Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai.

II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.

IV - Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação.

V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade [...].

²⁸⁰ CAMPOS, M. M.; COSTA, E. D. – **A Proteção ao Nascituro na Constituição, na Legislação Ordinária e na Moderna Jurisprudência Portuguesa e Brasileira – Análise Comparativa.**

VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o “nexo umbilical” que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro [...].

VII - Considera-se justa e adequada a quantia pedida pela Autora (filha da vítima) de € 20 000,00, a título de danos não patrimoniais próprios decorrentes da perda do seu pai²⁸¹.

Com respeito ao debate e, sobretudo, às posições contrárias, reputa-se digno de aplausos o acórdão que emprestou correta, justa e inclusiva interpretação ao art. 66º do Código Civil, consentânea com o carácter protetivo da pessoa, independente do ato de nascer com vida. Com efeito, esta paradigmática decisão é um passo decisivo em direção à correção de um histórico equívoco do legislador civilista, que, confundindo as esferas da personalidade e da capacidade jurídica, tantos enganos ensejou ao longo do tempo.

Stela Barbas observa que o mencionado artigo 66º há muito se encontra perdido no tempo. Décadas antes, autores diversos, ante os avanços nas técnicas de reprodução assistida, apontavam a insuficiência da referida norma, aderindo boa parte deles à tese de que a personalidade começa bem antes do nascimento, diferentemente de como estatui o dispositivo, situando o seu princípio na concepção.

Disse a autora:

Há que alterar o ordenamento jurídico no sentido de total equiparação do nascituro à pessoa nascida, nomeadamente, na área do direito criminal. É uma imposição lógica e necessária [...]: não pode haver sujeitos e não sujeitos de direito; humanos e não humanos; a unidade da pessoa humana é um valor absoluto que com a dificuldade conhecida só foi alcançada pelo Direito no caminhar dos séculos²⁸²

Portugal ainda não procedeu a essa mudança na lei, como quis a autora. No âmbito do direito criminal, particularmente, andou o país em sentido contrário ao pretendido. No entanto, a adesão da jurisprudência portuguesa a uma interpretação concepcionista da lei civil

²⁸¹ ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1. Data do acórdão: 03 de abril de 2014. Relator: Álvaro Rodrigues. **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA** [Portugal]. [Em linha].

²⁸² BARBAS, S. M. A. N. – **Direito do Genoma Humano**. p. 78.

seguramente já é um passo importante no sentido de fazer a tese ser acolhida em todo o ordenamento jurídico luso.

O Brasil, que enfrenta equívoco idêntico, também possui parte importante de sua doutrina apoiando tese semelhante. No entanto, como visto, a jurisprudência não firmou entendimento unificado no mesmo sentido, ao menos até o momento. Espera-se que esta situação possa se transformar nos próximos anos, seja pela mudança na jurisprudência, seja pela própria reforma do texto legal.

O nascituro é sujeito de direitos, e, portanto, pessoa. Impossível recusar-lhe este *status*, ante tamanha proteção legal e constitucional, num e noutro país. Estaria em completo descompasso com a ordem jurídica luso-brasileira qualquer entendimento em sentido contrário, qual seja, o de que é o nascituro apenas uma extensão do corpo materno, um ente despersonalizado, mero objeto do direito. Resta a lei, quando não também a jurisprudência, reconhecê-lo de forma expressa, inserindo-o de forma inequívoca no rol das pessoas naturais.

Em arremate, pertinente a lição de Capelo de Souza, salvaguardando os interesses do não nascido, inclusive em face de seus representantes legais, em caos de colisão de interesses, mesmo defendendo uma personalidade jurídica parcial, construção que, com o devido respeito, diminui renega o *status* de pessoa, afinal, não existe pessoa parcial ou, mesmo, meia pessoa:

[...] daí decorre que é necessário reconhecer no concebido uma entidade parcialmente dotada de força jurisgênica, pois podem existir lesões e ilícitos juscivilisticamente tutelados nos casos em que o concebido morra antes do nascimento e para o esclarecimento de tais efeitos jurídicos mostra-se ainda mais adequada a construção do concebido como uma personalidade jurídica parcial. É claro que ele agirá juridicamente através dos seus representantes legais, mas a atribuição ao concebido da titularidade dos poderes jurídicos sobre o bem geral da sua própria personalidade física e moral poderá ter interesse mesmo face aos seus próprios representantes legais.²⁸³

Por todo o exposto, erigindo o homem e o respeito ao direito à vida ao epicentro de proteção do ordenamento jurídico, inclusive com atual reconhecimento do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, mostra-se acertada a conclusão de que o não nascido já concebido tem personalidade e, ainda e que tal atributo não comporta fracionamento ou fungibilidade, exatamente como preconiza a doutrina de Hoster:

²⁸³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath - **O Direito Geral de Personalidade**. p. 363.

Não sendo possível atribuir ao nascituro uma personalidade limitada ou fazer retroagir a personalidade de uma criança nascida ao momento da lesão, visto não haver nenhum fundamento legal para o efeito, a ordem jurídica não pode, porém, negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos. Assim, do mesmo modo que a lei estabelece uma conexão entre o nascimento e a personalidade, deve estabelecer também uma ligação entre o nascimento e as lesões anteriormente verificadas. No momento do nascimento, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade. Nestes termos, ao ter nascido, a criança adquiriu um direito à indemnização e isto em conformidade com a lei que faz depender a personalidade do nascimento completo e com vida, não conhecendo qualquer tipo de personalidade limitada ou com efeitos retroactivos.²⁸⁴

Sobreleva notar, por derradeiro, que é dever do homem, enquanto centro gravitacional do direito, de quem recebe proteção para, desde a concepção, desenvolver-se dignamente, um olhar empático e minimamente racional, para avaliar e entender as mazelas geradas por uma infância mal vivida. Sendo o nascituro capaz de experimentar sensações e realizar trocas com o meio externo, por óbvio, terá gravado no seu “eu” as consequências de relações nefastas, e pior: sem discernimento para entendê-las, assim como os sofrimentos e medos que nelas se originam.

Chamamos ao enfrentamento da dor e seus consectários expressados por Graciliano Ramos²⁸⁵, em sua obra “Infância”, revisitando um momento de terror e introspecção nas lembranças de uma surra ministrada por seu pai, citada por Bittar e Almeida²⁸⁶:

Hoje não posso ouvir uma pessoa falar alto. O coração bate-me forte, desanima, como se fosse parar, a voz emperra, a vista escurece, uma cólera agira coisas adormecidas cá dentro. A horrível sensação de que me furam os tímpanos com ponta de ferro. [...] Sozinho, vi-o de novo cruel e forte, soprando, espumando. E ali permaneci, miúdo, insignificante, tão insignificante e miúdo que como as aranhas que trabalhavam na telha negra. Foi esse o primeiro contacto que tive com a justiça. (Grifou-se)

²⁸⁴ HÖRSTER, Heinrich Ewald – **A parte Geral do Código Civil Português**. p. 301

²⁸⁵ Graciliano Ramos de Oliveira foi um romancista, cronista, contista, jornalista, político e memorialista brasileiro do século XX, falecido em 20/03/1953, e a obra literária *Infância* foi publicada em 1945. Os trechos mencionados neste trabalho constam das páginas 31 e 32 do livro.

²⁸⁶ BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de – **Curso de Filosofia do Direito**. p. 568-569

CONCLUSÃO

É inegável que as legislações de Portugal e do Brasil, ainda que lentamente, se mostram em constante evolução visando à construção de um sistema de proteção aos direitos do nascituro, tanto no tocante aos direitos de personalidade, quanto naqueles referentes a direitos patrimoniais. Entretanto, é preciso sacramentar tratar-se de tutela conferida à pessoa humana, pois esse é o *status* justo e merecido. Nesse passo, guardadas as especificidades dos respectivos ordenamentos, observa-se expressa, porém incompleta, tutela normativa em favor do nascituro; esta, todavia, com permissão ao surgimento de dúvidas quanto à efetiva proteção ao conceito e consectários da personalidade. Sobreleva reconhecer que a proteção da vida intrauterina e seus interesses necessita de evolutiva intervenção doutrinária e jurisdicional, diante da incompletude da lei.

Em breve digressão, e deixando de estender o foco constitucional da dignidade da pessoa humana ao nascituro, se faz notar que as Constituições dos dois países não o mencionam, e tampouco se preocupam em estabelecer o marco inicial da vida/personalidade humana. Contudo, embora carentes de claras definições, os ordenamentos ocupam-se em trazer comandos normativos que devem, inequivocamente e sob a melhor técnica de hermenêutica, ser interpretados conforme os preceitos que remontam à tutela da vida e da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado em ambas as Cartas Políticas em seus artigos 1º.

Destaca-se, assim, o direito à proteção da vida pré-natal, elevando a vida e a dignidade humana ao mais alto patamar de valores protegidos pela ordem jurídica, peremptoriamente alinhado com os preceitos de ordem moral e religiosa que guiam as duas nações, ambas com fortes raízes no cristianismo.

Sob a ótica protetiva direcionada ao nascituro, merece especial atenção a atual legislação portuguesa referente à interrupção da gravidez (permitida até a 10ª semana de gestação), que, de certa forma, desconsidera o princípio constitucional da inviolabilidade da vida humana, mitigado de maneira excepcional por representar os anseios de boa parte da sociedade. São valores em construção inspirando novas tendências legislativas, o que deve ser precedido de necessário e efetivo debate social, sem nunca sem perder-se do campo ético e moral.

Já no Brasil, as possibilidades da prática abortiva são restritas aos casos de estupro (até a 22ª semanas), risco de morte para a mãe e o para o nascituro e, por fim, em situações de

anencefalia, mostrando – ainda -, uma posição mais conservadora. Não obstante a efervescência do debate, o tratamento jurídico, busca um alinhamento com o Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual toda vida humana, desde a concepção, deve ser protegida. A depender da fortíssima atuação da bancada cristã no Congresso Nacional, a liberdade conferida à gestante, como ocorre em Portugal, ainda que timidamente, tende a sucumbir na jurisdição brasileira. Mas, o tempo dirá.

No tocante à seara privada — seja em relação à personalidade e sus conseqüências, seja referente às questões patrimoniais — Portugal e Brasil possuem uma trajetória bastante semelhante, partilhando tradições jurídicas que expressam o reconhecimento à titularidade de direitos, possibilitando ao nascituro ser beneficiário no contrato de doação, ser reconhecido como herdeiro, bem como ter direito à perfilhação. Tem-se, então, que independente de reconhecê-lo como pessoa e, por consequência dotado de personalidade jurídica, na órbita dos direitos patrimoniais há considerável atribuição de direitos ao nascituro, contudo, dependentes do seu nascimento com vida.

Todavia, a principal falha legislativa repousa justamente no marco inicial da personalidade, vez que ambos adotam o nascimento com vida como elemento primordial. Nesse diapasão, o avanço irreversível e cada vez mais pujante das tecnologias de reprodução humana, muito em breve revelará que o ato de nascer do ventre materno não mais será o único critério apto a estabelecer o início da personalidade.

Assim, considerando que a vida em sociedade não pode prescindir da legalidade, é dever do Estado à efetiva proteção da pessoa humana, e isso, invariavelmente, passa por uma normatização equitativa e suficientemente efetiva.

Se o homem foi erigido ao centro das atenções pelas Magnas Cartas, então é necessário abandonar as amarras e romper barreiras para a construção de uma sociedade que se reconheça em suas leis e, principalmente, em seus valores morais e éticos.

A vida humana, em tempos de augusta biotecnologia, impõe concomitante evolução conceitual e pragmática dos mecanismos legais de proteção àquilo que o mundo tem de mais valioso: o homem, sua vida e seus valores. E que não nos afastemos da ideia de que a vida extrauterina é somente mais uma fase dessa aventura que se renova a cada concepção! É a vida inspirando uma tutela justa!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Geral

- ASCENSÃO, João de Oliveira – **Direito Civil - Teoria Geral, vol. 1.** Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN 9723209896.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra Martins – **Comentários à Constituição do Brasil**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. ISBN 9788502046238.
- BITTAR, Eduardo C. B e ALMEIDA, Guilherme Assis de – **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00676-6.
- CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões.** Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 978-972-40-0993-3.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993. ISBN 9724007570.
- CHAVES, João Queiroga – **Heranças e Partilhas Doações e Testamentos.** Lisboa: Quid Juris, 2013. ISBN 978-972-724-646-5.
- CIPRIANI, Giovanni – **O embrião humano: na fecundação o marco da vida.** São Paulo: Paulinas, 2007. ISBN 978-8535618877.
- COELHO, Fábio Ulhôa – **Curso de Direito Civil: parte geral, volume 1.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-17360-6.
- DELLA NINA, Pedro Linhares – **A sucessão do descendente: Um cotejo entre Portugal e Brasil.** Joinville: Clube de Autores, 2020. ISBN 979-86-970-7108-3.
- DINIZ, Maria Helena – **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN 9788502027466.
- FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson – **Direito Civil, Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 978853709159.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Lições de Direito das Sucessões.** Lisboa: Quid Juris, 2012. ISBN 978-972-724-598-7.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **O dicionário da Língua Portuguesa.** Curitiba: Positivo. ISBN 8574724165.
- GOMES, Orlando – **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 8530912845.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, Vol. 1: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15530-5.

- GONÇALVES, Luiz da Cunha – **Tratado de Direito Civil, vol. 1.** 1929, vol. I, pg.181.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald – **A parte Geral do Código Civil Português.** Coimbra: Almedina. 1992. ISBN 9789724007106.
- LISBOA, Roberto Senise – **Direito Civil de A a Z.** Barueri: Manole, 2008. ISBN 9788520427286.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Curso de Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos,** vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. ISBN: 8535302018
- MARQUES, José Dias – **Teoria Geral do Direito Civil, vol. 1,** 1958.
- MIRANDA, Eugênio Pontes de – **Tratado de Direito Privado,** tomo IX. São Paulo: Bookseller, 2012. ISBN 9788574680736
- MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 9788522450275.
- NADER, Paulo – **Curso de direito civil, parte geral – vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6992-9.
- NEVES, José Roberto de Castro – **Uma introdução ao Direito Civil – Parte Geral.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020. ISBN 978-85-9524-085-8.
- NASCIMENTO, Filipe Queiroz – **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – sua aplicação no Brasil e em Portugal.** Rio de Janeiro: Publicação independente, 2020. ISBN 9798699690596.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de – **Curso de Direito Civil, vol. 1.** São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9536-8.
- PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito das sucessões contemporâneo.** Lisboa: AAFDL, 2015. ISBN 978-9726290926.
- SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-474-9.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.) – **Código Civil Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-16209-9.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Lei de introdução e parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5399-7.
- TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 9788553616404.
- TELLES, Inocência Galvão - **Manual dos Contratos em Geral.** 4ª ed. Lisboa: Coimbra, 2010. ISBN 972-32-1103-3.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* – **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN 978-85-7147-619-6.

TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena Donato – **Fundamentos do Direito Civil, vol. 1, Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-8914-9.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa – **Direito Civil Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 9788522453252.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo – **Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. ISBN 978-65-5614-081-0.

Específica

ALACRÓN, Pietro de Jesús Lora – **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. ISBN 9788586456829. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato – **Tutela Jurídica do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN 8502030310.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e – **Início da personalidade da pessoa natural no projeto do Código Civil Brasileiro** in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ed. Especial, 1997, p. 78-91.

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

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724011134.

_____, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724032504.

BITTAR, Carlos Alberto – **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. ISBN 9788502208278.

BARBOZA, Heloisa Helena – **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CAMPOS, Diogo Leite de - **A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista)**. In *Pessoa Humana e Direito*. Coordenação de Diogo Leite Campos e Silmara Juny Chinelato. Almedina, 2009. Também disponível in Boletim da Ordem dos Advogados, no 44, Nov. Dez. 2006.

- _____, Digo Campos de – **Lições de Direito da Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 12039398
- _____, Diogo Leite de – **Nós: Estudo sobre o Direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 9789724021553.
- _____, Diogo Leite de – **O estatuto jurídico do nascituro** in Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – Nova Fase – n.º 5, 1999, Belo Horizonte, p. 219-226
- _____, Diogo Campos de – **O início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica**. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, III, págs. 1254 – 1268.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath - **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra: 1995. ISBN 9723206773.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de – **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 9788522492534.
- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, v. 4. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4457-6.
- DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 9788520347560.
- DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502180659.
- DUARTE, Tiago – **“In vitro veritas?” A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-9724018935.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**. Salvador: JusPodivm, 2019. ISBN 9788544225103.
- FREITAS, Augusto Teixeira – **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília.
- KOTTOW, Miguel – A bioética do início da vida In: SCHRAM, F. R.; BRAZ, M. (Org.) **Bioética e Saúde: novos tempos para mulheres e crianças?** Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. ISBN: 978-85-7541-540-5.
- MADALENO, Rolf – **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 9788530984533
- MELO, Helena Pereira de – **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3495-9.
- MELO, Heloisa Pereira de – **O embrião gerado in vitro é sujeito de Direitos?** Humanística e Teologia, v. 18, n. 2-3, p. 313-340, 1997.
- MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira – **Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

- MOREIRA, Sónia - **O direito (?) constitucional à vida do embrião** in *Direito na Lusofonia*, vol. II. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. ISBN 9789899976627.
- MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 9789723220100.
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro – **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724031934.
- PUSSI, William Artur – **Personalidade Jurídica do Nascituro**. Curitiba: Juruá, 2008. ISBN 978853621944.
- SALEM, Tania – **As novas técnicas reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa, vol. 3 n.º 1**. Rio de Janeiro: Mana, 1997
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla – **Os direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. ISBN 8573084235.
- SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. ISBN 8520310214.
- TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza e MEIRELES, Rose Melo Venceslau – **Fundamentos do Direito Civil, vol. 7**, Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309.8914-9.
- TORRES, António Maria M. Pinheiro – **Acerca dos Direitos de Personalidade**. Lisboa: Reis dos Livros, 2000. ISBN 9725108973

Documentos eletrônicos

- ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1. Data do acórdão: 03 de abril de 2014. Relator: Álvaro Rodrigues. **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA** [Portugal]. [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2015]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>.
- AMBROSIM, Maicon Venicio de Souza; PARRON, Stênio Ferreira – **O Nascituro como Sujeito de Direitos**. [Em linha]. [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13415>.
- BARBOZA, Heloisa Helena – **Princípios da Bioética e do Biodireito**. [Em linha]. p. 209–10. [Consult. 15 ago. 2019]. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275.
- CALDEIRA, Cesar – **Alimentos Gravídicos: análise crítica da Lei nº 11.804**. [Em linha]. Rio de Janeiro: SJRJ, 2010. [Consult. 02 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/131-424-1-pb.pdf>>.

- CAMPOS, Mónica Martínez de; COSTA, Eva Dias – **A Proteção ao Nascituro na Constituição, na Legislação Ordinária e na Moderna Jurisprudência Portuguesa e Brasileira – Análise Comparativa**. [Em linha]. Porto: Universidade Portuguesa, 2015. [Consult. 13 ago. 2019]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/1385>.
- CATÃO, Nathália de Lima – **A Utilização de Células-Tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos**: a questão das sobras embrionárias e da clonagem terapêutica diante dos direitos fundamentais. [Em linha]. Alagoas: Revista da ESMAL, 2017. p. 211. [Consult. 16 ago. 2019]. Disponível em <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/77/32>.
- CONJUR. **O nascituro e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. [Em linha] Revista Consultor Jurídico, 1 julho de 2002. [Consult. 02 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://www.conjur.com.br/2002-jul-01/nascituro-estatuto-crianca-adolescente>>.
- FALCÃO, Rafael de Lucena – **A Personalidade Jurídica do Nascituro**. [Em linha]. [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/a-personalidade-juridica-do-nascituro,40202.html>>.
- FELIPE, Nicolas Elias – **As Teorias da Concepção e o Nascituro no Direito Brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 11 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<https://nicolasfelipe.jusbrasil.com.br/artigos/475128655/as-teorias-da-concepcao-e-o-nascituro-no-direito-brasileiro>>.
- FREITAS, Lúcio R. O. – **A Personalidade Jurídica do Nascituro**. [Em linha]. [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>>.
- JESUS, Amauri Silva de – **A Personalidade Civil da Pessoa Natural e o Direito do Nascituro**. [Em linha]. [Consult. 11 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<https://amaurisilvadejesus.jusbrasil.com.br/artigos/351496098/a-personalidade-civil-da-pessoa-natural-e-o-direito-do-nascituro>>.
- MELO, Helena Pereira de – **O Embrião Gerado *in vitro* é Sujeito de Direito?** [Em linha]. [Consult. 16 ago. 2019]. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/24681/1/O%20Embri%C3%A3o%20gerado%20in%20vitro%20%C3%A9%20sujeito%20de%20Direito.pdf>.
- MONTEIRO, Rosa – **A Descriminalização do Aborto em Portugal**: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. [Em linha]. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2012. [Consult. 12 Ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_204_d01.pdf>.
- MOREIRA, Sónia – **O Direito (?) Constitucional à Vida do Embrião**. [Em linha]. Braga: Universidade do Minho, 2017. [Consult. 06 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47312/1/17-Lusofonia%20III%202017.pdf>>.
- PAIVA, Izabela Romanoff – **Mobilização Legal em torno da Liberação do Uso de Células Estaminais Embrionárias para Fins Científicos no Brasil e em Portugal**. [Em

linha]. Coimbra: FEUC, 2016. [Consult. 13 ago. 2019]. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/33221>.

PAULA, Bianca – **O Aborto no Código Penal Brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 30 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<https://jus.com.br/artigos/57513/o-aborto-no-codigo-penal-brasileiro>>.

PEREIRA, Andressa Hiraoka – **O Direito Fundamental do Nascituro em Receber Alimentos à Luz da Lei nº 11.804/08**. [Em linha]. [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<https://jus.com.br/artigos/21972/o-direito-fundamental-do-nascituro-em-receber-alimentos-a-luz-da-lei-n-11-804-08>>.

QUEIROZ, Frederico Henrique Pereira – **Direito Português e Brasileiro: história e evolução**. [Em linha]. [Consult. 06 abr. 2019] Disponível em WWW: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3806/direito-portugues-brasileiro-historia-evolucao>>.

ROSA, Emanuel Motta da – **O Crime de Aborto e o Tratamento Penal**. [Em linha]. [Consult. 01 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>>.

SÁ, Luís Manuel Bulhões Correia de – **A Condição Jurídica do Nascituro e o Aborto**. [Em linha]. Porto: Universidade Portucalense, 2012. [Consult. 13 ago. 2019]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/365>.

SINISCALCHI, Carolina – **O Nascituro no Ordenamento Jurídico Pátrio**. [Em linha]. [Consult. 10 jul. 2019]. Disponível em WWW: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-nascituro-no-ordenamento-juridico-patrio/>>.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Luiz – **Direito à vida do nascituro** [em linha]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009 [Const. 10 jul 2019]. Disponível em WWW: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8491/1/Flavio%20Luiz%20Teixeira%20Junior.pdf>>.

VELASCO, Ignacio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. [Em linha]. [Consult. 06 abr. 2019] Disponível em WWW: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>>.

Fontes documentais

a) Internet

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. [Em linha]. [Consult. 31 jul. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto–Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. [Em linha]. [Consult. 01 ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto–lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [Em linha]. [Consult. 02 Ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

BRASIL. **Lei nº 11.804**, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. [Em linha]. [Consult. 02 ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007–2010/2008/lei/l11804.htm>.

PORTUGAL. **Código Civil Português (1966)**. Decreto–Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966. [Em linha]. [Consult. 07 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8–876b–433c–88c1–5b066aa93991>>.

PORTUGAL. **Código Penal Português (2007)**. Lei nº 59/2007, de 04 de setembro de 2007. [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://www.ieb–ieb.org/ancien–site/pdf/loi–portugal–euthanasie.pdf>>.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abril de 1976. [Em linha]. VII Revisão Constitucional, 2005. [Consult. 07 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

PORTUGAL. **Decreto–Lei nº 176**, de 2 de agosto de 2003. Institui o abono de família para crianças e jovens e define a protecção na eventualidade de encargos familiares no âmbito do subsistema de protecção familiar. [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://dre.pt/pesquisa/–/search/652702/details/maximized>>.

PORTUGAL. **Lei nº 98**, de 12 de fevereiro de 2009. Regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, incluindo a reabilitação e reintegração profissionais, nos termos do artigo 284.º do Código do Trabalho. [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <<https://dre.pt/pesquisa/–/search/489505/details/maximized>>.