



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

**CURSO DE DIREITO**

**ANDREA CAETANO DA SILVA**

**O DIREITO À VIDA DO NASCITURO**

**JUIZ DE FORA - MG**

**2018**

**ANDREA CAETANO DA SILVA**

**O DIREITO À VIDA DO NASCITURO**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa Me. Joseane Pepino de Oliveira.

**JUIZ DE FORA**

**2018**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Andrea Caetano da Silva

Aluno

O direito a vida do nascituro

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]  
Orientador

[Assinatura]  
Membro 1

[Assinatura] Luciana Amélia da Costa  
Membro 2

Aprovada em 11 / 12 / 2018.

Dedico esse trabalho aos meus filhos, aos meus mestres e a todas as pessoas que contribuíram para realização dessa pesquisa...

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente quero agradecer a Deus por essa oportunidade da realização de um sonho que parecia tão distante, agradeço também a inspiração espiritual da mãe de todas as mães Nossa Senhora de Fátima. Agradeço aos meus filhos o apoio em todos os momentos que me senti desanimada. Agradeço também aqueles que dedicaram seu tempo me orientando na realização desse trabalho, e todos que torceram por ele.

A situação jurídica do nascituro é, sem dúvida, um dos temas mais apaixonantes e complexos do direito civil. (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

## RESUMO

O presente estudo, intitulado tem como objetivo central a análise de fundamentos jurídicos que possam fundamentar o direito do nascituro à vida. A vida é um pré-requisito para a existência de um ser, sendo ele humano ou de qualquer outra espécie. Vários são os debates que dizem respeito ao momento em que a vida do nascituro tem início, centrados na busca por uma resposta juridicamente defensável a questões como o aborto, que envolvem diretamente a percepção que se tem sobre a temática. Justifica-se a relevância deste trabalho ante a necessidade de discutir e analisar se há fundamentos jurídicos que justifiquem a manutenção da vida do nascituro, em contraponto à tese de defesa da legalização da interrupção da gravidez (aborto). Concluiu-se que não há fundamentos legais que justifiquem a descriminalização do aborto, e a teoria jurídica não é unânime em sua defesa.

Palavras-chave: aborto; direito à vida; direitos do nascituro; nascituro.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O NASCITURO .....</b>	<b>10</b>
2.1 Conceituação.....	10
2.2 Teorias .....	11
2.2.1 A teoria concepcionista .....	11
2.2.2 A teoria natalista.....	12
2.2.3 A teoria da personalidade concepcional.....	13
2.3 Direitos .....	14
<b>3 O DIREITO À VIDA .....</b>	<b>16</b>
3.1 Da vida como direito natural .....	16
3.2 O direito à vida na Constituição a República de 1988 .....	17
<b>4 DO DIREITO À VIDA DO NASCITURO.....</b>	<b>19</b>
4.1 O direito ao aborto legal.....	20
4.2 Considerações sobre o Projeto de Lei nº 478/2007.....	21
4.3 Discussão do tema no Supremo Tribunal Federal .....	23
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>25</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>26</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, intitulado “o direito à vida do nascituro”, tem como objetivo central a análise de fundamentos jurídicos que possam fundamentar o direito do nascituro à vida. As incessantes mudanças dos valores éticos e morais da sociedade culminam na existência de diversas percepções sobre o mundo e a sociedade. Algumas destas mudanças, todavia, resistem às divergências de pensamento e merecem ser mais bem analisadas, como é o caso do direito à vida do nascituro.

A vida é um pré-requisito para a existência de um ser, sendo ele humano ou de qualquer outra espécie. Vários são os debates relacionados no que diz respeito à vida e sua existência especialmente no campo da ciência, envolvendo suas pesquisas de reprodução humana e o fim da vida. Justifica-se a relevância deste trabalho ante a necessidade de discutir e analisar se há fundamentos jurídicos que justifiquem a manutenção da vida do nascituro, em contraponto à tese de defesa da legalização da interrupção da gravidez (aborto).

O estudo será dedutivo e bibliográfico e se baseará principalmente na Constituição da República de 1988, no Código Civil de 2002 e demais leis aplicáveis, além das teorias jurídicas sobre o tema, com especial enfoque na teoria concepcionista adotada pela legislação civil.

Este trabalho foi dividido em três partes, além de introdução e conclusão: no segundo capítulo tratar-se-á da conceituação do nascituro, buscando indicar também as teorias jurídicas que tratam de seu direito à vida e os direitos previstos ao nascituro na legislação brasileira. No terceiro capítulo abordar-se-á o direito à vida, tecendo algumas considerações sobre a teoria da vida como direito natural e o direito à vida na Constituição da República de 1988. No último capítulo debater-se-á a questão do direito à vida do nascituro, trazendo algumas considerações sobre o Projeto de Lei nº 478/2007, e a discussão que resultou em audiência pública convocada pela ministra Rosa Weber recentemente, a ADPF 442 perante o Supremo Tribunal Federal ainda sem pronunciamento até o momento.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O NASCITURO

O estudo da tutela jurídica do nascituro é, sem dúvida, uma das áreas mais interessantes do direito civil, pois trata do tratamento jurídico e da tutela legal daqueles que ainda estão para nascer. Não é atoa que Gangliano e Stolze (2014, p. 24) definem como um dos temas mais “apaixonantes e complexos” do direito civil. Em linhas gerais, nascituro é o ser em desenvolvimento no ventre materno. O início de seu desenvolvimento se dá através da fertilização, quando o espermatozoide e o óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com conjunto genético único, momento este denominado concepção e que marca o início da sua existência, que se efetivará com o seu nascimento.

Em que pese esta breve conceituação, faz-se necessário indicar o posicionamento da doutrina sobre o conceito de nascituro.

### 2.1 Conceituação

Não há dissenso em relação à conceituação do que seja um nascituro, e todas as teorias convergem para a ideia do ser concebido e em desenvolvimento intrauterino. Para César Fiúza (2014, p. 153), “é o feto em gestação. Literalmente, aquele que está por nascer, participio futuro do verbo latino *nasci*”. Neste mesmo sentido leciona Maria Helena Diniz, que complementa que o nascituro, apesar de ainda não ter nascido, tem personalidade jurídica formal e titulariza direitos na ordem jurídica brasileira.

Para a autora, nascituro é aquele que ainda vai nascer, mas que já possui direitos da personalidade, alcançando os direitos pela perspectiva material em caso de nascimento. A autora Maria Helena Diniz referencia a existência de uma personalidade jurídica formal com base na adoção de umas das teorias sobre o nascituro, que serão abordadas na seção seguinte, que por sua vez defende tal personalidade com base na previsão de direitos a este na ordem jurídica brasileira (DINIZ, 1998, p. 334).

O autor Caio Mário da Silva Pereira, lado outro, entenderia que o nascituro é um feto em desenvolvimento, não dotado de personalidade jurídica, pois tais direitos somente lhe são reconhecidos se nascer com vida:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua triologia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há que se falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que

antes do nascimento já é ele sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não chega a se formar, nenhum direito se transmite por intermédio de natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento. (PEREIRA, 2004, p. 217).

Em que pese tais divergências doutrinárias, que não interessam aos conceitos debatidos por ora, é possível inferir que o termo nascituro faz referência ao ser em desenvolvimento no útero materno, ou seja, que ainda não nasceu. Superando tal discussão, pé forçoso destacar que, reconhecendo-se ou não sua personalidade jurídica, a legislação brasileira prevê alguns direitos ao nascituro, que serão abordados em tópico próprio neste capítulo.

## **2.2 Teorias**

Até os dias de hoje ainda não existe um consenso geral que permita afirmar quando realmente a vida tem início. Com o aumento das discussões a respeito da legalização do aborto (tanto no Brasil quanto no exterior) e ainda com os avanços nas pesquisas com células-tronco, a necessidade desta definição é torna-se cada vez mais necessária, até para que se tenha um posicionamento jurídico a respeito desta questão.

Conforme se destacou anteriormente, não há dissenso em relação à conceituação do que seja um nascituro, e todas as teorias convergem para a ideia do feto concebido e em desenvolvimento intrauterino. As divergências concentram-se nas divergências acerca da qualificação do feto como ser humano e sobre quando efetivamente inicia-se a vida humana. Várias correntes doutrinárias buscam explicitar tais questões, conforme será sintetizado a seguir.

### *2.2.1 A teoria concepcionista*

A teoria concepcionista é a majoritariamente adotada pela doutrina jurídica brasileira. Segundo sua defesa, a vida começa com a fecundação, pois o embrião já é possuidor de um vasto e intrincado sistema genético que gradativamente se desenvolverá, e assim, se posicionam pela existência de vida já na concepção, o que deve conferir personalidade jurídica ao nascituro.

Alguns outros são adeptos de uma corrente que entende que a vida tem início na nidificação, momento em que o óvulo fecundado se fixa na parede do útero, pois somente aí é

que é possível o seu desenvolvimento. Outros afirmam que a vida começa a partir da vigésima quarta semana de gestação ou então só começa com o surgimento das primeiras terminações nervosas. O ponto comum entre todas é que há vida e personalidade jurídica antes do nascimento.

A teoria concepcionista defende que o feto deve ser considerado pessoa humana, tendo, portanto, direitos resguardados em lei. A maioria dos doutrinadores do ordenamento jurídico brasileiro aponta que a origem da teoria esta no esboço do código civil elaborado por Teixeira de Freitas, que o atribui direitos ao nascituro reconhecido desde a concepção.

Segundo Silmara Juny Chinellato, uma das precursoras da tese concepcionista no Brasil, o nascimento serve apenas para consolidar os direitos garantidos ao nascituro, que goza de direitos de personalidade, como é o caso do direito à vida:

[...] O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética. (CHINELLATO, 2010, p. 28).

Os adeptos da teoria concepcionista, como é o caso de Silmara Juny Chinellato, entendem que o nascimento com vida apenas consolida os direitos de personalidade e patrimoniais garantidos ao nascituro. De acordo com Ana Paula Asfor (2013), esta teoria é a que mais se adequa ao disposto na legislação, considerando que há inúmeras referências aos direitos dos nascituros, como na caso da lei de alimentos gravídicos. Esta teoria tem como seguidores Teixeira de Freitas, Rubens Limongi França, Anacleto de Oliveira Faria, André Franco Montoro, Silmara Juny de Abreu Chinellato, entre outros. Para estes, assim, a personalidade deve ser reconhecida desde a concepção e não pelo nascimento com vida, pois consideram o nascituro é considerado como pessoa e sujeito de direitos, ficando apenas condicionado ao nascimento com vida apenas para efeitos de ordem patrimonial.

### 2.2.2 A teoria natalista

A teoria natalista, lado outro, defende que o início da vida se dá com o nascimento. Trata-se de uma corrente mais legalista, por entender que somente com o nascimento o indivíduo adquire vida e personalidade jurídica, cabendo ao nascituro apenas uma expectativa de direitos em potencial. Orlando Gomes (2008, p. 126), por sua vez, considera que o

momento da existência da personalidade jurídica e a classifica como real ou ficta. A personalidade real coincidiria com a duração da vida humana, que de acordo com o autor, começa com o nascimento e termina com a morte. Segundo ele a personalidade fictícia seria apenas uma técnica legislativa visando à proteção de determinados interesses, não admitindo o autor que o nascituro seja considerado pessoa natural, conforme ele mesmo ressalta:

[...] essas ficções atribuem personalidade por reconhecerem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses. (GOMES, 2008, p. 126.).

Conforme já explicitado, o autor Caio Mário da Silva Pereira defende que o nascituro não dotado de personalidade jurídica, pois tais direitos somente lhe são reconhecidos se nascer com vida:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua triologia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há que se falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não chega a se formar, nenhum direito se transmite por intermédio de natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento. (PEREIRA, 2004, p. 217).

A teoria natalista confronta diretamente a teoria concepcionista, pois entende que a vida humana e a personalidade jurídica do nascituro somente constituem-se com seu nascimento com vida. Esta teoria, todavia, não explica a razão pela qual a ordem jurídica brasileira expressamente prevê direitos, não mera expectativa, ao nascituro.

### *2.2.3 A teoria da personalidade condicional*

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, combina parte do entendimento da teoria concepcionista com da natalista, pois, apesar de considerar o feto como pessoa, entende que a atribuição de personalidade jurídica somente ocorrerá no seu nascimento com vida. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a teoria da personalidade condicional seria, inclusive, um desdobramento da teoria natalista:

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, uma vez que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. (GONÇALVES, 2014, p. 60).

Assim, a teoria da personalidade condicional não deixa de reconhecer que o nascituro é pessoa humana, todavia, entende que sua personalidade começa tão somente com o nascimento com vida.

### **2.3 Direitos**

Especialmente na esfera jurídica este é um tema bastante controverso, pois suscita discussões a respeito da garantia de direitos essenciais e materiais. Segundo a legislação brasileira, especificamente o Código Civil, em seu artigo 2º, declara que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (BRASIL, 2002).

Todavia, conforme indicado, somente o fato do nascituro ser concebido lhe garante a titularidade de certos direitos. Ainda assim, mesmo com a proteção assegurada, ele não possui ainda personalidade jurídica de fato, mas sim, respeito desde o momento da sua concepção.

Sua personalidade jurídica fica condicionada ao nascimento com vida. Portanto esses direitos são limitados, e sua personalidade jurídica fica dividida em formal e material. O nascituro possui a primeira, que dá a ele os direitos de personalidade e a segunda ele só adquire com o nascimento com vida. Dentre os direitos por ele garantidos está o direito à vida, assegurado na Constituição Federal em seu art. 5º, superior aos demais direitos do ser humano.

Assim, o nascituro ainda não é detentor de todos os direitos (que são condicionados a partir do seu nascimento com vida), mas a ordem jurídica brasileira determina que este tenha salvaguardado os seus direitos fundamentais, alguns deles relativos especificamente ao período de gestação e à garantia do seu nascimento com vida, como é o caso da assistência pré-natal de qualidade (inclusive pelo poder público), acompanhamento da gestação das mães através de vários programas governamentais (municipal, estadual e federal) e também de organizações não governamentais e outros.

Também pode o nascituro, amparado pela legislação, ser titular de garantias alimentícias, receber doações e posses, dentre outros. Ainda assim, muitos destes direitos

somente poderão ser usufruídos com o nascimento com vida, o que nos permite inferir que, para certos direitos, a legislação impôs tal fato como condição.

Em razão de sua importância, destacam-se alguns dos direitos previstos especificamente ao nascituro na legislação brasileira. O Código Civil, como já mencionado, determina que sejam salvaguardados os direitos do nascituro, estabelecendo assim um de seus direitos fundamentais.

No artigo 542, por sua vez, elucida que a doação feita a nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal. O artigo 1.779 garante o direito à curatela do nascituro caso o pai venha a falecer e a mãe não tenha poder familiar, garantindo-lhe que seja o mesmo de sua genitora caso esta seja interdita. O artigo 1799 declara o direito do nascituro de ser incluído na sucessão testamentária.

Há também a lei nº 8.560 de 1992, que em seu artigo 7º assegura ao nascituro o direito ao recebimento de alimentos provisionais ou definitivos que dele possa precisar. Conforme já mencionado, há também a garantia de direitos relativos ao desenvolvimento saudável da gestação e ao seu nascimento com vida, conforme disposto nos artigos 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em que pese a garantia de direitos previstos especificamente ao nascituro, como a legislação resguarda sua gestação e nascimento com vida, ainda que não tenha nascido, ao feto em desenvolvimento devem ser assegurados todos os direitos que lhe sejam compatíveis e que estejam previstos na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional, como é o caso do direito constitucional à vida e à integridade física.

Este estudo concentrou sua análise na constatação das bases jurídicas existentes que justificam a defesa do direito à vida ao nascituro, cujo reconhecimento irrestrito poderá ser invocado como fundamento para a vedação à interrupção forçada da gravidez por meio do aborto. Todavia, antes da proposta de debate, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o direito à vida prevista na Constituição da República de 1988 para que se possa estabelecer se há ou não evidências que indiquem que tal direito também é aplicável aos nascituros.

### **3 O DIREITO À VIDA**

O direito à vida é o principal e primeiro direito; sem ele, nenhum outro poderá ser exercido. Direito à vida faz referência ao direito que cada tem à existência humana. Por Napoleão Nogueira, “por vida humana deve ser entendido um complexo de elementos físicos, psíquicos, intelectuais, éticos e morais: esse é o conjunto que constitui o que se entende por ser humano” (2003, p. 530).

Segundo Rodrigo César Rebello Pinho, o direito à vida representa o principal direito fundamental, pois representa o direito à existência humana. Invocando o entendimento de José Afonso da Silva, o autor pontua que o direito à vida deve também ser garantido ao nascituro, pois não faria sentido a legislação garantir-lhe outros direitos, inclusive de ordem patrimonial, se não protege sua existência e seu desenvolvimento, ou seja, seu direito de nascer:

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa sem que fosse assegurada a sua vida. Consiste no direito à existência do ser humano. Como ensina José Afonso da Silva, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável. (PINHO, 2013, p. 108).

O direito à vida está garantido pela redação da Constituição da República de 1988, conforme será visto. Antes desta proposta, faz-se necessário tecer algumas noções sobre o conceito de vida como direito natural e a previsão legal do direito à vida na ordem jurídica brasileira, para que seja possível compreender a amplitude da perspectiva da vida humana como um direito.

#### **3.1 Da vida como direito natural**

A teoria dos direitos naturais defende que existem alguns direitos que são essenciais ao homem e à existência humana. É aquele que “independe de qualquer legislador, destinado a satisfazer exigências naturais do homem” (GUSMÃO, 2004, p. 55).

Melhor definição é a trazida por Paulo Nader em seu livro ‘introdução ao estudo do direito’, que indica que os princípios do direito natural relacionam-se ao que é peculiar e essencial ao ‘existir’:

É observando a natureza humana, verificando o que lhe é peculiar e essencial, que a razão induz aos princípios do Direito Natural. Durante muito tempo o pensamento jusnaturalista esteve mergulhado na Religião e concebido como de origem divina. Assim aceito, o direito Natural, seria uma revelação feita por Deus aos homens. (NADER, 2003, p. 368).

Para Vicente Ráo (2004, p. 85), o direito natural seria a gênese dos direitos fundamentais, considerando que propõe postulados básicos à natureza humana, cujo desconhecimento afetaria a existência humana das pessoas. Os direitos naturais, assim, são aqueles que devem ser garantidos às pessoas por representarem mínimos existenciais, sem os quais pode restar inviabilizada o desenvolvimento e a manutenção da existência humana e que independem de previsão expressa na legislação dos Estados. Partindo destes conceitos, é possível inferir que o direito à vida enquadra-se como uma espécie de direito natural, pois é o principal de todos, considerando que determina o direito que cada um tem de viver, como também o direito à preservação da sua vida.

### **3.2 O direito à vida na Constituição a República de 1988**

O direito à vida está expressamente previsto no texto da Constituição da República de 1988, especificamente no artigo 5º, *caput*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida” (BRASIL, 1988). A importância do direito à vida é evidenciada na própria redação do artigo, que o prevê como o primeiro dos direitos fundamentais invioláveis.

A Constituição Federal preceitua a vida como um direito fundamental. Deixando isto bem claro em seu artigo 5º *caput* como supracitado. Importante notar que apesar desse direito não ser passível de violação, a Constituição frisou a inviolabilidade deste artigo, ou seja, tais direitos do referido artigo não podem ser alterados ou suprimidos, por ser cláusula pétrea, nem mesmo por emenda constitucional.

Neste entendimento Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 441) diz a existência humana é o pressuposto dos demais direitos e garantias fundamentais, e que o direito à vida é a premissa de todos os outros elencados no texto constitucional. Segundo a lição de Alexandre de Moraes (2003, p. 63) sobre as decorrências do direito fundamental à vida:

Direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais. (MORAES, 2003, p. 63).

Conforme citado acima, Rodrigo César Rebello Pinho leciona que direito à vida representa o principal dos direitos fundamentais propostos pela Constituição da República de 1988, pois representa o direito à existência humana. O entendimento de José Afonso da Silva, pontuado pelo autor, e certamente de outros doutrinadores, é alinhado à defesa do direito à vida dos nascituros, pois, conforme teoriza, não faria sentido a legislação garantir-lhe outros direitos, inclusive de ordem patrimonial, se não protege sua existência e seu desenvolvimento, ou seja, seu direito de nascer.

#### 4 DO DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Concluiu-se anteriormente que o nascituro é um ser em desenvolvimento no ventre materno e que, mesmo que ainda não tenham nascido, a ordem jurídica brasileira assegure-lhes direitos fundamentais e alguns direitos específicos, como é o caso do direito à alimentos e à nomeação de curador especial, quando for o caso.

Constatou-se também que, independentemente de ser pessoa ou nascituro, a ordem jurídica brasileira confere à todos, indistintamente, o direito fundamental à vida, e apesar de não existir indicação expressa de sua aplicação ao nascituro, tal garantia decorre da constatação de que o exercício dos demais direitos previstos na legislação brasileira depende da manutenção do desenvolvimento do feto, pois este precisa nascer com vida para que possa usufruir seus direitos. É imperativo lembrar que o direito à vida deve ser respeitado acima de qualquer situação ou circunstância, caso não seja, todos os direitos posteriores ao nascimento não serão constituídos. O Código Civil contribuiu para esta discussão por estabelecer uma condicionante para que uma pessoa se torne um sujeito de direito (passando a ter personalidade jurídica), que é o nascimento com vida.

Estes entendimentos, todavia, não são unanimemente aceitos na doutrina, pois há uma dissociação entre os teóricos em relação ao momento em que se inicia a vida e se o nascituro seria ou não considerado ‘pessoa humana’ ou gozaria de personalidade jurídica. A legislação, a seu turno, conforme se concluiu, indicou que a personalidade jurídica somente é adquirida se este nascer com vida, mas resguarda os direitos do nascituro previstos em lei até seu nascimento.

Nos últimos anos, uma antiga discussão passou a ser novamente debatida no Brasil, e ela relaciona-se diretamente ao reconhecimento do direito à vida do nascituro: a questão da legalização do aborto, procedimento médico realizado com vias a interromper a gravidez da gestante. Para Fernando Capez(2016,p.140): “Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina”. Esta questão tem se tornado cada vez mais discutida especialmente no direito, em razão da complexidade do tema e da exigência de mudança da atual legislação por parte de uma parcela da sociedade, sobretudo movimentos feministas que buscam a inserção do direito ao aborto na ordem jurídica brasileira. Conforme doutrina Diniz:

Que algumas mulheres, por diferentes razões, tomem a decisão de abortar, é uma realidade, que deve ser enfrentada de forma prudente e refletida. O número de abortos que se produzem no mundo é amplo, mas é uma evidência também que os

países que regulamentaram o aborto voluntário por lei diminuíram essas taxas. Isso, ainda, é acompanhado de políticas educativas sobre contraceptivos e educação sexual. Portanto, em primeiro lugar: 1) o aborto é uma realidade que afeta a sociedade e que não podemos ignorar; 2) a forma de enfrentar o problema deve basear-se em políticas de prevenção de gravidez não desejada, mediante a educação; 3) a despenalização e a regulação da interrupção voluntária da gravidez oferece garantias sanitárias, jurídicas, para as mulheres que livremente decidam abortar e evitar problemas derivados do aborto clandestino. (DINIZ, 2008, p. 73).

Pode-se indicar que a legislação brasileira, é favorável à defesa do direito à vida do nascituro, pois não somente lhe garante direitos, como o direito à vida, direito fundamental e cláusula pétrea constitucional, como também criminaliza o aborto. É o que está previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal brasileiro:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 1940).

Assim, o aborto resta criminalizado na legislação brasileira, e ainda que tenha sido cometido por terceiros (médicos ou outros), a gestante é também penalizada. Todavia, o artigo 128 traz uma exceção a esta determinação, prevendo exceções à proibição do aborto pela lei.

#### **4.1 O direito ao aborto legal**

Na legislação brasileira, conforme se indicou, a regra é que o aborto provocado pela gestante ou por terceiros constitui crime punível com altas penas de reclusão. O artigo 128 do Código Penal, todavia, traz duas exceções a esta norma proibitiva que permitem a prática do aborto, sem que haja punição à gestante ou ao seu médico. Todavia, a legislação faz ressalva específica a não punibilidade apenas do médico, restante silente quando tal ato é praticado por terceiros.

No caso, o referido artigo indica que o médico não será punido caso tenha que realizar o chamado ‘aborto necessário’, aquele necessário para salvar a vida da gestante; ou o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, desde que consentido pela gestante ou seu representante legal. No primeiro caso, pela dicção do Código Penal, a licitude do ato justifica-

se em razão de estado de necessidade: ao feto é sacrificado para que possa a gestante possa se salvar; no segundo, a permissiva justifica-se em razão da gestante ter sido vítima de crime sexual, ou seja, não houve seu consentimento para a prática do ato sexual que gerou o nascituro.

As discussões acerca da criminalização do aborto tomaram ainda mais tônica com a apresentação do Projeto de Lei nº 478/2007, que propõe a criação do Estatuto do Nascituro com vias a garantir-lhe proteção legal integral, pois em seu texto há a previsão legal de punição à prática do aborto mesmo quando decorrente de estupro, conforme se verá a seguir.

#### **4.2 Considerações sobre o Projeto de Lei nº 478/2007**

No ano de 2007 foi apresentado ao congresso nacional o projeto de lei nº 478 pelos senadores Luiz Dassuma e Miguel Martini. Até a conclusão destes estudos, o site da câmara dos Deputados indica que o projeto, que teve a última movimentação no mês de junho de 2017, está pronto para inclusão em pauta na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER).

Este projeto propõe a criação do Estatuto do Nascituro, objetivando inserir na ordem jurídica brasileira uma lei incisivamente mais protetiva aos direitos do nascituro. A redação do estatuto, inclusive, propõe o fim às discussões doutrinárias sobre o reconhecimento da personalidade dos nascituros, conforme está exposto em seus primeiros artigos:

Das disposições preliminares Art.1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro. Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito. Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal. Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade. (BRASIL, 2007).

O Estatuto, redigido com trinta artigos, trata ainda dos direitos fundamentais do nascituro, como o direito ao pleno desenvolvimento, sendo-lhe assegurados, por exemplo, direito à diagnóstico pré-natal. Além disso, o projeto inova ao criar novos tipos penais, como a previsão do aborto culposo, a ser punido com pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos; a proibição ao anúncio de processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, punível com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos (com proposta de aumento de um terço da pena

caso o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais), além destas outras:

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação: Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas: Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa. Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro: Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática: Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique: Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. (BRASIL, 2007).

Assim, o objetivo do projeto de lei nº 478 de 2007 é, de fato, conferir proteção integral ao nascituro, considerando que, além da declaração dos seus direitos e garantias, propõe a punição de todo ato que atente contra a sua vida. É notório que o direito à vida foi essencialmente priorizado pelos relatores, pois a maior parte dos artigos do projeto assegura direitos e garantias ao nascituro, que inclusive que podem influir positivamente em seu desenvolvimento sadio, e propõe punições para atos que, lado outro, objetivem exterminá-lo.

Conforme a justificativa redigida pelos relatores:

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores. (BRASIL, 2007).

Com base no exposto, conclui-se que o referido projeto de lei representa uma contribuição para defesa do direito à vida do nascituro, principalmente por ampliar as hipóteses de punição à prática do aborto. O referido projeto, entretanto, ainda está pendente de apreciação pelo Congresso Nacional, que há mais de um ano não inclui seu debate em pauta. Enquanto isso permanece as hipóteses excepcionais de aborto legal previstas no Código Penal e, além destas, há também um precedente do Supremo Tribunal Federal que fixou entendimento quanto à possibilidade de uma terceira forma de aborto, não prevista na legislação mas juridicamente aplicável.

### 4.3 Discussão do tema no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, corte guardiã dos preceitos constitucionais, julgou um caso emblemático relativo ao aborto no ano de 2012. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) e julgada em plenário no ano de 2012, sob relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.

A ação propôs a autorização do Poder Judiciário para a realização de interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo (aquele que não tem cérebro). Nos termos da decisão, a interrupção de gestação de feto anencéfalo não deverá ser considerada como aborto, com reforço em fundamentos científicos que indicam a inviabilidade da plena existência de uma pessoa anencéfala.

Em seu voto, o ministro relator se posicionou contra o aborto e indicou que, nos casos dos anencéfalos, apesar de biologicamente vivo, o feto resta juridicamente morto, não gozando de proteção estatal, ainda mais pela sua permanente incapacidade de adquirir personalidade civil. A decisão restringiu-se à interrupção de gravidez somente nestes casos, permanecendo o aborto como uma prática criminalizada.

Os fundamentos invocados nesta decisão pela Suprema Corte evidenciam todas as considerações feitas anteriormente: a legislação brasileira prioriza o direito à vida e vários outros do nascituro e reputa como reprovável a prática do aborto. Em que pese a atual situação jurídica dos nascituros perante a legislação, que lhe resguarda tais direitos, mudanças ainda mais contributivas a este cenário poderão ser adotadas se o Estatuto do Nascituro for aprovado pelo Poder Legislativo.

Atualmente, há uma ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal visando discutir a questão do aborto e que ainda está pendente de julgamento. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, ajuizada no ano de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que objetiva que seja declarada a não recepção pela ordem constitucional dos crimes de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas. Dentre os fundamentos indicados na ação, destaca-se a garantia e observância da dignidade e da autonomia das mulheres gestantes, na defesa pela desnecessidade de permissão do Estado para realizar a interrupção de sua gravidez.

A ação foi recebida sob relatoria da Ministra Rosa Weber que, em razão da importância do tema, publicou no dia 23 de março de 2018 decisão convocando audiência pública sobre a descriminalização da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação. O

motivo da ação era viabilizar que entidades, órgãos, pessoas físicas e jurídicas, partidos políticos, autoridades públicas e demais interessados participassem de um debate sobre o tema, e esta audiência realizou-se nos dias 03 de agosto de 2018 e 06 de agosto de 2018, das 08h40 às 12h50 e das 14h30 às 18h50.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 ainda não foi julgada até a última revisão destes estudos, e o parecer acerca da audiência e as manifestações admitidas não estão disponibilizadas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

## 5 CONCLUSÕES

Com base nestes estudos, foi possível concluir que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento no ventre materno e que, mesmo que ainda não tenham nascido à ordem jurídica brasileira assegura-lhes direitos fundamentais e alguns direitos específicos, como é o caso do direito á alimentos e à nomeação de curador especial, quando for o caso.

Em especial, concluiu-se que, de acordo com a legislação brasileira, o direito fundamental à vida também é garantido ao nascituro, considerando que a lei propõe lado outro, a defesa de seus direitos, que não poderiam lhe ser garantidos ou conferidos sem a garantia de seu desenvolvimento. Assim, independentemente de ser pessoa ou nascituro, a ordem jurídica brasileira confere a todos, indistintamente, o direito fundamental à vida, e apesar de não existir indicação expressa de sua aplicação ao nascituro.

Constatou-se que a defesa do direito à vida do nascituro no Brasil encontra respaldo também na legislação, que pune com pena privativa de liberdade a prática do aborto pela gestante, por médicos ou terceiros. Nesta linha de defesa, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 478/2007, que propõe a criação do Estatuto do Nascituro e a proteção integral do nascituro.

O direito à vida é um direito fundamental e básico das pessoas e do nascituro, e a interrupção de uma gravidez recebe o mesmo tratamento legislativo: em regra, por violar o direito à vida do nascituro, é reputada como crime.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ASFOR, Ana Paula. Do inicio da personalidades civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3629, 8 jun. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24650>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 2 parte especial**. 16<sup>a</sup> ed, editora. Saraiva,. 2016

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 478 de 2007. Dispõe sobre o estatuto do nascituro e dá outras providências. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2007. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=275906EC28AC400E1A9BAA03BCE76491.proposicoesWebExterno1?codteor=443584&filename=PL+478/2007](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=275906EC28AC400E1A9BAA03BCE76491.proposicoesWebExterno1?codteor=443584&filename=PL+478/2007)>. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DINIZ, Debora. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil**. Brasília: UnB, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 1998.

FIÚZA, César. **Direito Civil**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil**. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, Gisele, Leite. A polêmica do Embrião. **Portal âmbito jurídico**, [S.l], [201?]. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3114](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3114)>. Acesso em: 17 out. 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHO, Rodrigo César Rabello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 49º.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.V.2

VIANA, Jorge Candido S.C. A mulher grávida e os direitos do nascituro. **Portal âmbito jurídico**, [S.l], 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0063.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.