

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E DE FILOSOFIA DO
DIREITO

Gilmar Johann

O STATUS JURÍDICO DO NASCITURO

Porto Alegre

2011

FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E DE FILOSOFIA DO DIREITO

Gilmar Johann

O STATUS JURÍDICO DO NASCITURO

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de
Direito Público e de Filosofia do
Direito, da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande
do Sul, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus
Dal Molin Flores**

Porto Alegre

2011

GILMAR JOHANN

O STATUS JURÍDICO DO NASCITURO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Aprovado em 13 de dezembro de 2011.

Banca Examinadora:

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

Dr. Elton Somensi de Oliveira

Dra. Lívia Haygert Pithan

**Dedico esse trabalho a Deus
e a Seu Filho, Jesus Cristo.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, meu Criador, Sustentador e Salvador, que me ajudou até aqui.

Agradeço à minha família por seu incentivo, e, notadamente, ao meu tio Arnaldo J. C. de Moura e família (minha tia Marilaine e meus dois sobrinhos, Natan e Mateus), pelo grande apoio, nestes cinco anos.

Agradeço ao meu professor orientador Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, por sua paciência e disposição e pelo seu tempo dedicado à orientação do meu Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço a esta Faculdade de Direito, professores, colegas e funcionários, pelos cinco anos de crescimento pessoal e acadêmico, enfim, pelos ensinamentos que levarei para a minha vida particular e profissional.

Agradeço a todos os que de algum modo foram importantes para a minha vida acadêmica, nestes cinco anos, e para minha vida particular, em toda a minha existência, até o dia de hoje.

“Os teus olhos viram o meu corpo
ainda informe; e no teu livro todas
estas coisas foram escritas; as quais
em continuação foram formadas,
quando nem ainda uma delas havia.”
Salmo 139.16.

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o *status* jurídico do Nascituro. Na primeira parte, é feita uma abordagem da tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto-Lei 478/2007, que tem sido chamado de Estatuto do Nascituro. Na segunda, entra-se efetivamente na questão jurídica, sobre qual o lugar que o Ordenamento Jurídico dá atualmente aos seres humanos em formação no ventre materno. No debate sobre a aprovação do Estatuto, percebe-se que é permeado por discussões éticas, políticas e referentes a questões jurídicas. Vê-se na discussão, desde argumentos abstratos, referente a princípios constitucionais, passando pela técnica jurídica até preocupações de cunho prático, sobre as consequências da aprovação do projeto na sistemática do ordenamento positivo, e no orçamento. Quanto à posição jurídica reconhecida atualmente ao Nascituro, embora o Código Civil não esclareça o assunto, percebe-se que o ordenamento reconhece-lhe direitos desde a concepção: entre os quais, o direito à vida, estando o aborto entre um dos crimes praticados contra a Pessoa, o *status* de filho, o direito de receber herança e doações, podendo também ser atribuído ao Nascituro um curador ao ventre, para defender os seus interesses. A Jurisprudência também tem lhe atribuído direito a alimentos, indenizações por dano moral, entre outros direitos. Se for aprovado, o Estatuto do Nascituro vai inovar na ordem jurídica, reconhecendo novos direitos ao Nascituro. Tendo em vista o tratamento dispensado atualmente ao *infans conceptus* e o projeto em vias de aprovação, é possível que o Nascituro venha a ter realmente um tratamento como Pessoa no direito pátrio.

Palavras-chave: Estatuto do Nascituro. *Status* Jurídico do Nascituro. Início da Personalidade Jurídica. Direitos Reconhecidos ao Nascituro.

RESUMEN

Este Trabajo de Conclusión del Grado es conocer la situación jurídica de los no nacidos. En la primera parte, una aproximación se realiza en el procesamiento, en el Congreso, del Proyecto de Ley 478/2007, que se ha llamado el Estatuto del Niño por Nacer. En el segundo, se entra efectivamente en la cuestión jurídica sobre qual sito el sistema legal actualmente brinda a los seres humanos en el útero. En el debate sobre la aprobación del Estatuto, está claro que está impregnado por las discusiones éticas, políticas y por las relacionadas con asuntos legales. Se ve en la discusión desde argumentos abstractos relativos a los principios constitucionales, de la técnica jurídica, y de las preocupaciones prácticas sobre las consecuencias de la aprobación del proyecto en el sistema positivado, y del presupuesto del orçamiento. En cuanto a la situación jurídica actualmente reconocida a lo niño no nacido, aunque el Código Civil no aclara la cuestión, está claro que los derechos de lo conceptus es reconocido, desde su concepción, incluido el derecho a la vida, el aborto es uno de los crímenes cometidos contra La Persona, el estado de hijo, el derecho a recibir una herencia y las donaciones, también se pueden atribuir a una curación a lo por nacer en el vientre materno, para defender sus intereses. La Corte también ha otorgado el derecho a la alimentación, la indemnización por daño moral, entre otros derechos. Si es aprobado, el Estatuto del Niño por Nacer habrá de innovar en el sistema legal, reconociendo nuevos derechos para el feto. En vista del tratamiento en la actualidad al infans conceptus y en el proceso de aprobación del proyecto, es posible que el feto en realidad tenga un tratamiento como persona en el derecho en la nuestra Nación.

Palabras clave: Estado de los no nacidos. Estatuto jurídico del no nacido. Parte superior de la personalidad jurídica. Los derechos otorgados a los no nacidos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O ESTATUTO DO NASCITURO.....	13
2.1 Relatório da Tramitação e Alterações do Estatuto do Nascituro	
2.1.1 Voto e Exposição do Relatório da Deputada Solange Almeida	
2.1.2 Justificação do Projeto de Lei Nº. 478/07	
2.1.3 Voto Contrário, do Deputado Darcísio Perondi	
2.2 Comentário Crítico ao Voto do Deputado Perondi	
3 O STATUS JURÍDICO DO NASCITURO.....	34
3.1 O Nascituro é Pessoa, no Sentido Jurídico do Termo?	
3.2 Conceito de Personalidade e Aplicabilidade ao Nascituro	
3.2.1 Análise do Pensamento de Rui Geraldo Viana, Versus o de M.H. Diniz	
3.2.2 Exposição e Análise do Pensamento de Wesley Souza Andrade	
3.2.3 Outros Autores Natalistas e o Patrimonialismo no Direito Civil	
3.3 Distinção Entre Capacidade de Direito e de Exercício e o <i>Curator Ventris</i>	
3.4 Distinções Entre Pessoas Jurídicas	
3.5 O Nascituro se Inclui em Qual Classe de Pessoas Jurídicas?	
3.6 Personalidade Jurídica: Direitos de Personalidade x Patrimoniais	
3.7 Capacidade Jurídica e Personalidade do Nascituro	
4 O NASCITURO E O INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO.....	54
5 DIREITOS DE PERSONALIDADE x PATRIMONIAIS.....	57
6 DIREITOS ATRIBUÍDOS AO NASCITURO.....	60
6.1 Direito à Vida	
6.2 Direito ao Reconhecimento	
6.3 Direito a Alimentos	
6.4 Direito a Ter Nome	
6.5 Direito à Adoção	
6.6 Direito à Liberdade	
6.7 Outros Direitos do Nascituro	
7 CONCLUSÃO.....	70
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74
9 ANEXOS.....	76

1 INTRODUÇÃO:

O Trabalho de Conclusão de Curso ora apresentado versa a respeito do *status* jurídico do nascituro. Este trabalho visa entrar na discussão acerca da posição jurídica do nascituro: O nascituro é dotado de personalidade jurídica, ou não? Em outras palavras, qual a condição jurídica da criança concebida, mas ainda não nascida no direito brasileiro?

As opiniões se dividem basicamente entre os que defendem que o *conceptus* é pessoa, pois tem verdadeiros direitos (direitos de personalidade), podendo ter também alguns direitos patrimoniais com a eficácia suspensa; e, no outro extremo, entre aqueles que dizem que o nascituro não tem personalidade jurídica, tendo meras expectativas de direitos, mas sendo juridicamente protegido, mesmo sem ser considerado pessoa. As duas correntes doutrinárias opostas, que pretendem ser a palavra final sobre o assunto, são a Concepcionista¹ e a Natalista² e - para serem internamente coerentes - têm, resumidamente, os seguintes conteúdos:

1. Teoria Concepcionista: a) O nascituro é pessoa jurídica, desde o momento da sua concepção; b) tem atuais e efetivos direitos; c) embora alguns destes direitos tenham sua eficácia suspensa; d) é protegido como pessoa humana em formação;

2. Teoria Natalista: a) O nascituro não é pessoa (a personalidade jurídica começa apenas do nascimento com vida); b) portanto, ele não tem direitos; c) tem apenas expectativas de direitos, os quais ele terá somente após o nascimento com vida; d) é protegido sem ser considerado pessoa.

Embora haja outras subteorias ou variações destas duas, limitou-se a contrapor os dois principais posicionamentos, de modo a contrastá-los, tendo, por conseguinte, maior espaço para analisar e comparar as duas.

¹ Fazem parte da corrente concepcionista: Teixeira de Freitas; Gastão Grossé Saraiva; André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria (escreveram monografia sobre o assunto: “A Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro”, 1953); R. Limongi França; Francisco dos Santos Amaral; Mário Emílio Bigotte Chorão; Silmara J. A. Chinelato e Almeida (escreveu tese de doutorado sobre a matéria, que foi publicada: “A Tutela Civil do Nascituro”, 2000) e Maria Helena Diniz (Código Civil Anotado, 2009, 35p).

² Pertencem à corrente natalista: Eduardo Espínola (Systema do Direito Civil Brasileiro, v. 1, 1908, 259p. Ele afirma: “*Antes de nascer não é homem o fructo do corpo humano e não tem personalidade jurídica*”); Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo; Silvio Rodrigues, João Luis Alves; Sady Cabral Gusmão, Rui Geraldo Camargo Viana (escreveu um artigo sobre o assunto: “Tutela jurídica do embrião e do nascituro”, onde ele diz: “*A vida autônoma, o feto só a terá ao nascer; se frustrada a gravidez, com toda a crueza da expressão, irá para o lixo cirúrgico, sem entrada no mundo jurídico*”, 225p); Carlos Roberto Gonçalves; Wesley Souza Andrade.

Por meio deste trabalho, visa-se contribuir para a compreensão de tal tema de grande importância jurídica, ou seja, sobre o início da personalidade civil. A personalidade jurídica do ser humano começa do nascimento com vida, como uma primeira leitura do art. 2º, do Código Civil, parece indicar? Ou, pelo contrário, ele é pessoa desde a concepção, como vários autores procuram explicitar, por intermédio de uma análise sistemática do Ordenamento Jurídico? O *conceptus* tem verdadeiros direitos ou possui apenas expectativas de direitos? Tais perguntas induzem a investigar a doutrina e a jurisprudência, a respeito da condição jurídica do nascituro.

Qual a exegese melhor ou que se harmoniza mais com o ordenamento jurídico pátrio? Há realmente uma contradição incorrigível no nosso ordenamento?³ É possível uma harmonização dos dispositivos que são usados por uma corrente doutrinária, com os que são invocados pela outra, ou não?

Embora a discussão do tema sobre o *status* jurídico do nascituro esteja relacionada ao Direito Civil, pois condiz com o início da personalidade civil do ser humano, ela extravasa o Direito Civil. O assunto intersecciona outros ramos do direito, tais como o Constitucional (direito à vida), sob o ponto de vista do Direito Penal (relacionado ao crime do aborto), o ramo de Família (filiação), o das Sucessões (poder ser contemplado como sucessor) e, sobretudo, a Filosofia do Direito, a qual permeia toda a matéria jurídica.

O trabalho empreendido está longe de ser exaustivo do tema – segundo o que se vislumbra –, e, para se chegar a conclusões mais exatas, o estudo implicaria uma investigação jurídica aprofundada do que vem a significar pessoa jurídica, também sobre o conceito de capacidade de direito e capacidade de exercício, e da distinção entre direitos patrimoniais e direitos personalíssimos. Também seria mister fazer uma articulação entre os referidos conceitos jurídicos, correlacionando-os.

Admitindo-se ao nascituro personalidade jurídica (pelo fato de ser sujeito de direitos), sendo um dos quatro termos da relação jurídica (os outros três são o Objeto, o Vínculo jurídico e a Proteção-coação, no entendimento de Gastão Grossé Saraiva⁴), de que tipo ela seria? O nascituro se aproxima mais dos entes personalizados (ou pessoas jurídicas morais, patrimônios voltados a uma finalidade humana), ou das pessoas físicas, dotadas de

³ Tal contradição, ou aparente contradição, é vista, por muitos autores, entre a primeira parte do artigo 2º, do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”; e a 2ª parte, do mesmo artigo: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

⁴ GROSSÉ SARAIVA, Gastão. Os direitos do nascituro e o artigo 4º do Código Civil. In. REVISTA DOS TRIBUNAIS – São Paulo: RT, Ano XXX, vol. CXXXI, maio de 1941. 446p.

personalidade jurídica? Se deste último tipo, é do tipo pessoa jurídica humana (pessoa natural), tendo, neste caso, dignidade e direitos humanos.

Deste modo, na segunda parte deste trabalho é feita uma análise do tema da personalidade jurídica do nascituro, dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, enfim, de como o direito pátrio trata o nascituro: como sendo titular de personalidade jurídica, ou não? No entanto, de olho no futuro, este trabalho também faz, na primeira parte, um apanhado do histórico da tramitação do Estatuto do Nascituro, pois o País está em fase de possível transição jurídica, podendo, no futuro, o *status* jurídico do nascituro se alterar consideravelmente.

No relatório da tramitação do Estatuto do Nascituro, tópico 2, vê-se que, embora não se tenha plena consciência, questões filosóficas, éticas, e jurídicas permeiam toda a discussão sobre o Estatuto, da qual poderá resultar, ou não, a introdução no ordenamento jurídico deste projeto de lei. Portanto, tendo em vista que o projeto-lei a respeito do tema, ou Estatuto do Nascituro, tramita no Congresso e está sob o crivo da discussão da sociedade jurídica e política, pretende-se efetuar, na primeira parte do trabalho, um breve relatório geral do referido estatuto jurídico.

Com relação à estrutura do trabalho, fez-se, no tópico referente ao Estatuto do Nascituro, em sua primeira parte, um relatório meramente descritivo da tramitação do projeto de lei e, na segunda, um comentário pessoal crítico do voto contrário ao Estatuto, expressando a posição do autor deste Trabalho de Conclusão de Curso. Não houve preocupação com a fundamentação do ponto de vista exarado neste comentário, uma vez que a matéria jurídica, com a devida fundamentação doutrinária, foi efetuada nos tópicos seguintes. Apenas tentou-se elaborar uma refutação dos argumentos esboçados no voto do Deputado Darcísio Perondi de forma racional, a título de reflexão sobre a validade do Estatuto.

No tópico 3, tópico que trata do *Status* Jurídico do Nascituro, inicia-se uma exposição do estudo propriamente jurídico do assunto referente à condição jurídica do nascituro. Neste, procurou-se demonstrar que a lógica do ordenamento jurídico pátrio, como um todo, se harmoniza com a posição concepcionista, pois o estudo sistemático do ordenamento fundamenta o entendimento de que a criança em formação no ventre materno é pessoa natural, ou seja, é dotada de personalidade jurídica. Para tanto, lançou-se mão, exemplificativamente, do pensamento de alguns autores natalistas, para demonstrar que a tese concepcionista prevalece, pois diversos autores natalistas, que negam ao nascituro a personalidade jurídica, reconhecem-lhe os direitos de personalidade.

No tópico 4, se põe em relevo o instituto da representação como um direito do nascituro, para resguardar os seus interesses presentes e futuros. Tal direito evidencia o tratamento dado pelo direito pátrio ao *infans conceptus* como absolutamente incapaz e, portanto, tendo capacidade de direito, embora lhe falte capacidade de exercício. Procura-se demonstrar com isto que o nascituro não difere dos outros absolutamente incapazes, sendo dotado de personalidade jurídica, e devendo ser assim reconhecido, em igualdade de condições. Neste tópico, conclui-se que o nascituro é considerado pessoa jurídica, pois uma coisa não é passível de ser representada ou de ter direitos e interesses a serem protegidos pelo direito.

Já os direitos de personalidade, atribuídos ao nascituro, são contrastados com os patrimoniais, no tópico 5. O objetivo desta comparação é demonstrar que não há, em absoluto, possibilidade de afirmação de meras expectativas de direitos, quanto aos direitos de personalidade, indisponíveis e intransmissíveis, o que não ocorre necessariamente no caso dos direitos patrimoniais, que são disponíveis e transmissíveis e podem aguardar para ser titularizados no futuro. Acredita-se que tenha ficado evidenciado que os natalistas, ao negarem personalidade jurídica ao nascituro, atribuindo-lhe meras expectativas de direito, não tenham levado em conta a existência ou a natureza dos direitos de personalidade, incorrendo no vício do patrimonialismo presente, há muito, no direito civil, visto que sempre se deu, na evolução jurídica civilística, mais importância aos direitos patrimoniais (tendência que deve ser invertida, em favor de uma valorização dos direitos de personalidade e da pessoa humana).

Por fim, se pretendeu listar alguns direitos reconhecidos ao nascituro pelo direito brasileiro, ainda que, obviamente, tal lista não seja exaustiva. Tal exposição dos direitos do nascituro visa evidenciar a sua qualidade de pessoa humana em desenvolvimento, com dignidade e prerrogativas jurídicas idênticas aos outros sujeitos de direito, sendo dotado de personalidade jurídica para defesa destes direitos. Deste modo, no tópico 6, passa-se da teoria, para a tutela jurídica prática e efetiva do nascituro. Assim, demonstra-se que a personalidade jurídica não é apenas uma mera abstração de alguns juristas, um elemento lógico de algum suporte fático, enfim, que o *infans conceptus* é um sujeito concreto de verdadeiros e atuais direitos, reconhecido pelo direito como tal.

2 O ESTATUTO DO NASCITURO

2.1 Relatório da Tramitação e Alterações do Estatuto do Nascituro

2.1.1 Voto e Exposição do Relatório da Deputada Solange Almeida

A exposição do Relatório⁵ da Deputada Solange de Almeida, da mesma forma que A Justificação do Projeto-Lei Nº 478/2007, que a segue, e também do Voto do Deputado Darcísio Perondi, logo depois desta última, tem por finalidade dar a conhecer e a melhor compreender o Estatuto do Nascituro, em tramitação no Congresso Nacional.

O projeto de Lei nº 478 de 2007 (apensos a ele estão os PLs 489/07, 1.763/07 e 3.748/08), conhecido como o Estatuto do Nascituro, é de autoria dos deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini e dispõe sobre o estatuto, ou disciplina jurídica, do Nascituro, tendo por relatora a deputada Solange Almeida.

O Projeto tem por escopo garantir proteção integral ao Nascituro⁶ e visa inovar na ordem jurídica, reconhecendo ao Nascituro os direitos fundamentais⁷. Entre estes, o Estatuto do Nascituro prevê o direito⁸ a tratamento médico, a diagnóstico pré-natal, a pensão alimentícia ao nascituro concebido em decorrência de ato de violência sexual⁹, a indenização por danos morais e materiais¹⁰.

O novel diploma jurídico, com vistas a dar efetividade aos direitos da criança em formação no ventre materno, pretende também tipificar como crime atos como dar causa, de

⁵ O relatório da deputada está disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/718396.pdf>. > Acesso em: 20 dez. 2011.

⁶ É como inicia o Projeto-Lei: Art. 1º - Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

⁷ Art. 3º, § 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”; Art. 4º: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde [sic], à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”; Art. 11: “O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.”

⁸ O projeto original fale em “expectativas de direito” em vários dispositivos, a título de exemplos: o § único, do art. 3º, o art. 4º e também o 9º (a contrario sensu, veja-se o art. 13 e incisos, onde se reconhece expressamente direitos ao nascituro). Entretanto, o substitutivo da Relatora propõe, para a redação final do Estatuto, a substituição da expressão “expectativas de direito”, por “direito”, como se verá a seguir.

⁹ Art. 13, II: Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes: II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

¹⁰ Art. 21: Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

forma culposa, a morte de nascituro; anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto; congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação; fazer a apologia de aborto, dentre outros¹¹.

Em parte, o projeto de Lei não positivará nada de novo no Ordenamento Jurídico, pois apenas repete o conteúdo de outros dispositivos¹² de outros diplomas jurídicos, tais como o Código Civil, Código de Processo Civil, o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não obstante, ele traz importantes inovações e organiza toda a matéria legal existente referente ao nascituro em um só diploma legal, tendo como resultado sistematicidade e clareza.

Os seus autores pretendem tornar integral a proteção ao nascituro, realçando o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação e, até mesmo, traz a previsão da garantia ao *infans conceptus* da convivência familiar¹³. No sentido desta proteção integral, o Estatuto proíbe 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 genitores¹⁴.

Ao referido projeto de lei foi apensado o projeto de lei Nº. 489/07 [ANEXO 3], de teor idêntico, pois também dispõe sobre a proteção ao Nascituro. Foi apensado, ainda, o projeto de número 1.763/07 [ANEXO 4], de caráter humanitário, pois dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro e, também, o PL de caráter social de número

¹¹ Artigos 22 a 29. Dos crimes em espécie

Exemplos:

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos 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.

¹² São exemplos dessa repetição: a possibilidade de se dar curador ao Nascituro (art. 16, complemento do art. 1.779, do CC); o direito de receber doação (art. 14, com art. 542, do CC); a legitimidade para suceder, com a entrega dos bens à mãe ou ao curador (arts. 17 a 19, complemento art. 1.798, do CC, mais Arts. 877 a 880, do CPC); o direito à vida, com a previsão do crime do aborto (arts. 23, e seguintes, com arts. 124, e seguintes do Código Penal).

¹³ Art. 4º - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [sublinhado nosso].

¹⁴ Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos. Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivência. Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

3.748/08 [ANEXO 5], que autoriza o Executivo conceder pensão à mãe que mantenha criança nascida de gravidez decorrente de estupro.

O projeto tem chances de se tornar a fonte normativa positiva, dando os contornos formais e materiais das questões jurídicas atinentes ao nascituro. Isto por que o projeto foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), no Congresso, tendo que passar ainda pela Comissão de Orçamento e Finanças (COF) e pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC).

A Deputada relatora, Solange Almeida, em voto pela aprovação do Estatuto do Nascituro, analisa um a um dos dispositivos propostos por ele. Entende a relatora que o Nascituro é efetivo titular de direitos, tendo em vista o seu patrimônio genético plenamente definido desde o início da sua existência com a concepção. Entre os direitos postos em relevo pela deputada estão os direitos de personalidade, positivados nos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002.

Por entender que o nascituro é efetivo titular de direitos (entre os quais, a deputada cita os concernentes à vida, ao desenvolvimento da existência, à saúde), a deputada relatora, embasada em farta doutrina atual acerca do assunto, inclusive tendo citado vários autores¹⁵, propôs a substituição, em diversos dispositivos, da expressão “expectativa de direito” por “direito”.

A título de exemplo, a deputada traz à baila a lição de Maria Helena Diniz. Para esta insigne autora, segundo Solange Almeida, o nascituro é titular de todos os direitos, desde a concepção, apenas sublinhando, quanto aos direitos patrimoniais, que estes ficam sujeitos à condição resolutiva de que não haja o nascimento com vida, ou seja, caso a criança não nascer, não herda e não transmite patrimônio. Sendo assim, o nascituro tem todos os direitos, tanto os patrimoniais, quanto os de personalidade, somente que aqueles são sujeitos a uma condição resolutiva.

Segundo a lição de M.H. Diniz, o nascituro tem personalidade jurídica formal, no que respeita aos direitos da personalidade, mas a personalidade jurídica material, ele somente adquiriria a partir do nascimento com vida¹⁶, vindo o *infans conceptus* a poder, então, a

¹⁵ A relatora cita, a título de exemplos: os autores Ives Gandra da Silva Martins, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, Maria Helena Diniz, Reinaldo Pereira e Silva, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Junior, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Cléber Francisco Alves, Francisco Amaral

¹⁶ Assim lê-se na mestra M. Helena Diniz: “Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica

adquirir direitos patrimoniais, os quais permaneceriam em estado potencial durante a gestação. Tal é a lição de M.H. Diniz, expressa também no excerto transcrito no corpo do voto da relatora do projeto de lei do Estatuto do Nascituro.

A relatora apresenta, assim, substitutivo ao projeto de lei nº. 478. Tal substitutivo tem por escopo sistematizar e consolidar posicionamento doutrinário e jurisprudencial que resguardam e protegem o nascituro.

Nesta proteção, a deputada assente com a inclusão dos seres humanos concebidos ainda que “*in vitro*”, fazendo constar, adicionalmente, a asserção de que tal inclusão no conceito de nascituro deve ser entendida como abrangendo o período anterior à transferência do concebido “*in vitro*” para o útero da mulher, na redação do § único, do art. 2º¹⁷. No entanto, o projeto original, no mesmo § único, do art. 2º¹⁸, ao conceituar nascituro, fazia referência à clonagem, a qual foi afastada no substitutivo da deputada relatora, sob o argumento de que não há atualmente seres humanos concebidos por clonagem e também pela vedação legal ao uso da clonagem humana, quer para fins reprodutivos, quer para fins terapêuticos.

A relatora também propõe alteração do caput do art. 3º com vistas a enfatizar que, acima da discussão (técnica) sobre o início da personalidade jurídica do nascituro, a proteção ao mesmo deve ser atual e efetiva, devido à sua dignidade humana. Quanto ao parágrafo único do mesmo artigo, a deputada o dispõe em dois parágrafos: um referente aos direitos de personalidade, e outro, aos direitos patrimoniais¹⁹.

Importante salientar, neste ponto, que, em ambas as espécies de direitos referidas acima, a saber, direitos de personalidade e os patrimoniais, a relatora, propondo alteração no projeto de lei, coloca o nascituro como tendo, não meras expectativas de direitos, mas possuindo direitos atuais e verdadeiros, desde a concepção. Este artigo representa a corrente concepcionista, que vem desde Teixeira de Freitas passando por Pontes de Miranda até Maria

material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá”. DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. São Paulo, Saraiva, 2009. 9p.

¹⁷ Redação do § único, do art. 2º, na expressão do substitutivo da relatora: Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ainda que “*in vitro*”, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

¹⁸ Redação original do § único, do art. 2º: 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.

¹⁹ Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida [redação dada pelo substitutivo ao art. 3º].

Helena Diniz, entre outros nomes insignes da Doutrina. Nesta corrente, é concedido um *status* jurídico do nascituro de Pessoa, que é considerado titular de verdadeiros direitos, ou seja, é tecnicamente considerado pessoa jurídica, a par de ser também primariamente considerado ser humano.

A autora também propõe no art. 4º a substituição da expressão “expectativa de direitos” por “direitos” e, além disto, propõe que, em vez de que se diga que o nascituro tem direito ao convívio familiar, se declare o direito de ele ter uma família, ambiente que é mais propício ao seu desenvolvimento. De acordo com a embriologia, tem sentido a colocação da relatora, uma vez que é cientificamente comprovado que a criança é afetada no ventre pelo tipo de ambiente de vida de sua mãe.

No sentir da deputada, em vez de se dizer que o nascituro “é objeto” de políticas públicas, art. 7º, deveria se mencionar que ele é “destinatário” de políticas públicas, com vistas a destacar o papel do *infans conceptus* como sujeito de direitos. Além disso, Solange Almeida propugna que sejam as políticas públicas mais abrangentes, não restritas apenas ao aspecto social.

Em relação ao art. 8º, fazendo uso da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (adotada pelo Brasil), a ilustre representante do povo brasileiro no Congresso afirma que o nascituro é considerado criança, embora talvez possa não haver uma consciência social clara sobre este fato. Portanto, em tal contexto, parece-lhe deva ser retirada a referência, no art. 8º, ao atendimento através do SUS, “em igualdade de condições com a criança”²⁰. A razão para tal proposta de alteração é que tal frase é redundante, pois se o nascituro é criança, é óbvio que deve ser tratado como criança.

À insigne deputada, a expressão “probabilidade de sobrevida”, constante no art. 9º²¹, se afigura como tendo conteúdo equívoco, motivo pelo qual propõe sua supressão, certa ela de que o texto proposto já veda a discriminação quando verte o seguinte “em razão de (. . .) deficiência física ou mental”.

Quanto ao art. 10º²², entende a relatora ser mais apropriado não restringir o comando legal aos nascituros deficientes, mas sim, generalizar o alcance da eficácia do dispositivo para

²⁰ Art. 8º - Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

²¹ Art. 9º - É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade [sic] de sobrevida.

²² Art. 10º - O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua [sic] deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extra-uterina.

todo e qualquer nascituro que tenha necessidade de tratamento médico em razão de deficiência ou patologia.

Além disso, parece-lhe mais adequado, no mesmo artigo, utilizar a expressão “disponíveis e proporcionais”, ao invés de “existentes”. Nesta proposta pontual de alteração, vê-se a preocupação da deputada com o *princípio jurídico da reserva do possível*, com relação à existência, ou não, de recursos para o tratamento. É interessante tal asserção legal, tendo-se em conta haver atualmente acalorada discussão a respeito, de até onde as decisões judiciais podem determinar a destinação do orçamento público.

Já, a proposta de alteração do art. 11²³ é devida à intenção da deputada de enfatizar que a realização do diagnóstico pré-natal deve estar sempre orientada para o desenvolvimento, saúde e integridade física do próprio nascituro, e não para eventuais outros escusos interesses. É arguta tal *ratio legis*, pois é de conhecimento geral o fato de que, em determinados países²⁴, o diagnóstico pré-natal serve para detectar algum problema de saúde ou deformação na criança, ou mesmo para se inteirar do sexo, com vistas à sua supressão, em caso de moléstia ou deformação, ou mesmo de sexo indesejado.

Com relação ao art. 12, a substituição da partícula “e” por “ou” tem por objetivo reiterar que o ato referido pode ser praticado por particular ou pelo Estado, sem necessidade de que haja concorrência de ambos. Além disto, a substituição da expressão “ato delituoso” por “ato”, tem por intenção alcançar a proteção integral do nascituro, visando promover a sua proteção independentemente de sua tipificação como ilícito penal. Por fim, a opção pelo termo “qualquer” visa a expressar que o ato pode ser praticado por apenas um dos genitores, ou por ambos.

Na proposta de alteração do art. 13, vê-se a preocupação da nobre relatora com a harmonização do Estatuto com outros diplomas legais já existentes, entendendo que o seu caput deve ser reformulado para estar em consonância com o art. 128, II, do Código Penal, que não trata da violência sexual indistintamente, mas tão-só do estupro. Nos incisos I e III, do art. 13, acredita deva ser suprimido o adjetivo “prioritário”, visto que não vislumbra razão de prioridade em face de outras crianças²⁵.

²³ Redação original: Art. 11 - O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual. Redação no substitutivo da relatora: Art. 11. O diagnóstico pré-natal é orientado para respeitar e salvaguardar o desenvolvimento, a saúde e a integridade do nascituro.

²⁴ É o caso da China e Índia.

²⁵ No entanto, é de se observar que o presente estatuto tem por fim a proteção integral ao nascituro e, por conseguinte, é compreensível que se use uma expressão mais abrangente do que o estupro, prevista no Código Penal, com vistas a propiciar proteção mais ampla, de todos os nascituros, nascidos em decorrência de estupro ou de outra violência sexual.

Com relação ao tratamento prioritário ao nascituro concebido em decorrência de estupro, é bom ter em conta que se trata de situação especial, em que o bem-estar e a harmonia da mãe devem ser restabelecidos rapidamente, sob pena de a criança não ter a formação integral, conforme ocorre nas gestações em circunstâncias normais.

Observa ainda a deputada relatora, que o encaminhamento à adoção só deva ocorrer se esta for a vontade da mãe. É possível, entretanto, entender que, no caso específico de a mãe declarar não querer assumir a criança após o nascimento e, ao mesmo tempo, não querer dá-la em adoção, deva haver intervenção judiciária, para saber se algum possível parente tem condições de dar todos os cuidados para o desenvolvimento normal e saudável da criança. Caso contrário, queira ou não a mãe, nesta circunstância, o nascituro deve ser colocado em possível família adotiva, sob o pálio do princípio do melhor interesse da criança. Com as referidas alterações, propostas no substitutivo da deputada relatora Solange Almeida, entende a ilustre representante do povo brasileiro que estarão também contemplados os interesses manifestados nos PLs 1.763/07 e 3.748/08.

Com a política de se evitar possíveis sobreposições de dispositivos legais, entende a deputada que os arts. 14 a 21 do projeto de lei em exame, por envolverem matéria que já objeto de disciplina no Código Civil e no Código de Processo Civil, bem como na lei nº. 11.804, de 5 de novembro de 2008, propõe sua supressão.

Por fim, quanto aos arts. 22 a 31 do projeto de lei comentado e revisado pela deputada relatora, entende esta que devam ser suprimidos, sob o fundamento de que tratam de matéria cujo debate convém ocorra no âmbito de leis penais, tendo-se presente a sistemática do Código Penal.

Apesar das propostas de alteração, o projeto de lei (em seu atual formato e redação) parece à relatora consistir em instrumento de importância para a defesa do nascituro, beneficiando, também, a gestante e sua família, revelando-se também de valor para a integração da legislação relativa à aplicação dos direitos humanos e da criança e do adolescente.

Ressalta ainda a nobre deputada que o que o art. 1º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, designada como Pacto de São José da Costa Rica, adotada pelo Brasil em 1992, estabelece que, para os efeitos daquela convenção “pessoa é todo ser humano”. Portanto, o nascituro, segundo tal Convenção, é pessoa, parece ser a conclusão necessária.

Vê a relatora também harmonia do Estatuto do Nascituro, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, visto dispor o art. 7º do ECA (Lei nº 8.069/1990), que a *“criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas*

públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” [grifo nosso].

Observa a deputada Solange Almeida, que o Estatuto do Nascituro está também em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, adotada pelo Brasil em 1990, a qual expressa que a *“criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”* [nosso grifo].

Tendo em vista estes objetivos, tanto da legislação interna, em especial o ECA, e internacionais, tem a relatora por necessários os cuidados devidos ao nascituro. Além disto, não proceder desta forma para com o nascituro, pondera a deputada, importaria, por decorrente repercussão lógica e orgânica, em prejuízo e dano para a pessoa humana nas suas subsequentes fases de vida, enquanto criança, adolescente, adulto e idoso.

A relatora, deputada Solange Almeida, refere que o projeto, bem como as alterações propostas por ela, tem como objetivos os, de proteção e promoção da pessoa humana em sua fase de vida anterior ao nascimento, quando é designada pelo termo “nascituro”, com todas as benéficas repercussões para o futuro de sua vida. Estes objetivos são, afirma a deputada, de interesse, não apenas da criança, da sua família, mas da Nação.

Neste sentido, ou seja, no referente ao interesse da Nação brasileira na proteção do nascituro, à ilustre deputada parece evidente que tal Estatuto em tramitação, tem plena compatibilidade com os objetivos fundamentais da República, nos termos estabelecidos no art. 3º, itens I a IV, da Constituição Federal.

Votou a preclara deputada pela rejeição do PL 489/07 porque idêntico ao PL 478/07. Após a exposição do seu relatório e razões do seu substitutivo, votou pela rejeição dos PLs 489/07, 1.763/07 e 3.748/08 e pela aprovação do PL 478/07, nos termos do substitutivo apresentado por ela.

No entanto, na reunião deliberativa da Comissão de Seguridade Social e Família, ocorrida em 19 de maio de 2010, após a leitura do parecer, foi proposta modificação no texto do substitutivo, no caput do art. 13, ao final da frase, acrescentou-se a expressão: (Ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro). Outrossim, a parlamentar relatora votou pela aprovação, não só do PL 478/07, mas dos apensados PL 489/07, PL 1.763/07 e PL 3.748/08, nos termos do novo substitutivo apresentado.

Desse modo, os dois casos de aborto nos quais se exclui a punibilidade deste crime²⁶, previstos na legislação penal, ainda continuariam em vigor, mesmo com a aprovação do Estatuto do Nascituro. Deste modo, a proteção integral já não seria, conforme o projeto original, de proteção integral a todos os nascituros, prevalecendo os interesses e arbítrio da mãe ou dos pais desta, se menor, no caso de estupro. No caso do aborto chamado necessário, o nascituro pode ser usado como meio de salvar a gestante, portanto, não é tratado como fim, com dignidade humana absoluta, mas como meio.

2.1.2 Justificação do Projeto de Lei N°. 478/07

No princípio do texto de exposição das razões²⁷ que justificam a elaboração do projeto do Estatuto do nascituro, são referidos dois exemplos de países que abriram caminho, dando exemplo de valorização do ser humano em desenvolvimento intra-uterino, a saber, os Estados Unidos e a Itália. Com relação ao primeiro, foi aprovada pelo Senado, em 25 de março de 2004, e sancionada pelo Presidente, a chamada “*Unborn Victims of Violence Act*” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência).

O segundo país que se coloca como exemplo para o Brasil é a Itália, que, em março de 2004, pôs em vigor uma lei que reconhece ao nascituro os mesmos direitos de um cidadão italiano. Os autores do Estatuto do Nascituro expõem as justificações, fatos relativos ao nascituro, e da necessidade de seguirmos o exemplo destes países, aprovando o Estatuto do Nascituro, com vistas a dar proteção integral às crianças em formação no ventre materno. Para frisar a importância de tal proteção legal, aponta-se para o fato de que a mesma foi, também, determinada no Pacto de São José de Costa Rica, assinado pelo Brasil.

Deste modo, depreende-se da asserção, a aprovação (e efetivação) do Estatuto do Nascituro é também um modo de cumprir um compromisso assumido diante da comunidade internacional. O conteúdo e a importância do projeto, também conhecido de “Estatuto do

²⁶ Código Penal: Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

²⁷ O texto da justificação do Estatuto está disponível em: <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103> > Acesso em: 21 dez. 2011.

Nascituro”, em tramitação, consiste em que ele elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer.

Parte considerável desses direitos já é prevista em outros diplomas legais, pois vários de seus dispositivos foram compilados no Estatuto. A título de exemplificação, o direito de o nascituro receber doação (art. 542, Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, I - Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos, depois de comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).

O novel diploma tem por objetivo tornar integral a proteção ao *infans conceptus*, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Entre eles, foram sublinhados: o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e veda-se toda forma de discriminação que visa 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 sobrevida ou de delitos cometidos por seus pais.

O Estatuto também visa dar um fim à banalização da vida humana dos não nascidos. Objetiva reprimir ações desumanas, tais como: a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a morte de nascituros por causa de deficiências físicas, ou por causa de crime cometido por seus pais (estupro), os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isto é visto como requerendo que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgado o Estatuto no Brasil.

A posição do autor desta dissertação é que, caso se queira um País mais humano, comprometido com a dignidade humana e com a defesa dos direitos humanos de todos, dever-se-á aprovar o Estatuto no Congresso e buscar uma efetividade normativa do mesmo. Com outras palavras, para que o Estatuto, caso aprovado, seja eficaz, dever-se-á primar pela valorização de tal diploma legal e sua efetiva aplicação. Entendemos ser impensável a construção de um Brasil realmente decente pisando-se sobre o sangue de inocentes e banalizando-se a vida humana.

Mais uma inovação do Estatuto refere-se ao âmbito penal, pois criou a modalidade culposa do aborto, que até hoje é punível somente se houver dolo. Cria também o crime, que é atualmente simples contravenção penal, de anunciar processo, substância ou objeto destinado

a provocar aborto. Elenca também outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, coloca o aborto na classe dos crimes hediondos.

Tem-se como argumento a favor do Estatuto de proteção ao nascituro o apoio de autoridades que denunciam as atrocidades cometidas contra o ser humano em desenvolvimento intra-uterino. Um exemplo referido na justificacão dos autores do projeto é o da ilustre promotora de justiça do Tribunal do Júri do Distrito Federal, Dra. Maria José Miranda Pereira.

A Dra. Maria José Miranda Pereira afirma ser um incoerência do nosso ordenamento normativo o fato de o aborto não estar entre os crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), ao passo que deveria ser o primeiro entre tais crimes. Entende que o aborto é o mais covarde de todos os assassinatos e, no entanto, é objeto de pena tão branda que acaba por se enquadrar entre os crimes de menor potencial ofensivo. É evidente, afirma com tristeza, o desvalor pelo nascituro. Na descrição dos procedimentos utilizados em interrupções da gravidez, com a conseqüente morte da criança em formação, causa-se repugnância, pela desumanidade com que são mortos os nascituros. Entre os procedimentos terríveis, são listados os seguintes:

O bebê é esquartejado (aborto por curetagem), aspirado em pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessária ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos.

Estas ações, por serem indignas de um ser humano, demonstram que se justifica o Estatuto do Nascituro, pois ele pretende ser um meio de valorização da vida dos seres humanos em formação, sem descuidar da vida da gestante. Deve-se levar-se em conta o papel pedagógico da lei, o Estatuto do nascituro possivelmente trará uma conscientização do valor da vida humana, em todas as suas fases de desenvolvimento.

Embora se sinta que as penas pelos crimes contra o nascituro sejam ainda muito pequenas, tendo em conta serem crimes tão bárbaros, com a inclusão do aborto entre os crimes hediondos, haverá importantes avanços na repressão penal de tais crimes. Não será mais possível suspender o processo, submetendo o criminoso a restrições simbólicas, tais como: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades etc. (cf. Lei 9.099/95, art. 89).

2.1.3 Voto Contrário, do Deputado Darcísio Perondi

O Deputado Darcísio Perondi, em voto pela rejeição do PL nº. 478/2007, invoca os princípios da liberdade e da igualdade, que, para ele, são os pilares das democracias contemporâneas. Aduz que as liberdades de pensamento e de crença caracterizam as democracias liberais nos Estados Constitucionais. O referido deputado vê ainda o Estatuto do Nascituro como a imposição de uma moralidade hegemônica, afirmando que ele desconsidera a diversidade de idéias e opiniões, o que coloca em risco esses pressupostos fundamentais e aniquila o sentido de liberdade construído durante séculos.

O político, em seu voto, argumenta que qualquer lei que inviabilize essas liberdades contém um vício original de legitimidade. Defende ainda que o ponto central das democracias seja a igualdade e que esta, por sua vez, seja a condição tanto para a realização da liberdade quanto para a concretização de sociedades justas. O parlamentar, dos princípios, passa a expor sua tese, a qual defenderá no decorrer das razões do seu voto contrário ao projeto de lei, sobre a não legitimação do Estatuto. De começo, diz ele que ao equiparar os direitos do nascituro aos direitos das mulheres e equiparar nascituros às crianças o projeto viola não apenas a liberdade de crença, mas também a igualdade. O deputado acusa o Estatuto de conter dois pontos equivocados, relacionados com o sentido contemporâneo de liberdade e igualdade, quais sejam: 1) o projeto de lei estaria desconsiderando a pluralidade de saberes e de práticas humanas, como o saber biomédico, a biologia, o direito e a ética. 2) o projeto estaria consolidando um *status* para o nascituro que expressa uma única moralidade.

Ele acredita que o Estatuto estaria dando às mulheres *status* inferior e não reconhecendo sua condição contemporânea como sujeitos morais e direitos. Alega Perondi que o Estatuto viola e/ou ignora a igualdade, a liberdade, e a dignidade das mulheres como seres humanos. Entre os onze pontos alegados como sendo equivocados, no novel diploma legal prestes a ser positivado, ele diz que um deles é que o problema do projeto não estaria no reconhecimento de proteção ao nascituro, mas que esse reconhecimento ocorreria ao preço dos direitos das mulheres e dos direitos reprodutivos.

Nesse sentido, o deputado refere que existem Tribunais Constitucionais que vêm reconhecendo o direito de se proteger a vida do nascituro. Afirma, que esse direito não se dá, entretanto, na mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas, o que não acontece no Estatuto do Nascituro.

Embora o parlamentar reconheça que o nascituro possa ser considerado humano por pertencer a um código genético humano, argumenta que a categoria “pessoa”, entretanto, é uma categoria moral. Segundo ele, a afirmação de ser o nascituro “pessoa humana” só é possível a partir de determinada concepção moral e de determinada crença. Sendo assim, conclui que o projeto de lei estaria ferindo os princípios, direitos e garantias fundamentais que garantem a liberdade de crença e pensamento e a igualdade dos sujeitos.

Para demonstrar argumentativamente não ser o nascituro “pessoa”, devendo ser enquadrado em outra categoria, ele diz que o nascituro não possui elementos básicos da personalidade como: a) capacidade de viver a vida, b) consciência, c) nascimento com vida, d) participação em uma comunidade política, e) registro de nascimento.

Quanto ao início da vida, o argumento do voto contrário ao Estatuto, é de que, na ciência da biologia e na medicina o único consenso existente sobre a condição do feto é que ele é um estágio do desenvolvimento celular, e que a vida é um processo de auto-produção contínuo e infinito. Afirma ainda que considerar o feto ou um estágio desse processo evolutivo da vida humana como pessoa, é admitir uma única concepção válida, logo dogmática. Sendo assim, o deputado infere que qualquer imposição legal dizendo que a vida começa com a concepção traduz uma violação da liberdade de pensamento e de crença.

O deputado traz ao debate o posicionamento da comunidade internacional e da comunidade nacional contemporânea, as quais, afirma, reconhecem no âmbito dos direitos reprodutivos o cuidado do nascituro como consequência do reconhecimento do direito de seus genitores. Entende também que a proteção dada ao nascituro contraria os direitos reprodutivos da mulher, pois são no corpo feminino que se dão os riscos e custos da procriação, pois subordina os direitos e a liberdade da mulher aos direitos do *infans conceptus*.

Arrematando o seu raciocínio, o deputado argumenta que, ao final, a proteção da mulher, sua liberdade e direitos reprodutivos, subordinando-lhes a vida e os direitos do nascituro, protegerá também o nascituro. Nesse sentido, ele afirma que há um amplo consenso que reconhece que é através da garantia dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, da sua saúde e dignidade, que os direitos do nascituro estarão resguardados. Assim, dito de outra forma, para o Perondi, a melhor forma de proteger a vida do nascituro seria proteger às mulheres, sem, com isso, subjugar sua liberdade e autonomia.

O parlamentar diz que, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, embora a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos postule 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...*”, há também

uma resolução da mesma Comissão, em sentido oposto, que diz que o direito ao aborto legal não viola tal proteção desde a concepção.

O deputado traz como elemento de seu voto a Observação Geral nº. 28, do Comitê de Recursos Humanos, que interpretou como parte do direito à vida das mulheres o dever dos Estados de adotarem medidas para que elas não recorram aos abortos clandestinos e inseguros, que colocam em risco suas vidas e saúde, principalmente no caso de mulheres pobres ou afro-descendentes.

No mesmo sentido, o parlamentar busca embasamento externo, para defender a proteção da mulher contra os abortos clandestinos: o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais solicitou ao governo do Brasil, em 2003, que o mesmo “... *tome medidas legislativas e outras para revisar a sua legislação para proteger as mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros...*”.

Lembra também que, recentemente, em julho de 2007, o Comitê CEDAW recomendou ao governo brasileiro que “... *continue com os esforços para melhorar o acesso das mulheres aos serviços de saúde sexual e reprodutiva...*” e que “... *apresse a revisão da legislação que criminaliza o aborto, visando a remoção das provisões punitivas impostas às mulheres que realizam a interrupção da gravidez, de acordo com a Recomendação Geral 24 sobre saúde das mulheres e com a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim...*”.

No tocante ao art. 13, do Estatuto do Nascituro, o deputado vê flagrante violação dos direitos reprodutivos da mulher e da sua dignidade, pois este dispositivo do Estatuto afirma que o nascituro concebido por um ato de violência terá prioridade de acesso à saúde e adoção e direito a pensão alimentícia até completar 18 anos. Por dois motivos o político entende que o dispositivo não se legitima. Ele cria uma nova forma de responsabilização do Estado, e, além disto, afirma ele, que o dispositivo legitimaria e institucionalizaria a tortura, pois obriga a mulher a levar a cabo uma gravidez decorrente de um ato de violência.

Outro argumento de natureza consequencial e de cunho econômico é o de que a responsabilização objetiva do Estado para o caso de estupro abriria as portas para outros casos. A teoria da responsabilidade civil do Estado por omissão nunca foi aceita no caso de dever de segurança genérico, porque isso é materialmente impossível. Afirma que, ao criar uma bolsa para o nascituro, e futura pessoa humana, que nasce por decorrência de uma violência sexual, ele cria uma situação isonômica para qualquer outra vítima de qualquer outro crime.

Por fim, aduz como argumento final que a criação de benefício só será possível se houver previsão de custeio, ou seja, será necessário pensar algum tipo de imposto ou

contribuição social. Conclui que projeto de lei do Estatuto do Embrião não apenas fere a lei federal orçamentária como também a autonomia do Poder Executivo.

2.2 Comentário Crítico ao Voto do Deputado Perondi

Tendo em vista a tomada de posicionamento favorável ao Estatuto deste TCC, necessário é que se faça um comentário crítico aos argumentos contrários, presentes no voto do deputado Darcísio Perondi, ao Estatuto do Nascituro.

Verdade é que o princípio da liberdade e o da igualdade são os “pilares” das democracias contemporâneas, entretanto, o princípio da dignidade humana é o “fundamento” do Estado Democrático de Direito, sobre o qual se apóiam a liberdade e a igualdade. Ora, se a natureza humana do nascituro é reconhecida universalmente, e mesmo Perondi reconhece tal natureza no *infans conceptus*, pertence-lhe, portanto, tal dignidade humana e todos os direitos dela decorrentes.

Também pode reconhecer-se que as liberdades de pensamento e de crença caracterizam as democracias liberais nos Estados Constitucionais, como afirma o parlamentar, contudo, é frequente, nestas democracias, a imposição de limites, ou de total proibição, aos atos que impliquem a violação do princípio da dignidade humana, mesmo que tais ações decorram de modos de pensar, ou de determinadas crenças. Tal limitação é vista, por exemplo, na recente proibição da “Farra do Boi”, pelo STF, sob o argumento de que o tratamento dado aos animais fere a dignidade humana, independentemente de tais atitudes advirem de crenças ou de modos de pensar.

Quanto à visão do Estatuto do Nascituro como imposição de uma moralidade hegemônica, o reconhecimento do alegado “direito” de abortar, vislumbrado no voto do parlamentar, também seria uma imposição de uma *moralidade* (ou, *imoralidade*, no ver daqueles que consideram o nascituro como ser humano, tendo dignidade inerente a esta condição). Além disto, em várias outras matérias, também se impõe uma moralidade dominante, por exemplo, quando se criminaliza o furto, o roubo, a calúnia etc.

Quanto à alegada inviabilização das liberdades de pensamento e de crença, pelo Estatuto do Nascituro, é de se pensar que nenhum direito é absoluto. Todos os direitos são limitados por outros direitos, pois os direitos coexistem (afinal os sujeitos dos direitos convivem numa ordem política e jurídica). A liberdade de pensamento de uma pessoa deve

respeitar o direito de outro cidadão, de não ser discriminado pela sua cor; a liberdade de crença sobre a doação de sangue, deve respeitar o direito à vida da criança (do filho ou dependente), e assim por diante. Além disto, as liberdades de crença e de pensamento permanecem, apenas que limitadas ou relativizadas pelos outros direitos.

Embora defenda o parlamentar que o ponto central das democracias seja a igualdade e que esta, por sua vez, seja a condição tanto para a realização da liberdade quanto para a concretização de sociedades justas, defende, contraditoriamente, que não se deva equiparar o nascituro às crianças. Ora, há menos diferença um não-nascido e um bebê recém-nascido, do que uma criança e um ancião. Ainda que haja distinções entre homens e mulheres, entre nascituros e crianças e, entre estas e adultos, o que há de igualdade entre todos é a natureza e dignidade humanas, devendo-se, portanto, reconhecer-lhes igualdade de consideração e de direitos. O que fere a igualdade é desconsiderar que não há diferença substancial entre um bebê nascido e um não-nascido, mas sim uma simples diferença de desenvolvimento, que não justifica um tratamento distinto.

Com relação aos pontos equivocados no Estatuto, no ver do parlamentar, no tocante ao argumento que o projeto desconsidera a pluralidade de saberes e de práticas humanas, como o saber biomédico, a biologia, o direito e a ética, tal argumento não subsiste. Embora seja do conhecimento geral que existam distintos posicionamentos em todas estas áreas a respeito do nascituro, opta-se, no projeto de lei, por sua proteção integral, simplesmente pelo fato de que toda lei, ou ausência de lei, implica uma tomada de posição, não há neutralidade.

Quanto à medicina ou biomedicina, cada vez mais, se tem dado atenção ao nascituro, havendo progresso nos recursos técnicos e científicos para a conservação, não só da mãe, como também do feto, na imensa maioria dos casos. São cada vez mais bem-sucedidas as cirurgias intra-uterinas, para salvar a vida do bebê²⁸. Atualmente, estão em extinção casos em que é preciso optar entre salvar a vida da mãe ou do filho. Se existem alguns, uma boa parte deles são decorrência de insuficiente aplicação de recursos na área.

No tocante à biologia, este ramo do conhecimento é meramente descritivo, não diz nada sobre o valor dos seres vivos. Dar valor aos seres, hierarquizando-os em escala crescente de importância, é próprio dos seres humanos. Dar mais importância a um ser humano do que a um animal, ou a um animal, mais do que um verme, ou a este, mais do que uma pedra, é algo inerente ao homem, vai além da mera ciência biológica. Ademais, por meros critérios

²⁸ O bebê que foi operado no útero. Manchete, 18 abr. 1992, p. 32-43; Salvo antes de nascer, reportagem de capa da revista Época, ano 1, n. 28, 30 nov. 1998, p. 63-67. Revistas citadas por Silmara J.A. Chinellato e Almeida, Tutela Civil do Nascituro. 313p.

biológicos se poderia chegar à conclusão que os mais aptos devem sobreviver, eliminando-se, por exemplo, os deficientes físicos. Na elaboração de quaisquer leis, sempre haverá opções valorativas, das quais é indiferente a Biologia.

Quanto ao direito, é regra básica de que casos iguais devem ser tratados de forma igual, portanto, aqueles que têm oito meses de vida e os que têm nove meses devem ter idêntico tratamento jurídico, por serem substancialmente iguais. Toda discriminação arbitrária não deve ser tolerada, sob pena de se ferir o princípio jurídico da igualdade essencial. A doutrina clássica afirma que, enquanto, a capacidade de direito é um *quid* (absoluto), a capacidade de fato é um *quantum* (relativo). Assim, todos os seres humanos são capazes de direito, inclusive aqueles que estão por nascer, embora tenham limitações no exercício destes direitos.

Quanto à afirmação do político de que o Estatuto estaria dando às mulheres *status* inferior, embora o projeto-lei trate da proteção integral do nascituro, isto não diminui o *status* da mulher, assim como reconhecer os direitos dos bebês já nascidos, sua proteção, não implica diminuição do *status* jurídico da mulher. Garantir que tenham as crianças proteção integral, impedindo-se maus tratos, por exemplo, que se que jogue um bebê no lixo, não diminui o *status* da mulher, embora tal proteção implique atribuição de ônus a ela.

Em relação ao argumento de que o problema do projeto não estaria no reconhecimento de proteção ao nascituro, mas que esse reconhecimento ocorreria ao preço dos direitos reprodutivos, pode-se contra-argumentar que os direitos reprodutivos consistiriam no direito “a” filhos, e **não** no direito “sobre” (a vida dos) os filhos. O direito reprodutivo existe antes da concepção, após, tal direito já não existe, diante do novo ser humano já existente, o direito à vida deve prevalecer. Além disto, repita-se que nenhum direito pode ser absoluto, sob pena de ser impossível conviver em sociedade, o direito de um necessariamente implicará numa limitação do outro.

Quanto à sugestão de que se a proteção da vida dos seres humanos não-nascidos seja numa intensidade menor do que a dos nascidos, já se apontou para o fato de que tal classificação, entre nascidos e não nascidos, é artificial e arbitrária, pois não há diferença substancial, que justifique tratamentos diametralmente opostos. A diferença entre um bebê nascido e um por nascer é meramente circunstancial, e não, substancial. A dignidade em ambos é a mesma, seus direitos devem ser iguais.

O parlamentar refere que o único consenso existente sobre a condição do feto é que ele é um estágio do desenvolvimento celular, e que a vida é um processo de auto-produção contínuo e infinito. No entanto, conforme o art. 2º do Código Civil, os direitos do nascituro

são tutelados desde a concepção, portanto já é firmado no direito pátrio que a vida humana começa na concepção, pois não se resguarda direitos de óvulos e de espermatozóides, e sim do concebido. Além disto, é neste momento que a identidade genética do ser humano torna-se definitiva. O desenvolvimento do novo ser é ditado pelo seu próprio código genético, que já traz em si todos os dados para a formação uterina e pós-uterina da criança.

Argumenta ainda Perondi que, embora o nascituro seja considerado ser humano por pertencer a um código genético humano, a afirmação de o nascituro ser pessoa só é possível a partir de determinada concepção moral e de determinada crença, concluindo, com isto, que o Estatuto fere a liberdade de crença e de pensamento. No entanto, a seguir, ele próprio dá elementos que considera constitutivos da personalidade, a partir do seu modo de pensar e de suas crenças, querendo, certamente, que prevaleça o seu próprio conceito de pessoa.

Inconscientemente, talvez, ele não percebe que uma concepção terá necessariamente que prevalecer: ou a dele, que entende que o nascituro não é pessoa e não deve ser protegido em igualdade com os nascidos, ou a concepção de que o nascituro é pessoa, com dignidade idêntica aos nascidos, tendo que ser protegido de igual modo. Em se tomando uma posição a respeito, pelas vias democráticas, uma concepção de pessoa, ou sobre o nascituro, terá que se impor, respeitados em todo caso os princípios jurídicos, sem que isto viole a liberdade de crença, ou de pensamento, as quais devem ter os seus contornos delimitados pelo direito positivo.

Por outro lado, aqueles que defendem a proteção legal da vida humana entendem que, uma vez que se reconheça o nascituro como ser humano em formação, isto já é motivo suficiente para uma proteção integral, independentemente do conceito de pessoa. Ora, se há a proteção da fauna e da flora, muito mais à vida de um ser humano. Para tanto, não é necessário nem mesmo uma crença num valor transcendente do ser humano, basta atribuir valor pelo que é.

O parlamentar reafirma ainda que qualquer imposição legal, dizendo que a vida começa com a concepção traduz uma violação da liberdade de pensamento e de crença. No entanto, o mesmo raciocínio é válido para o outro lado: qualquer imposição legal dizendo que a vida começa do nascimento com vida traduz uma violação da liberdade de pensamento e de crença, daqueles que pensam que a vida do ser humano começa com a concepção. Adotada uma ou outra orientação na norma, isto contraria crenças, ou o pensamento, de uma parcela da sociedade.

Cogita-se ainda que, no âmbito dos direitos reprodutivos, o cuidado do nascituro seria uma consequência do reconhecimento do direito de seus genitores. Embora seja verdade que

ao se dar uma vida digna aos genitores, também se beneficia o nascituro, isto nem sempre é verdadeiro, da mesma forma que casais que têm um ótimo padrão econômico frequentemente violam os direitos das crianças. O mais adequado é não descuidar do bem-estar dos genitores, sem descuidar da proteção do nascituro.

É possível zelar pelos direitos de uns e de outro, desde que se considerem os direitos destes na sua real magnitude, ou na sua relatividade. Não há “super-direitos”, ilimitados, pois para cada direito corresponde uma obrigação. Ao direito de propriedade, pode estar acoplado o direito de servidão, este limita ou comprime aquele. Ao direito de exigir alimentos para o nascituro (já reconhecido por parte da doutrina²⁹ e pela jurisprudência), se contrapõe a obrigação de cuidados com a saúde dele.

Neste ponto, pode-se colocar um problema para os países que reconhecem o direito de a mulher fazer o aborto: ora se a mulher pode fazer o aborto, vindo a não ter o filho, porque o homem seria obrigado a assumir um filho que não deseja? Poderia ele notificar a mulher, dizendo, “faça o aborto, pois, caso contrário, você terá que assumir o filho sozinha”? Se a mulher teria o direito de não querer ter o filho, porque o homem terá o dever de assumir o filho que não quer ter? Ao dever do homem, corresponde uma obrigação do lado oposto, e vice-versa.

É verdade, como afirma o político, que são no corpo feminino que se dão os riscos e custos da procriação, e isto subordina os direitos e a liberdade da mulher aos direitos do *infans conceptus*, no entanto, outra característica dos ordenamentos contemporâneos, que lhe permitem efetividade normativa, é a que reconhece uma hierarquia entre os direitos, estando o direito à vida no topo, por ser o direito do qual todos os outros dependem e a que visam. Se os direitos da mulher são comprimidos, por apenas algum tempo, em função da criança em seu ventre, o direito do nascituro à vida, se preterido, simplesmente lhe é tirado definitivamente.

Perondi diz que, embora a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assinada pelo Brasil, disponha 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...*”, há também uma resolução da mesma Comissão, que diz que o direito ao aborto legal não viola tal proteção desde a concepção. O Brasil assinou o Pacto, **não**, a resolução unilateral que obviamente o anula.

²⁹ Pontes de Miranda e Silmara J.A. Chinelato e Almeida. Em Tratado de Direito Privado; parte especial, Direito de Família: Direito Parental. Direito protetivo, 2.ed., Rio de Janeiro, Borsoi, p.215-6; e Tutela Civil do Nascituro, ed. Saraiva, 2000. 243p, respectivamente.

O fato de o Comitê de Recursos Humanos ter interpretado como parte do direito à vida das mulheres o dever dos Estados de adotarem medidas para que elas não recorram aos abortos clandestinos e inseguros, que colocam em risco suas vidas, principalmente, no caso de mulheres pobres ou afro-descendentes, não implica o Estado ter que patrocinar o aborto “seguro”. Antes, o Estado deverá propiciar condições econômicas e sociais, para que a mulher não se sinta impelida a abortar, pelas suas condições psicológicas e materiais precárias.

A notícia de que o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais tenha solicitado ao governo brasileiro, que o mesmo “... *tome medidas legislativas e outras para revisar a sua legislação para proteger as mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros...*” vem a corroborar a disposição contida no Estatuto, da necessidade de se pagar pensão à mãe grávida em decorrência de estupro. Neste sentido, se o Estado evita o aborto, evitará consequentemente os efeitos dele.

Lembra o deputado também que, recentemente, em julho de 2007, o Comitê CEDAW recomendou ao governo brasileiro que “... *continue com os esforços para melhorar o acesso das mulheres aos serviços de saúde sexual e reprodutiva...*” e que “... *apresse a revisão da legislação que criminaliza o aborto, visando a remoção das provisões punitivas impostas às mulheres que realizam a interrupção da gravidez, de acordo com a Recomendação Geral 24 sobre saúde das mulheres e com a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim...*”.

Quanto à primeira parte da recomendação do Comitê CEDAW, como já se arrazoou, os *direitos reprodutivos*, ou de procriação, somente podem ser anteriores à existência do filho, após, em lugar deles, surgem os *deveres de cuidado dos pais*, para com os filhos. Quanto à segunda, o Brasil não é obrigado internalizar disposições que anulem direitos fundamentais garantidos na nossa Constituição, no caso, contra o direito à vida. Além disto, a “saúde” das mulheres não pode se dar à custa da vida do nascituro, pois gravidez não é doença.

Quanto ao art. 13 do Estatuto, argumenta o parlamentar que o dispositivo estaria legitimando e institucionalizando a tortura, pois obriga a mulher a levar a cabo uma gravidez decorrente de um ato de violência. Gravidez não é tortura, nem doença, embora possa ocasionar incômodo e, além disto, se há alguma dificuldade psicológica em separar a pessoa da criança, do ato criminoso cometido por seu pai, a solução não está em institucionalizar a morte da criança, mas em fornecer tratamento psicológico à mãe. Uma atrocidade não justifica a perpetuação de outra.

No entanto, quanto ao argumento de Perondi acima, ademais, não se justifica também diante da alteração do artigo, que ressalva a disposição de não punibilidade do aborto em caso de estupro, pois a pensão seria apenas para o caso de a mãe, de modo humano e heróico, levar

a gravidez até o fim. Neste caso, seria uma injustiça a mulher ser punida (tendo que arcar sozinha com a criação da criança) por ter capacidade de distinguir a caráter criminoso do pai, da inocência da criança, ao passo que a que não consegue fazer tal distinção, simplesmente continue a vida sem punição. O Estado estaria, com a referida pensão, possibilitando uma escolha livre da mulher, sem preocupações de ordem econômica, afastando o extremo sofrimento daquelas mulheres cuja índole materna é incompatível com o ato de abortar o filho, mas que não tem condições econômicas de criar o filho. Deste modo, a pensão reduziria o conflito da mulher à esfera ética, sobre se deve ou não abortar o filho proveniente de estupro.

Em relação à afirmação de que o Estatuto cria uma nova forma de responsabilização do Estado, é já tempo de o Estado ser responsável, diante da negligência à segurança dos cidadãos, pois não é à toa que cerca da metade da produção nacional é paga a título de tributos, é justamente com o fim de que haja segurança, saúde, previdência, educação etc. Além disto, tal dispositivo também tem raízes no princípio da solidariedade social, pois todos são solidários com aqueles que são vítimas inocentes de crimes.

3 O *STATUS JURÍDICO DO NASCITURO*

3.1 O Nascituro é Pessoa, no Sentido Jurídico do Termo?

Para os propósitos desta seção, interessa saber se o conceito de personalidade do direito, ou seja, de personalidade jurídica, pode ser reconhecido como próprio dos *conceptus*. Numa leitura literal e isolada do art. 2º do Código Civil, a corrente natalista diz que o direito brasileiro não atribui o *status* de Pessoa ao não nascido, pois o artigo diz, na primeira parte, que a personalidade civil começa do nascimento com vida: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

No entanto, a doutrina natalista, com base na segunda parte do artigo acima transcrito, e, fundamentada em análise sistemática do ordenamento, defende que a personalidade começa desde a concepção. Por exemplo, de Silmara J.A. Chinelato e Almeida, tendo escrito uma tese de doutorado sobre o assunto, afirma que tal leitura é equivocada: “A doutrina natalista representa corrente significativa entre nós. Acredita fundamentar-se no art. 4º do Código Civil, que dada sua redação defeituosa, à primeira vista parece agasalhar tal opinião” (CHINELATO, 2000, p. 145).

3.2 Conceito de Personalidade e Aplicabilidade ao Nascituro

Para uma compreensão e elucidação do tema do início da personalidade jurídica, mais condizente com a realidade jurídica, analisar-se-á, a seguir, qual é o *status* que o ordenamento jurídico brasileiro atribui a ele. Para isto, se aborda o assunto, neste tópico, analisando a forma como alguns juristas tratam do assunto, estudando os institutos jurídicos relacionados ao tema, e comparando o entendimento de alguns dos autores entre si.

Tendo por finalidade saber se o nascituro é, ou não, pessoa jurídica, no ordenamento positivo, é importante investigar o conceito de “pessoa jurídica”, de como a conceituam vários autores pátrios. Para então ver se o ordenamento jurídico atribui tal *status* de pessoa ao *infans conceptus*, ou não.

3.2.1 Análise do Pensamento de Rui Geraldo Viana, *Versus* o de M.H. Diniz

Ao começar o seu artigo sobre o tema, "Tutela jurídica do embrião e do nascituro", Rui Geraldo Camargo Viana, professor titular da USP, ensina que "... *deve-se analisar o conceito filosófico e jurídico do termo "pessoa", para poder avaliar se o embrião e o nascituro incluem-se neste conceito*" (VIANA, 2008, p. 222). Tal conceituação é necessária, para fazer-se compreender na comunidade jurídica e para se averiguar qual seja a condição jurídica do nascituro.

Embora possa haver concordância quanto a importância da conceituação, não se chegou a idêntico entendimento, sobre a personalidade jurídica do nascituro. O autor se confessa natalista, ao afirmar que a personalidade do nascituro começa do nascimento com vida, sendo o registro de nascimento meramente declaratório: "O registro civil do nascimento é meramente declaratório, porque a aquisição da personalidade dá-se com o nascimento com vida, que é anterior ao registro". (VIANA, 2008, p. 226). Ou seja, a aquisição da personalidade jurídica, para ele, não é desde a concepção, mas, desde o nascimento com vida, fato que a certidão de nascimento apenas declara.

Não obstante tomar partido da corrente natalista, o autor reconhece também, com expressão límpida, que o art. 2º, 2ª parte, outorga direitos verdadeiros e atuais ao nascituro:

"O art.º 2º do CC/2002 deve ser interpretado de maneira sistemática, ou seja, o nascituro, desde a concepção, adquire alguns direitos não patrimoniais e status, como o direito ao reconhecimento de sua paternidade. No entanto, com relação aos direitos patrimoniais, o nascituro tem mera eventualidade de aquisição de direito, sob a condição de seu nascimento com vida." (VIANA, 2008, p.232).

Tais declarações conflitam entre si, ainda mais se considerar o conceito de personalidade jurídica enunciado pelo autor, no artigo sobre o tema: "*Pessoa*³⁰ *é o centro*

³⁰ O autor faz uma distinção entre "sujeito de direito e pessoa": "Pode-se identificar uma diferença sutil entre sujeito de direito e pessoa para a ciência jurídica. Assim, entende-se como sujeito de direito o autor de vontade, o indivíduo responsável, ou seja, este termo relaciona-se com o agir e não com o fato de ser um ser humano. Por outro lado, o termo "pessoa" revela um ser humano com todas as prerrogativas que lhe são inerentes". 223p. Talvez, se possa ver nesta distinção de Viana equivalência com a de Orlando Gomes, pois este jurista entende que a capacidade de direito se confunde com a própria personalidade, e que a capacidade de fato é a medida da personalidade. Isto porque Viana equipara "pessoa", com "capacidade de direito" ("prerrogativas que lhe são

receptor do Direito, o primeiro elemento da relação jurídica (sujeito de direito). Não se compreende o Direito sem o homem, para cujo interesse a norma é constituída (hominum causa omne ius constitutum est)", (VIANA, 2008, p. 222).

Não é lógico Viana afirmar que "*Pessoa é o centro receptor do Direito*" (VIANA, 2008, p. 222) e, depois, que o nascituro "*adquire alguns direitos não patrimoniais e status*", desde a concepção (VIANA, 2008, p. 232), e, por fim, concluir que o nascituro não seja pessoa. A conclusão *lógica* seria: pessoa jurídica é o centro receptor do direito, o nascituro é titular de direitos, portanto, ele é pessoa, tem personalidade jurídica. Tal contradição lógica poderia ser superada, caso o autor entendesse que o nascituro não tem, tão-somente, personalidade jurídica material. Esta é a proposta de Maria Helena Diniz:

“Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro, e, na vida extra-uterina, tem o embrião personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro ..., passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3º).” (DINIZ, 2009, p. 35).

Certamente, o entendimento que melhor harmoniza todos os dispositivos do ordenamento é o mais adequado. O que se constata é que a tese concepcionista é a que melhor cumpre esta interpretação harmônica de todos os dispositivos. A tese natalista, segundo se vê nos autores aqui analisados, afigura-se contraditória, pois reconhece direitos, e não meras expectativas de direito, ao nascituro e, ao mesmo tempo, defende que a personalidade começa do nascimento com vida. E a parte da doutrina natalista, que não reconhece senão apenas expectativas de direitos, é, salvo melhor juízo, totalmente inconciliável com os direitos reconhecidos ao nascituro pelo direito pátrio.

Bastaria o nascituro ser titular de **um** direito, para que ele devesse ser reconhecido como “pessoa”. Este é o entendimento o saudoso Pontes de Miranda: “*Basta que A possa ser*

inerentes") e, "sujeito de direito", com capacidade de exercício ("relaciona-se com o agir"). Tal distinção vem ao encontro do entendimento de que o nascituro é pessoa, no sentido jurídico do termo, tendo capacidade de direito, posto os direitos de personalidade não requererem capacidade de exercício, mas somente a de gozo, ou seja, requerem apenas que o ser humano tenha vida; embora não tenha ele direitos patrimoniais, pois tais direitos, para que o titular os exercite efetivamente, requer que tenha capacidade plena, a capacidade de gozo e a de exercício.

sujeito de um direito, para que A seja pessoa. Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito." (PONTES, 1983, p. 154). Ora, se o *infans conceptus* é titular dos direitos de personalidade, que são os direitos mais relevantes, porque deles dependem os direitos patrimoniais e à efetividade daqueles estes visam, portanto o nascituro deve ser considerado pessoa. É válido repetir-se a citação de Francisco Amaral: "*Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa*" (AMARAL, 2003, p. 220).

Afirma Viana: "*com relação aos direitos patrimoniais, o nascituro tem mera eventualidade de aquisição de direito, sob a condição de seu nascimento com vida*" (VIANA, 2008, p. 232). Isto se harmoniza com o que diz M.H. Diniz, pois esta ensina que o *conceptus* não teria personalidade jurídica material, não tendo os direitos patrimoniais, mas apenas personalidade jurídica formal, sendo titular dos direitos de personalidade. O autor também se harmoniza com a mestra, quando atribui ao nascituro direitos não-patrimoniais e *status*, reconhecendo a ele, indiretamente, personalidade formal: "*adquire alguns direitos não patrimoniais e status, como o direito ao reconhecimento de sua paternidade*" (VIANA, 2008, p. 232).

Sendo assim, o nascituro é, na expressão do autor, "*centro receptor do Direito*", pois é alvo de proteção jurídica, tendo direitos de personalidade e *status* jurídico, embora não tenha o *nom natus* direitos patrimoniais, os quais lhe são atribuídos, somente ao nascer com vida, pelo ordenamento jurídico.

No entanto, em outro enunciado do artigo em comento, Viana expressa, contraditoriamente, que os direitos do nascituro e ele próprio são mera ficção: "*Para nós, a não-ocorrência da autonomia conduz aquele ser eventual para o limbo. O Direito, ao admitir direitos ao nascituro, elocubrou uma ficção jurídica. Sim, o nascituro é decorrência de uma mentira operacional*", (VIANA, 2008, p. 227).

Mais: expressa o civilista que, se não nascer, o feto nem sequer entrou no mundo jurídico: "*A vida autônoma, o feto só a terá ao nascer; se frustrada a gravidez, com toda a crueza da expressão, irá para o lixo cirúrgico, sem entrada no mundo jurídico...*" (VIANA, 2008, p. 225). E quanto aos direitos de personalidade, os quais o próprio jurista reconhece ser o nascituro titular?! Não colocam o *conceptus* no mundo jurídico? No intuito de se tentar compreender o pensamento do professor, pode-se cogitar de que a ficção que ele se refere seja meramente no tocante aos direitos patrimoniais, os quais – em consonância, segundo a tese de M.H.Diniz – ele terá apenas se nascer com vida. No entanto, em decorrência dessa explicação, se conclui que o professor Viana entende que, para se entrar no mundo jurídico, ser pessoa

jurídica, deve-se necessariamente poder possuir direitos patrimoniais, independentemente de ser titular dos direitos de personalidade.

Tal atribuição de personalidade apenas àqueles titulares de direitos patrimoniais tem raízes na evolução histórica do direito civil. Alguns autores³¹ caracterizam o direito pátrio, principalmente o anterior à Constituição de 1988, como patrimonialista, pois somente no atual código civil é que foram previstos expressamente os direitos de personalidade. Embora alguns autores já esboçassem uma doutrina bem desenvolvida sobre o assunto, a exemplo de Pontes de Miranda, tais direitos tinham pouca expressão.

Isto explica o porquê de diversos autores, mesmo reconhecendo ao nascituro os direitos de personalidade, negarem a sua personalidade jurídica: é decorrência dos resquícios de tal patrimonialismo, no próprio código e na doutrina dominante. “Pessoa” somente seria quem pode ser titular de direitos patrimoniais, deste modo, não tendo o feto os tais direitos, não é considerado pessoa, embora tenha os direitos de personalidade. No entanto, os direitos de personalidade vêm ganhando cada vez mais importância na doutrina atual, perdendo espaço o patrimonialismo.

Tendo isto em consideração, no pensamento de Viana, o nascituro não entraria no mundo do direito, no que toca aos direitos patrimoniais, objetos de comércio jurídico. No tocante aos direitos de personalidade, entretanto, não há ficção alguma, pois - como já se frisou - o autor (e a imensa maioria dos autores o acompanham) reconhece, com todas as letras, tais direitos ao nascituro, não podendo, com a devida vênia, ser isto mera ficção.

Se os direitos de personalidade não são ficções, sendo o próprio nascituro uma realidade insofismável, a personalidade jurídica a ele atribuída não poderia, de modo algum, ser ficção. Tal indicação de que Viana estivesse falando da inexistência apenas de personalidade material no nascituro - conforme a referida doutrina de M. H. Diniz - pode ser deduzida da seguinte afirmação: “... conceito que o Direito cunhou para que, em caso final exitoso da gravidez, não se visse o neonato prejudicado em seus direitos sucessórios e nos da própria personalidade”, (VIANA, 2008, p. 227).

Pode-se captar a distinção entre a capacidade de direito, como ligada a todos os seres humanos, inclusive ao nascituro (pois o nascimento não tem o condão de transformar uma

³¹ Tal é o caso de Silmara J.A. Chinelato e Almeida: “Conforme decorre da leitura do texto, João Luiz Alves enfatiza apenas os direitos patrimoniais do nascituro, segundo visão própria de seu tempo. Os direitos não patrimoniais (os denominados direitos pessoais) ficaram a salvo de suas indagações, que pecam pela parcialidade. A despatrimonialização dos direitos e a ênfase aos direitos da personalidade e direitos humanos da pessoa natural é a tônica da legislação atual – inclusive brasileira, como decorre da Constituição Federal, ao estabelecer como princípio da República a dignidade da pessoa humana, verdadeira cláusula geral de interpretação, no dizer de Gustavo Tepedino – com reflexos na doutrina”, in Tutela Civil do Nascituro, ed. Sariva, 2000.147p.

coisa em um ser humano), da capacidade de exercício, relacionada à vida social, ao comércio jurídico dos direitos, quando Viana ensina: *"Se todo homem é portador de personalidade e suscetível de fruição genérica de direitos, o seu exercício específico pode sofrer limitação ou reclamar implementação ou legitimação, e isto decorre da necessidade social de garantir condições de segurança à vida em sociedade"*. (VIANA, 2008, p. 224).

Então, ao criar o Direito a ficção jurídica de que o *nom natus* tenha personalidade civil (material) provisória, no que diz respeito aos direitos sucessórios (entregando, desde logo, os bens à sua mãe, ou concedendo ao nascituro um *curator ventris*), visa proteger os seus interesses patrimoniais, referentes à garantia de sua futura formação, ao nascer ele com vida.

O pensamento de Viana poderia ser tido por substancialmente igual ao da mestra Maria Helena Diniz: ambos os juristas reconhecem ao *conceptus* direitos de personalidade, embora não lhe atribuam direitos patrimoniais. Com a diferença de que a mestra da PUCSP reconhece, livre do patrimonialismo civilístico pátrio, expressamente que o feto tem personalidade jurídica, e Rui Geraldo Camargo Viana, não.

3.2.2 Exposição e Análise do Pensamento de Wesley Souza Andrade

Na análise de Wesley Souza Andrade, professor de Direito Civil e Advogado, em seu artigo "A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião", na Revista IOB³², percebe-se que, por mais que o jurista atribua direitos ao nascituro, reconhecendo-o como sujeito de direitos, entretanto, também não lhe reconhece a personalidade. Wesley expressa o seu pensamento, dizendo: *"No tocante à capacidade jurídica, sem embargo de o nascituro não ser pessoa, inegavelmente é sujeito de direito; detém, assim, capacidade jurídica, mas não personalidade"* (SOUZA DE ANDRADE, 1999, p. 194).

Deste modo, o autor não identifica o conceito de pessoa ao de sujeito de direito: *"Sujeito de direito (sujeito juridicamente considerado) é o ente a quem o ordenamento atribui capacidade jurídica e que, por isso, detém titularidade de direito ou de dever. Pessoa, por sua vez, é o ente físico ou moral apto para contrair direitos e deveres"* (SOUZA DE ANDRADE, 1999, p. 194). É possível, em seu pensar, o nascituro ser sujeito de direitos, sem ser considerado pessoa, pois para este autor as duas coisas não são coincidentes.

³² Continuação de REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA – Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, jul. 1999. 193-98pp.

No entendimento de Wesley, portanto, o nascituro é sujeito de direito ou sujeito juridicamente considerado, o ente a quem o ordenamento atribui capacidade jurídica e que, por isso, detém titularidade de direito ou de dever, mas não é pessoa, ou ente físico ou moral apto para contrair direitos e deveres. É de se perguntar quem seria, para o autor, “*o ente físico ou moral apto para contrair direitos e deveres*”, estariam nesta classe os absolutamente incapazes? Quando ele fala “*apto para contrair direitos e deveres*”, ele considera por si mesmo? Daí, se for assim, as crianças não seriam também pessoas, do mesmo modo que os nascituros.

Portanto, na concepção deste autor, tanto a pessoa, quanto o sujeito de direitos têm capacidade jurídica, com a diferença de que, enquanto aquela é apenas titular de direitos e deveres, este pode contrair também direitos e deveres. A distinção conceitual feita por Wesley entre sujeito de direito e pessoa é inversa à de Viana. A posição deste é vista, ao se ler:

"Pode-se identificar uma diferença sutil entre sujeito de direito e pessoa para a ciência jurídica. Assim, entende-se como sujeito de direito o autor de vontade, o indivíduo responsável, ou seja, este termo relaciona-se com o agir e não com o fato de ser um ser humano. Por outro lado, o termo "pessoa" revela um ser humano com todas as prerrogativas que lhe são inerentes" (VIANA, 2008, p. 223).

Compare-se a inversão nos conceitos presente nos dois autores: Viana vê o “*sujeito de direito como o autor de vontade, o indivíduo responsável*”, capaz de agir. Entende ele que “*o termo “pessoa” revela um ser humano com todas as prerrogativas que lhe são inerentes*”. Para Wesley³³, sujeito de direito é o que “*detém titularidade de direito e de dever*”, e pessoa, “*o ente físico ou moral apto para contrair direitos e deveres*”. Deste modo, Viana relaciona o sujeito de direitos, com a capacidade de agir (“*o autor de vontade, o indivíduo responsável, ou seja, este termo relaciona-se com o agir*”) e a pessoa, com a capacidade de direitos (“*o termo "pessoa" revela um ser humano com todas as prerrogativas que lhe são inerentes*”). Wesley, inversamente, relaciona o sujeito de direitos, com a capacidade de ser titular de

³³ Sobre a distinção entre “sujeito de direito” e “pessoa”, outros autores não fazem tal distinção, a exemplo de Pontes de Miranda: “*Sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito*”. Tratado de Direito Privado, t. 1. 161p.

direito (“*detém titularidade de direito ou de dever*”) e pessoa, com a capacidade de exercício (“*o ente físico ou moral apto para contrair direitos e deveres*”).

Isto considerando que a expressão “*contrair direitos e deveres*” tem o significado de ser atuante, ente capaz de agir juridicamente³⁴. Assim, se o nascituro fosse considerado aquele que tem capacidade de agir, de contrair direitos e deveres³⁵, Wesley não o consideraria pessoa³⁶ (é certo que nem natalistas, nem concepcionistas o consideram como tendo esta capacidade, ou seja, capacidade de fato ou de exercício), mas, considera o *infans conceptus* como alguém capaz de ser titular de direitos e deveres. Exatamente este é o conceito que muitos – concepcionistas³⁷ e natalistas – atribuem à pessoa jurídica.

No entanto, o certo é que ambos os autores, apesar de serem adeptos da teoria natalista: vê-se a filiação de ambos os autores à corrente natalista, nas seguintes declarações: Viana: “*O registro civil do nascimento é meramente declaratório, porque a aquisição da personalidade dá-se com o nascimento com vida, que é anterior ao registro*” (VIANA, 2008, p. 226). Wesley: “*Demais, não se pode perder de vista que o nascituro, além de não ser pessoa, é víscera matris...*” (SOUZA DE ANDRADE, 1999, p. 196), vêem os dois autores o nascituro como alguém capaz de ter direitos. No entanto, se não reconhecerem o nascituro como pessoa, para serem coerentes no seu pensamento, não poderiam atribuir o *status* de pessoa jurídica também aos demais absolutamente incapazes.

É neste sentido: no de ser capaz de ter direitos, ou seja, tendo a capacidade de direito, que os concepcionistas consideram o nascituro pessoa, embora sem capacidade de exercício. Deste modo, embora não haja concordância quanto o rótulo “pessoa”, sejam natalistas, sejam concepcionistas, os autores analisados concordam substancialmente quanto a isto: o *infans conceptus* tem capacidade jurídica, pois as duas correntes reconhecem ser o nascituro titular de direitos.

³⁴ É questionável o entendimento de que é necessária a capacidade de agir, para alguém ser considerado pessoa jurídica, pois é exatamente para suprir a ausência da capacidade de agir que se concebe a figura do representante. Assim, mesmo que um bebê não tenha condições de agir, de atuar no mundo jurídico por si mesmo, o seu representante, atua em seu nome, defendendo os seus interesses jurídicos. Portanto, basta que alguém tenha capacidade de direito, ou direitos, para que seja pessoa, no sentido jurídico do termo.

³⁵ Num primeiro momento, alguém poderia achar incrível, mas há autores que entendem que o nascituro pode também contrair direitos e deveres (mas é óbvio que por meio do seu representante legítimo). Exemplo: Pontes de Miranda: “*Se o edifício, ou qualquer outra construção, é causa do dano e o proprietário dêle é menor de dezesseis anos, mesmo se se trata de nascituro, há a responsabilidade do proprietário, tenha ou não tutor ou curador*”, Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. 1, 1983. 125p. [sublinhado nosso].

³⁶ É conveniente observar que os autores concepcionistas, em geral, também não atribuem ao nascituro tal capacidade, portanto nem mesmo eles considerariam o *ius conceptus* “pessoa”, neste sentido.

³⁷ Diz Francisco Amaral, após referir vários direitos, dos quais o nascituro é titular: “E só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide”. Direito Civil; Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. 223p.

Pelo menos indiretamente, até os natalistas reconhecem personalidade jurídica formal ao *infans conceptus*, pois reconhecem que ele é titular dos direitos de personalidade jurídica. É possível se afirmar que vários natalistas, entre os quais, os acima analisados, são *concepcionistas indiretos*: não reconhecem expressamente personalidade jurídica ao *non natus*, mas reconhecem a qualidade necessária para ser pessoa jurídica, ou seja ter direitos.

3.2.3 Outros Autores Natalistas e o Patrimonialismo no Direito Civil

Vários natalistas, embora reconheçam que o nascituro tem aptidão para ser titular dos direitos de personalidade, não atribuem ao nascituro personalidade jurídica. Na concepção destes autores, para alguém ser pessoa, é necessário ter aptidão para a titularidade de direitos patrimoniais. A tabela a seguir contém, resumidamente, a exposição do pensamento de mais dois autores natalistas, além de Rui Geraldo Viana e Wesley Souza Andrade, já referidos acima, com o mesmo padrão de entendimento:

Autor	Pablo Stolze Gagliano & Rodolfo Pamplona ³⁸	Carlos Roberto Gonçalves ³⁹
Conceito de Personalidade Jurídica	“Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos”, p. 80.	“Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações e deveres na ordem civil”, p. 70.
Reconhecimento de Direitos de Personalidade ao Nascituro	“É de observar, outrossim, que essa personalidade [do nascituro] confere aptidão apenas para a titularidade de direitos de personalidade (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nasci-mento com vida”, p. 83.	“... a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial”, p. 82. “Os direitos de personalidade, como também já assinalado, são inatos: adquiridos no instante da concepção , acompanham a pessoa até sua morte”, p. 158.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil – Parte Gerl. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Negação de Personalidade Jurídica ao Nascituro	“Embora o nascituro não seja pessoa , ninguém discute que tenha direito à vida, e não mera expectativa”, p. 84. “[o nondum conceptus ou prole eventual] Trata-se de um ‘sujeito de direito’, sem ser pessoa (como o nascituro) ”, p. 87.	“Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro , por exemplo”, p.72.
---	---	--

Em síntese, o pensamento dos autores é o seguinte: a) a personalidade jurídica é a aptidão genérica para ser titular de direitos, a qual é igual à soma da aptidão para ser titular de direitos de personalidade e da aptidão para ser titular de direitos patrimoniais. b) embora o nascituro tenha aptidão para ser titular de direitos de personalidade, não tem aptidão para ser titular de direitos patrimoniais. c) o nascituro não é pessoa. Assim, o patrimonialismo é percebido no fato de que alguém, para ser considerado pessoa, tem de ser capaz de ter direitos patrimoniais, ou seja, poder ter patrimônio, em outras palavras, os direitos de personalidade não são suficientes, no entendimento destes autores, para atribuírem ao nascituro o *status* de pessoa. É de se inferir que alguém que não possua patrimônio não é efetivamente pessoa. No entanto, por afirmarem que o nascituro é titular dos direitos de personalidade, se colocam ao lado de concepcionistas que manifestam idêntico posicionamento. De forma similar a Viana e Wesley, estes dois autores podem ser também considerados concepcionistas, pelo menos indiretamente, pelo fato de negarem expressamente personalidade do nascituro, mas reconhecerem que ele é titular dos direitos de personalidade.

3.3 Distinção Entre Capacidade de Direito e de Exercício e o *Curator Ventris*

A distinção entre capacidade de direito e capacidade de exercício é feita pela grande parte da doutrina, mas tal diferenciação não implica no não reconhecimento da personalidade jurídica aos que não têm capacidade de exercício. Para ser pessoa jurídica, basta o ente possuir a capacidade de direito⁴⁰. Ao passo que a capacidade de direito prescinde da

⁴⁰ Como também entende Orlando Gomes, ao identificar capacidade de direito à personalidade jurídica: “O termo capacidade emprega-se em dois sentidos. No primeiro, com a mesma significação de personalidade. Chama-se, então, capacidade de direito ou de gozo. Para ter direitos na ordem civil, todo homem é capaz, porque pessoa. No segundo, é aptidão para exercer direitos. Denomina-se capacidade de fato ou de exercício. Nem todos tem-na. Causas diversas restringem-na. A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a

capacidade de exercício⁴¹, a capacidade de exercício não existe, sem a capacidade de direito. Pois como poderá exercer direitos, se não é capaz de ter direito? Isto seria um contra senso. Portanto, é incorreto o entendimento de que é necessária a capacidade de exercício, para alguém ser considerado pessoa jurídica, pois é exatamente para suprir a ausência da capacidade de agir que se concebe a figura do representante.

Assim, mesmo que um bebê não tenha condições de agir, de atuar no mundo jurídico, por si mesmo, o seu representante, atua em seu nome, defendendo os seus interesses jurídicos. Eis a razão do porquê de o Código Civil⁴² conceder o *curator ventris* ao nascituro: pelo fato de ele possuir capacidade de direito, mas não ter capacidade de exercício. Portanto, ele é pessoa, pois tem capacidade de direito.

Também neste sentido, Anacleto de Oliveira Faria reconhece que, se o nascituro tem capacidade de direito, é pessoa: “*Ora, se o Código alude aos “direitos” do nascituro é porque lhe reconhece capacidade, pois, como já observamos linhas acima, todo o titular de direitos é pessoa. De fato, “pessoa”, em linguagem jurídica, é, exatamente, o sujeito ou titular de qualquer direito*” (FARIA & MONTORO, 1953, p. 125). Deixando explícita a sua posição concepcionista, Anacleto declara: “*Em face do exposto, não obstante a assertiva do início do art. 4º, [substancialmente, igual ao atual art. 2º, do CC] do Código Civil e da posição adotada pela maior parte dos juristas, entendemos que o início da personalidade natural deve ser contado desde a concepção, condicionando-lhe os direitos, porém, ao ulterior nascimento com vida*” (FARIA, 1970, p.126).

No mesmo sentido, em lapidar expressão, Grossé Saraiva manifesta entendimento similar ao de Anacleto Faria e Franco Montoro:

“No pressuposto de que não há Direito sem o concurso dos quatro elementos essenciais apontados: sujeito, objeto, vínculo e proteção, si a Lei reconhece expressamente certas e determinadas relações entre objetos possíveis e o nascituro, protegendo e garantindo o vínculo jurídico que entre ambos se formou, então, lógica e forçosamente, o nascituro pode ser Sujeito, titular de direitos, isto é, ter ‘personalidade

personalidade...” . Introdução ao Direito Civil, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 149p, in finis, e 150p, ab initio. [nosso sublinhado].

⁴¹ Conforme também Orlando Gomes: “*Pode-se ter capacidade de direito sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si*”. Idem. 150p.

⁴² Art. 1.779. 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.

jurídica – ‘*capacidade jurídica*’.” (GROSSÉ SARAIVA, 1941, pp. 446-7).

Deste modo, ao conceder ao nascituro um curador ao ventre, o Direito o considera como absolutamente incapaz. Busca a lei suprir-lhe a falta da sua capacidade de exercício, resguardando seus direitos, portanto, reconhece a sua capacidade direito, e, conseqüentemente, a personalidade jurídica.

3.4 Distinções Entre Pessoas Jurídicas

Para estabelecer mais exatamente qual o *status* atribuído pelo direito ao nascituro, ainda resta a questão de qual tipo de personalidade jurídica ele possui, pois existem mais de uma espécie de pessoa jurídica no direito. Deduz-se, deste modo, ser necessária uma distinção entre os tipos de pessoas existentes e um enquadramento do nascituro em um deles. Para tanto, se consultou a doutrina.

Para Teixeira de Freitas, existem alguns critérios para se fazer a distinção entre as distintas pessoas jurídicas e se conhecer os seus direitos:

"Na esphera, em que nos achamos, as personalidades estão no mesmo nivel, ou seião singulares ou colletivas; a diferença de seus direitos só póde derivar das condições especificas, ou qualidades intrinsecas, que a analyse houver de discernir. Pois bem, observai attentamente as variadas manifestações desses direitos, estudai a natureza do homem e as suas necessidades; e não achareis outros caracteres mais importantes, d' onde possa resultar uma divisão ampla, dominante de todas as partes, senão os que distinguem os direitos absolutos e os direitos relativos" (TEIXEIRA DE FREITAS, 1886, p. LXIII).

O ilustre jurista faz uma divisão ampla das pessoas jurídicas em duas espécies: pessoas coletivas e pessoas singulares, fornecendo critérios objetivos pelos quais se possam determinar a classificação e os direitos passíveis de atribuição a ambas as classes. Um primeiro critério é que direito deve atentar para o objeto da sua classificação: deve-se analisar

a constituição da própria pessoa jurídica analisada. Assim, para se saber a qual categoria pertence e os direitos de determinada pessoa jurídica, deve-se analisar as características específicas ela apresenta. Um segundo critério é o estudo da natureza humana, e das suas necessidades: a partir daí se deduz a disciplina jurídica das distintas pessoas jurídicas, pressupõe, então, a presença do ser humano na constituição das pessoas jurídicas.

Outro critério é dado pelo grande jurista Francisco Amaral: “*Por outro lado, as pessoas jurídicas têm capacidade de direito e não dispõem de certas formas de proteção da personalidade, representadas pelos chamados direitos da personalidade*” (AMARAL, 2003, p. 220).

Do pensamento deste jurista, depreende-se que para se fazer uma classificação das pessoas jurídicas, deve-se fazer um estudo acerca das formas de proteção atribuídas às pessoas jurídicas. Este autor faz também uma divisão em dois tipos de pessoas jurídicas: a pessoa jurídica (‘pessoas coletivas’) e a pessoa natural (‘pessoa singular’). Para os propósitos desta monografia, faz-se uso do pensamento de Teixeira de Freitas e do de Francisco Amaral, para se determinar que espécie de pessoa jurídica é o nascituro, e quais os direitos a ele inerentes, ou seja, procura-se aplicar os critérios de classificação propostos pelos juristas ao caso do nascituro. Assim, propõem-se as seguintes medidas para uma aproximação da real natureza da personalidade jurídica do *infans conceptus*:

- a) Devem-se investigar as qualidades intrínsecas do nascituro, sua natureza e necessidades, com vistas a classificá-lo em uma das duas classes de pessoas jurídicas, determinando quais direitos lhe são atribuíveis;
- b) É necessário fazer um estudo das formas de proteção que o ordenamento concede ao *infans conceptus*, para, então, se determinar em qual classe de pessoa jurídica ele pertence: se pessoa natural, ou se pessoa jurídica.

Propõe-se a classificação das pessoas jurídicas em: pessoas jurídicas *stricto sensu*, ou pessoas jurídicas técnicas⁴³ (as ‘pessoas coletivas’), e em pessoas jurídicas naturais (as pessoas ‘singulares’). Embora ambas as classes tenham capacidade de direito, podendo, assim, se enquadrar dentro do conceito de pessoa jurídica, as pessoas jurídicas têm alguns direitos de personalidade que as pessoas jurídicas *stricto sensu* não possuem. No entanto,

⁴³ Visto que são construções da técnica jurídica para se suprir as necessidades humanas, tais como a de permanência no tempo e de unir as capacidades individuais, para realizações de grandes empreendimentos, cuja consecução dependa da união de força de várias pessoas.

embora se poderiam chamar as *personas jurídicas stricto sensu* de *personas jurídicas técnicas*, não podem existir, sem terem envolvidas em sua constituição o elemento humano. Também pensam de modo semelhante alguns autores, exemplo: Pontes de Miranda: “*Por outro lado, para que haja pessoa jurídica, no sentido de pessoa que não é ente humano (pessoa natural, pessoa física), é sempre preciso que haja elemento humano, que sirva de dado fáctico...*” (PONTES, 1983, p.156).

3.5 O Nascituro se Inclui em Qual Classe de Pessoas Jurídicas?

Para os fins investigativos do nosso trabalho, procura-se responder, no decorrer deste trabalho, a seguinte pergunta: Em qual das classes de pessoas jurídicas acima percorridas o *infans conceptus* se inclui? A partir dos critérios expostos acima, se esboça, resumidamente, proposta de aplicação de tais medidas, ou princípios, à espécie, para se chegar à verdade da natureza da personalidade jurídica do nascituro, no seguinte silogismo:

Tomando-se em conta (a) a constituição do nascituro, tendo ele a natureza individual humana: código genético da espécie humana, individualidade, racionalidade potencial etc.; (b) as suas necessidades humanas básicas: o movimento vital, ou vida, a nutrição, a saúde, o desenvolvimento, a proteção, o respeito, a necessidade de que zelem pelos seus interesses atuais e inadiáveis e pelo seu futuro etc.; e (c) as formas de proteção atribuídas aos seres humanos pelo direito: ao *conceptus* é reconhecido o direito à vida, o *status* da filiação – e, em consequência, a igualdade aos outros filhos, ordenada pela Constituição –, a direito de suceder e de receber doações, de ser beneficiário de testamento, ter representante para zelar pelos seus interesses etc.; possuindo, portanto, o nascituro estes três requisitos, ele poderá ser considerado pertencente à classe das pessoas jurídicas naturais, ou humanas.

Neste sentido, leia-se o professor da Universidade de Coimbra, JOSÉ TAVARES, citado por André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria:

“*Mas, porque a personalidade jurídica do homem é um atributo do próprio ser, necessário à garantia dos seus legítimos interesses, e pois, que êle e êstes existem desde o fato da concepção, é a êste momento que nós preferíamos atribuir a origem da personalidade*”.

(TAVARES, José apud MONTORO & FARIA, 1953, p. 67).

A discussão sobre a existência da personalidade jurídica do nascituro não é uma mera discussão estéril de técnica jurídica, pois a atribuição da capacidade jurídica ao não nascido está relacionada à sua proteção jurídica, possibilitando que esta seja mais efetiva. No entanto, mais do que simples atribuição de personalidade jurídica, percebe-se ser imprescindível que se o reconheça como pessoa (humana) natural: convém ao *infans conceptus* atribuição de personalidade jurídica da mesma natureza do nascido, pois, além de possuir natureza humana idêntica a este, tem ele interesses equivalentes, ainda que se deva ter em conta as peculiaridades próprias do seu estágio de desenvolvimento.

3.6 Personalidade Jurídica: Direitos de Personalidade X Patrimoniais

Como já visto, a atribuição de personalidade jurídica implica atribuição de direitos, em particular os direitos de personalidade. Estes possuem determinadas características, reconhecidas pela doutrina. Para se entender os direitos personalíssimos, será útil contrastá-los aos direitos patrimoniais, que não se ligam necessariamente ao indivíduo concreto.

Nas relações patrimoniais, aptas a ensejar atribuição de direitos presentes e futuros, pode haver também expectativas de direitos. Nestas, o *nondum conceptus* (o não concebido) pode ser sujeito de direito, pois para um sujeito futuro (ainda não existente), se pode bem cogitar de um direito futuro. No caso dos direitos de personalidade, entretanto, isto não é possível, são direitos que somente existem em concreto, pois são personalíssimos, atuais e não transmissíveis, requerendo a existência de um ser humano concreto, do qual são inseparáveis.

Sobre a intransmissibilidade dos direitos de personalidade, vejamos o que preleciona Pontes de Miranda:

“A intransmissibilidade deles é resultante da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação de efeitos próprios (os direitos de personalidade). [...] Toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra; se a transmissão se pudesse dar, o direito não seria de personalidade. Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal” (PONTES, 1971, p. 7).

Deste modo, os direitos de personalidades são ligados à pessoa do titular, não podendo passar a outra pessoa, pois são intransmissíveis. Pode-se deduzir desta intransmissibilidade a atualidade, ou melhor, contemporaneidade ao titular, dos direitos de personalidade. Não podem ser adiados para o futuro, pois existem concomitantemente com o a existência do ser humano concreto titular destes direitos. Na verdade, os direitos de personalidade “irradiam” da pessoa do titular tal qual a imagem procede do ser refletido: eles têm início com o começo concreto do ser humano e se projetam no tempo enquanto este existir.

Tais direitos de personalidade são objetos de gozo imediato, inadiáveis, sob risco de não mais poderem ser alvo de tutela jurídica (vindo a perecer, ou a ser prejudicado de forma irreparável, o titular). Devem, portanto, estes direitos serem titularizados por um sujeito já existente, o que não é o caso do ainda não concebido.

Diferentemente do *nondum conceptus* (também denominado 'prole eventual'), ao nascituro é absolutamente necessário outorgar tais direitos personalíssimos, a fim de que ele nasça com vida perfeita, vindo, então, também, a ser titular dos direitos patrimoniais. Ao falar de que a lei põe a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção (art. 2º, 2ª parte, do CC), a ação jurídica presente para assegurar ou salvaguardar direitos, no que diz respeito aos direitos de personalidade, é numericamente igual à proteção dos direitos de personalidade que ele terá, também após o nascimento.

Exemplificando: para assegurar que, após o nascimento com vida, a criança tenha integridade física, terá que se resguardar a sua integridade física, desde a concepção. Para o *infans conceptus* nascer com vida e saudável, deve-se reconhecer a ele o direito a alimentos, ou o direito a tratamento médico. Para se poder exigir do genitor o custeamento de cirurgia intra-uterina, é necessário o direito ao vínculo de filiação, desde já. Se não é reconhecida ao *conceptus* a dignidade humana e o direito à honra, então não o será, depois de nascer, embora isto talvez não seja tão evidente, como nos demais casos.

Então, considerando os exemplos acima, para que tais direitos de personalidade sejam assegurados, até ao tempo do nascimento com vida, a tutela do concebido não pode, durante toda a gestação, ser menor que a tutela do nascido. Portanto, caso a proteção jurídica do *non natus* não for igual à que deverá ter após nascer com vida, não existindo ou ela não sendo integral, o *neo natus* simplesmente não terá os direitos de personalidade.

Na verdade, não há duas tutelas, tutela do nascituro e do nascido, pois o sujeito é um só, em duas fases distintas do seu desenvolvimento. Os direitos de personalidade são inteiros, indivisíveis, tal como é o sujeito deles. Portanto, tais tutelas do nascituro constituem-se tutelas de verdadeiros direitos de personalidade, pois não é possível haver

secção dos direitos de personalidade em dois momentos distintos, antes e depois do nascimento. A tutela destes direitos deve ser realizada, como já foi dito, enquanto durar a pessoa, a começar do momento da concepção. No sentido de que os direitos de personalidade devam ser resguardados desde antes do nascimento, veja-se também a lição de Pontes:

“Entre os direitos que se resguardam ao nascituro estão os direitos à integridade, física e psíquica, e à vida, pelos quais hão de zelar os pais ou o curador ao ventre (arts. 4.º, 2ª parte, 458 e 462), e os outros direitos de personalidade.” (PONTES, 1971, p. 10).

Mesmo autores que se filiam claramente à corrente natalista reconhecem que os direitos de personalidade são adquiridos no momento da concepção, e não no do nascimento, como é o caso dos dois seguintes autores:

“Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo”. [...] “Os direitos da personalidade, como também já assinalado, são inatos: adquiridos no instante da concepção, acompanham a pessoa até a sua morte” (GONÇALVES, 2007, pp. 72 e 158, respectivamente). [itálicos e sublinhados nossos].

“É de observar, outrossim, que essa personalidade [do nascituro] confere aptidão apenas para a titularidade de direitos de personalidade (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida.”, p. 83 [...] “Embora o nascituro não seja pessoa, ninguém discute que tenha direito à vida, e não mera expectativa”, p. 84. “[o nondum conceptus ou prole eventual] Trata-se de um ‘sujeito de direito’, sem ser pessoa (como o nascituro)”, p. 87 (GAGLIANO & PAMPLONA, 2009). [itálicos e sublinhados nossos].

Deste modo, a atribuição dos direitos de personalidade, desde a concepção, é mais uma prova irrefutável de que o direito brasileiro reconhece no nascituro a qualidade de pessoa, atribuindo-lhe personalidade jurídica.

3.7 Capacidade Jurídica e a Personalidade do Nascituro

Para melhor se entender a questão da personalidade do nascituro, é imprescindível elucidação da distinção entre a capacidade de direito e a capacidade de exercício. Tal distinção é corrente na doutrina. A capacidade de direito, *lato sensu*, ou capacidade jurídica, abrange a capacidade de direito *stricto sensu* (ser capaz de ter direito) e a capacidade de exercício. Pontes de Miranda ensina "*A capacidade de fato jurídico stricto sensu (nascer, atingir a x anos, comer) não é capacidade de obrar; é a capacidade mesma de direito...*" (PONTES, 1983, p.157).

Seguindo este raciocínio, esboçado por Pontes, se infere que todas as pessoas humanas possuem a capacidade de direito, pois esta independe da "*capacidade de obrar*", mas se refere a determinados fatos da vida humana, e ao seu desenvolvimento normal. Em relação ao nascituro, poderíamos dizer que ele pode ter vida, desde a concepção, ter idade (por mais que seja em unidade de tempo menor – um mês, dois meses ...), ser nutrido, gozar de saúde, desenvolver-se, até atingir o tempo do nascimento, e nascer. São estes fatos da vida, que constituem a capacidade de direito (ou de gozo) das pessoas humanas, em geral, e também do *infans conceptus*.

Neste sentido, leciona Gagliano: "*Todo ser humano tem, assim, capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição*" (GAGLIANO, 2009, p. 88). Este jurista, como a imensa maioria dos estudiosos, chama tal capacidade de "*capacidade de direito ou de gozo*". Então, basta alguém ser ente humano e ter capacidade de gozo dos direitos (ter vida), para ter capacidade de direito.

Em relação à capacidade de exercício, o direito limita a capacidade de exercício de determinadas pessoas, não para prejudicá-las, mas, muito pelo contrário, para proteção delas próprias. No entanto, a sua capacidade de direito ou de gozo não é, de modo algum, limitada, pelo Direito. Isto porque tal limitação simplesmente diminuiria a dignidade humana do titular. Assim, a declaração de Francisco Amaral, que diz: "*Pode-se ser mais ou menos capaz, mas*

não se pode ser mais ou menos pessoa” (AMARAL, 2003, p. 220), deve ser compreendida no sentido de que a capacidade de exercício pode ser limitada, mas não a capacidade de direito.

Importantes autores, embora reconheçam que o nascituro não tenha capacidade de exercício, tal qual, outras pessoas jurídicas também não têm, reconhecem-lhe capacidade de direito e, conseqüentemente, personalidade jurídica:

“Aplicando essas noções à condição jurídica do nascituro podemos formular, em síntese, as seguintes proposições:

- a) o nascituro não tem qualquer capacidade-de-exercício;*
- b) tem certa capacidade-de-direito;*
- c) é, juridicamente, pessoa, desde a concepção.”* (MONTORO & FARIA, 1953, p. 70).

A ausência de capacidade de exercício não significa perda da personalidade jurídica, mas simplesmente denota uma necessidade especial, tanto do nascituro, quando do bebê nascido, quanto ainda de outros absolutamente incapazes, suscetível de ser suprida pelo instituto da representação. Conforme a lição da insigne Maria Helena Diniz, a capacidade de exercício é atribuída a pessoas, por presunção jurídica, que têm algumas qualidades para a prática dos atos da vida civil:

“Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento, que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, da aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.” [nossos itálicos] (DINIZ, 2009, p. 33).

Ao não se conceder capacidade de exercício aos absolutamente incapazes [aqui se entende estarem incluídos todos os seres humanos que não podem exercer por si próprios os seus direitos, inclusive o nascituro], o Direito o faz para aumentar a sua proteção jurídica, não para prejudicá-los. A não atribuição da capacidade de exercício a algumas pessoas advém de suas necessidades específicas, não do fito de considerá-los com status jurídico inferior.

Por decorrência do acima exposto: o nascituro tem capacidade jurídica, embora, não tenha capacidade de exercício, não vindo de modo algum isto em seu prejuízo, anulando a sua personalidade, muito pelo contrário, a não atribuição de capacidade de exercício aos

absolutamente incapazes visa sua proteção e os beneficia. Além disto, o Direito garante esta proteção, ao atribuir a eles, incluindo o nascituro, um representante legal, para suprir esta incapacidade de fato.

4 O NASCITURO E O INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO

Embora a maioria dos autores reconheçam a todas as pessoas humanas a capacidade de direitos, nem todas, entretanto, têm a capacidade de exercer, por si mesmas, todos os seus direitos. Tais sujeitos de direito têm capacidade de direito, mas não possuem a capacidade de exercício.

Neste sentido, diz Gagliano⁴⁴: "*Nem toda pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas. Se puderem atuar pessoalmente, possuem, também, capacidade de fato ou de exercício*".

Para suprir a capacidade de exercício, é que existe o instituto da representação: Dá-se ao titular de direitos um representante legal, que deverá exercer juridicamente os direitos, em nome do representado. Os direitos de personalidade, especialmente, independem de capacidade de exercício própria, visto que são *gozados*, e não *exercidos*. O exercício pode ser feito por pessoa diversa do titular do direito, o gozo somente pode ser do titular⁴⁵.

Entretanto, aos incapazes titulares dos direitos de personalidade se dá a capacidade postulatória (o direito de ser parte), esta, sim, é exercida por um representante legal (o qual não é o titular, nem aquele que gozará de tais direitos). Este representante defende juridicamente, por meio do processo, os meios que darão aos titulares de tais direitos a sua fruição.

No entanto, deverá também zelar por eles não apenas em juízo, mas em todos os âmbitos possíveis, pois terá que prestar contas deles e poderá ser responsabilizado, se algum destes direitos perecer ou for danificado, por culpa sua. O Direito concede representantes, tutores ou curadores, para que estas pessoas limitadas física, ou psicologicamente, possam usufruir de tais direitos, dos quais são titulares.

Tudo o que se disse sobre o instituto da representação das pessoas jurídicas físicas se aplica ao nascituro, pois o Direito concede a ele um *curator ventris*, art. 1.779, do Código Civil:

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 88p.

⁴⁵ Neste sentido, preleciona Francisco Amaral: "*A capacidade de direito, como titularidade de direitos e deveres, chamada pela doutrina francesa de capacidade de gozo, porque é o titular que deles desfruta, distingue-se da capacidade de fato, aptidão para o exercício desses direitos ou deveres*" Direito Civil; Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. 221p.

Art. 1.779. *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.*

Em relação a este direito de representação do *infans conceptus*, diz Flávio Tartuce:

“Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil dá a ele o tratamento como absolutamente incapaz, enquadrado na hipótese do inc. I do art. 3.º (menor de 16 anos). Em outras palavras, o nascituro é tratado como menor, a ser representado pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais interesses patrimoniais futuros daquele. Somente pessoas humanas podem estar sujeitas a curatela”, (TARTUCE, p. 102).

No mesmo sentido, André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria entendem também que:

“O nascituro não tem capacidade de fato ou de exercício. Não é capaz de exercer por si mesmo os atos da vida jurídica. Por esse motivo, a lei lhe concede um representante (pai, mãe, curador ao ventre) que exercerá em seu nome os direitos que lhe são reconhecidos. Essa a razão porque TEIXEIRA DE FREITAS dispôs no ‘Esbôço’: São absolutamente incapazes: 1.º - as pessoas por nascer (art. 22).” (MONTORO & FARIA, 1953, p. 70).

Portanto, a figura do curador ao ventre, ou o fato de o nascituro poder ser representado, para suprir a sua falta de capacidade de exercício, tendo interesses patrimoniais futuros, é outra prova inconteste de que ele é pessoa jurídica, com capacidade de direito. Trata, assim, o direito ao nascituro como absolutamente incapaz. Acima dos direitos patrimoniais, o curador deve zelar também pelos direitos de personalidade do *infans conceptus*.

Neste sentido, Pontes de Miranda, no tocante ao direito a alimentos: *“Já então pode o curador reclamar alimentos a quem os deva, ou a quem, em virtude de responsabilidade (Código Civil, arts. 1.537, II e 4º), os tenha de prestar. Se é certo que ainda não gasta em*

comida, roupa e educação, precisa o embrião de cuidados que têm o seu preço”. Tratado de Direito Privado; t. 9. 354p, apud. Silmara Chinelato; Tutela Civil do Nascituro, ed. Saraiva, 2000. p. 240.

5 DIREITOS DE PERSONALIDADE x PATRIMONIAIS

Os direitos de personalidade são de gozo imediato e pessoal, sem a possibilidade de participação em relações jurídicas (no sentido de transmissão de direitos entre sujeitos, na vida social) tal como acontece com os direitos patrimoniais. Os direitos de personalidade dizem respeito diretamente à preservação integral do próprio titular destes direitos, garantia de desenvolvimento normal, ao seu bem estar e ao respeito à sua dignidade humana.

Já os direitos patrimoniais, não têm por objeto direto a tutela da pessoa do titular, pois eles resguardam bens externos ao titular, embora possam visar, indiretamente, os mesmos efeitos dos direitos de personalidade. Os direitos patrimoniais podem ser objetos de negócio jurídico, pois são disponíveis. Os direitos de personalidade não, pois são indisponíveis e irrenunciáveis.

Os direitos patrimoniais são transmissíveis, pois podem mudar de titular, de modo voluntário ou involuntário via Judiciário. Os direitos de personalidade são, como já referido, intransmissíveis e, não podem, ser objeto de penhora. Quanto aos direitos de personalidade, não é necessário o titular de tais direitos ter qualificações físicas ou intelectuais para se valer deles. Neste sentido, afirma Pontes: "*O sujeito de direito, pólo de relação jurídica, não precisa poder, nem querer*" (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo I, 1983, página 171). Já, o titular dos direitos patrimoniais, embora possa gozar deles, para envolvê-los em relações jurídicas, se requer dele, em geral, condições físicas e psicológicas para isto.

No tocante àqueles, o titular simplesmente goza-os; no tocante a estes, o titular também os exerce, mediante participação em relações sociais, não apenas jurídicas. Os direitos – sejam eles quais forem –, mas especialmente os direitos de personalidade, são para o bem do ser humano. Enquanto os direitos de personalidade visam o bem *imediato* do ser humano, os patrimoniais visam o bem *mediato*.

Se um bebê de um mês pode herdar uma fortuna, é porque o direito visa garantir o seu futuro, o seu pleno desenvolvimento físico, psicológico e social. É lhe dado um curador para os seus bens, com vista a garantir os seus interesses. No caso do nascituro, se o seu genitor vier a falecer, parte do patrimônio, ou todo ele lhe pertence, devido às mesmas finalidades do patrimônio deixado ao já nascido, acima referidas. Por isto⁴⁶, lhe é nomeado um *curator*

⁴⁶ "Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil dá a ele o tratamento como absolutamente incapaz, enquadrado na hipótese do inc. I do art. 3.º (menor de 16 anos). Em outras palavras, o nascituro é tratado como menor, a ser representado pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais

ventris e, também, desde já, é entregue a posse de tais bens à sua mãe, ou a algum curador nomeado⁴⁷.

Embora o nascituro, como o recém nascido, não tenha capacidade de exercício, ele tem capacidade de gozo ou de direito. Tal capacidade de gozo é evidenciada no seguinte: o nascituro, como uma criança já nascida, tem condições de ser beneficiado por tratamento ou acompanhamento médico adequado, podendo ser objeto de cirurgias intra-uterinas, para garantir-lhe a vida ou a saúde, pode ser alimentando, por intermédio de uma alimentação adequada de sua mãe.

A tranquilidade da sua mãe, em saber que o seu filho terá um patrimônio para sua formação integral, também, desde já, beneficia o nascituro. Se por ventura vier a falecer antes de nascer, os direitos patrimoniais que lhe beneficiariam não têm mais razão de ser, pois não terá mais como se valer deles.

Para esta única hipótese, o direito criou uma ficção, a saber, a de que o nascituro nunca existiu, fazendo os bens herdados irem aos outros herdeiros, propiciando-lhes os mesmos benefícios, que beneficiariam o nascituro, caso ele nascesse com vida. No entanto, tal ficção jurídica não tem o condão de fazer que o nascituro deixe de existir, desde a concepção, pois ele existiu como ser individual e concreto, tendo capacidade de direito e de gozo, sendo titular de direitos personalíssimos. Neste sentido, veja-se Gastão Sodré Saraiva:

“O nascituro, o feto, existe realmente, vive desde a concepção, falta-lhe apenas a existência separada, individual. Há certas obrigações para com o nascituro, cuja imposição coativa se torna necessária em determinados casos. O nascituro tem ‘personalidade jurídica’, e é titular de direitos, porque não se concebe a construção de um instituto jurídico em que haja Direito sem Sujeito.” (GROSSÉ, 1941, p. 453).

Sua mãe pode, em nome dele, pleitear em juízo por tais direitos, por exemplo, pode buscar o reconhecimento de filiação, o direito a alimentos, à saúde, indenização por danos sofridos por ele. Além disto, a mãe gestante poderá fazer uso do patrimônio que pertence ao

interesses patrimoniais futuros daquele. Somente pessoas humanas podem estar sujeitas a curatela”. Flávio Tartuce, in “Questões Controvertidas no Novo Código Civil”, artigo: “A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro”. 102p. Acima dos direitos patrimoniais, o curador deve zelar pelos direitos de personalidade do infans conceptus, uma vez que estes são indisponíveis, aqueles disponíveis.

⁴⁷ Neste sentido, preleciona Pontes de Miranda: “se faltar o pai e a mãe não tiver o pátrio poder [denominação hoje substituída por “poder familiar”], não pode o nascituro ficar a mercê de azares quanto aos seus direitos e interesses”. Tratado de Direito Privado, t. IX. 351p, apud artigo de José Carlos Moreira, “O Direito do Nascituro à Vida”. 12p, rodapé.

nascituro, para tentar salvá-lo, caso necessite de algum tratamento médico. Qualquer gasto, contanto que seja em favor do *infans conceptus*. Se é reconhecido ao nascituro, pela jurisprudência, o direito de pleitear alimentos e tratamento médico, com recursos de quem tem tal dever para com o *non natus*, não é razoável negar-lhe o direito de fazer uso do patrimônio, que **já** esteja em posse de sua mãe, para salvá-lo.

6 DIREITOS ATRIBUÍDOS AO NASCITURO

6.1 Direito à Vida

Considerando a afirmação de Pontes de Miranda sobre o fato de que o art. 2º, 2ª parte⁴⁸, do CC, não pode ser reduzido a nada⁴⁹, o direito à vida é o mínimo direito que um ser humano pode ter⁵⁰.

Do direito à existência, no caso de pessoas jurídicas não naturais, ou do direito à vida, no caso de seres humanos, dependem, lógica e pragmaticamente, todos os demais direitos garantidos pelo legislador. O direito à vida começa da concepção, não do nascimento com vida, pois este não é possível, sem que a própria vida seja conservada desde a concepção.

Pode-se até conceber que os direitos patrimoniais possam esperar para o nascimento com vida, mas, em relação à própria vida e os direitos a ela ligados, tal concepção não é possível, pois dela todos os outros direitos dependem.

O direito à vida é, ainda, o direito genético por excelência de vários direitos de personalidade, pois dele decorrem outros direitos. Os direitos, que são imprescindíveis à conservação e favorecimento da vida, conforme abordado abaixo, devem ser incluídos no “núcleo duro” da proteção mínima do *infans conceptus*.

Um exemplo, para elucidar a necessidade de tal proteção integral do nascituro: no caso de uma gestante sem recursos pecuniários, estando grávida de alguém que tenha tais recursos, o direito à vida do feto está condicionado ao direito de pedir alimentos ou requerer tratamento médico do pai.

Ao nascituro, portanto, o direito garante a proteção de sua vida, e a tudo que a favoreça, em todo o tempo da gestação, e isto é um pressuposto para que os seus outros direitos (patrimoniais ou não patrimoniais) sejam assegurados desde a concepção. Deve-se ter ainda em conta – segundo a teoria jurídica – o fato de não haver direitos sem sujeito.

⁴⁸ “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

⁴⁹ “não se pode reduzir a nada o art. 4.º, 2ª parte (art. 4.º, 2ª parte, do CC, de 1916, substancialmente igual ao art. 2º, 2ª parte, do CC, 2002) [...]. O art. 4.º, 2ª parte, é revelação de princípio geral de direito”. Tratado de Direito Privado, 1983. t. 1. 179p. [nossos parêntesis].

⁵⁰ Neste sentido, o ECA garante à criança o direito ao nascimento, mas ela só tem este direito garantido, se a sua vida for preservada, desde a concepção: 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. Caso não se reconhecesse que o nascituro tem o direito à vida, esta disposição legal também não teria nenhuma eficácia.

6.2 Direito ao Reconhecimento

Se a todo direito corresponde uma obrigação, ao dever do pai reconhecer o seu filho desde (dever fartamente reconhecido, tanto socialmente, como juridicamente) qual direito corresponde? Certamente que é o do filho, de ser reconhecido como tal. Portanto, toda criança tem, desde a concepção, o direito ao reconhecimento de filiação, assim como todo pai tem o direito, e o dever, de reconhecer seus filhos. O reconhecimento do *estado* de filho é um direito “fonte”, pois o reconhecimento de paternidade dá origem a vários outros direitos e deveres.

O direito à filiação é um direito personalíssimo, conforme o art. 27, da Lei 8.069/90. *“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”*.

Por ser direito personalíssimo e indisponível, a mãe não pode dispor dele⁵¹, pois tal direito é interesse que ultrapassa o da mãe. O direito de a criança ter juridicamente identificado o seu pai pode alterar de modo significativo todo o seu presente e futuro.

O nascituro tem também este direito personalíssimo, conforme se vê no ECA, *“O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”* (Art. 26, § único). O próprio Código Civil, também repete o mesmo preceito, em seu favor: *“O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”*, (Art. 1.609, § único).

O direito ao reconhecimento de filiação é prova incontestada da personalidade jurídica do *infans conceptus*, pois, além do fato de não se poder reconhecer coisas como sendo filhos, o simples fato do reconhecimento já concede ao por nascer vários direitos, atuais e futuros.

Alguém poderia argumentar que, mesmo depois da morte do indivíduo, ele pode ter reconhecido a sua filiação, e nem por isto pessoas mortas são consideradas pessoas jurídicas, segundo a última parte do Art. 1.609, § único. No entanto, o direito ao reconhecimento de filiação de alguém que já faleceu **não** é do morto, mas sim dos seus descendentes vivos. Tanto é assim, que, se não tiver descendentes vivos, tal direito não existirá.

O único motivo de reconhecimento da filiação a pessoa morta é o fato significativo de ela ter deixado descendentes *vivos*. Deste modo, pretende o Direito proteger tais sujeitos de

⁵¹ Neste sentido, ao registrar o filho uma mulher, não indicando o nome do pai da criança, ou informando a recusa em reconhecer a filiação, serão encaminhadas pelo oficial informações ao Ministério Público sobre o fato, com fins ao MP tomar providências com referência a buscar a identificação do pai. Isto independe da vontade da mãe, pois é um direito da criança, sendo esta, portanto, o titular legitimado para entrar em juízo contra o pai.

direito com a referida regra. Ou seja, é um direito destes, e não do já falecido, de conhecerem as suas origens, de saber quem são os seus ascendentes e de receberem benefícios patrimoniais em decorrência do reconhecimento.

Por outro lado, a regra que determina o direito de reconhecimento de filiação ao nascituro tem a mesma *ratio iuris* do reconhecimento do já nascido: de ele poder se beneficiar dos direitos que tal *estado* lhe confere, o que, de longe, não poderá fazer o já falecido. Tal reconhecimento independe do nascimento com vida e produz consequências jurídicas, conforme preleciona Silmara J.A. Chinelato e Almeida⁵²:

“Reiteramos nosso entendimento de que o direito de ser reconhecido independe do nascimento com vida. Mesmo que o nascituro reconhecido nasça sem vida, o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz, dando legitimidade ao filho para pedir alimentos ao pai e a este, em tese, pátrio poder”.

Se ao nascituro for atribuído o direito à vida, à saúde, a alimentos etc., o reconhecimento à filiação é imprescindível e, pode ser inadiável, para se poderem postular àqueles, de forma efetiva. Com a tecnologia atual, é perfeitamente possível o reconhecimento de filiação, mesmo antes de a pessoa nascer, por meio de teste cromossômico. No entanto, pode-se prescindir da prova de DNA, pois são admitidos outros meios de prova, indiretos. Tal direito de o *infans conceptus* pleitear em juízo o reconhecimento de paternidade já foi várias vezes judicialmente reconhecido⁵³.

O direito de filiação, reconhecido ao *infans conceptus* pelo ordenamento jurídico pátrio, é prova segura de que o direito o trata como pessoa humana em desenvolvimento, merecendo igual tratamento na interpretação das demais normas do ordenamento e, da mesma forma, onde este é omissivo. É inconcebível que o direito ora o trate como pessoa, ora o trate de modo distinto: Não pode haver dois pesos e duas medidas.

52 CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Tutela civil do nascituro. São Paulo, 2000. 211p.

⁵³ Nesse sentido, é o precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que segue: Investigação de paternidade. Ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante. Legitimidade ad causam. Extinção afastada. Representando o nascituro pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão do direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. TJ/SP, Ac. Primeira Câmara Cível de Férias, Ap. Cív. 193.648-1/15, rel. Des. Renan Lotufo, j.14.9.93, in RT 703:60.

6.3 Direito a Alimentos

O direito de se requerer alimentos advém do princípio da solidariedade familiar. Os deveres dos pais em relação aos filhos são os contra-respectivos dos deveres que os filhos têm, ou terão, em relação aos pais.

Os deveres recíprocos dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais são decorrentes do princípio, ou sub-princípio, da solidariedade entre ascendentes e descendentes, podem ser também reconhecidos entre avós e netos.

No caso da prestação de alimentos do pai, ao filho por nascer, tal direito provém da solidariedade específica, entre pais e filhos.

Por exemplo, se alguém pode ser obrigado, de acordo com a melhor doutrina⁵⁴ e conforme o com o que tem sido determinado pela justiça⁵⁵, pelo fato de ser pai, a prestar alimentos ou assistência, mesmo antes de nascer, este terá também direito a pedir alimentos, na sua velhice, ou em outras circunstâncias, do seu filho.

A mãe pode, em nome do nascituro, exigir do pai prestação de alimentos, cuidados médicos etc.; O pai, por sua vez, pode exigir da mãe tudo o que porventura depender dela para a normal e saudável formação do filho intra-uterino.

Os deveres dos pais para com o nascituro não advém de relação que eles porventura tenham entre si. Isto se confirma por, pelo menos, dois motivos:

- 1) Tanto a mãe, como o pai podem exigir tais direitos, em nome do nascituro, mesmo estando eles separados;

⁵⁴ Por exemplo, Pontes de Miranda: *“A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do art. 1.534, inciso II, da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio consiste, não só no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também, na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”*. Tratado de Direito Privado; parte especial, Direito de Família: Direito Parental. Direito Protetivo, 2.ed., Rio de Janeiro, Borsoi. 215-6pp. Apud Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Tutela Civil do Nascituro, ed. Saraiva, 2000. 240p.

⁵⁵ Conforme fornece exemplos, Silmara J. A. Chinelato: *“Acórdãos mais recentes, baseados em novas reflexões, caminham para uma mudança. Registre-se lapidar voto vencido, em favor dos alimentos a nascituro, exarado no acórdão inserto em JTACSP, 74:99, pelo então juiz, hoje Desembargador, José Osório, e acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decidido por votação unânime, sendo Relator o Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves (RT, 650:220). De fundamental importância para o tema em tela, por ser um dos primeiros precedentes, é o acórdão exarado na Apelação Cível n. 193.648-1/5, julgada, por votação unânime, em 14 de setembro de 1994, pela Câmara do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo Relator o eminente Desembargador e Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Renan Lotufo”*. Tutela Civil do Nascituro, ed. Saraiva, 2000. 242-3pp.

- 2) A mãe não pode, em princípio, exigir tais prestações de alguém que não seja o pai, senão por algum outro dever.

Tais deveres têm a mesma natureza dos que os pais têm em relação aos filhos já nascidos, ou seja, os inerentes à paternidade e à maternidade, de proteção integral.

6.4 Direito a Ter Nome

Lê-se no Tratado de Direito Privado, de Pontes de Miranda: "*O direito a ter nome é direito inato ; nasce-se com êle. O nascituro é identificado pelos informes sobre a mãe e o tempo da concepção*" (Tratado de Direito Privado, 1971, p. 10).

Pontes reconhece proteção do apenas concebido igual à proteção do já nascido⁵⁶ e também que o nome é inato, nascendo a criança com este direito. Deste modo, fica evidenciada a personalidade do nascituro. Neste sentido, a chamada Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/73, arts. 53 e 54, ao dispor sobre a certidão de óbito do natimorto, também se refere ao nome do mesmo. Confirmando este direito do natimorto a ter nome, dispõe o Enunciado 1º, Primeira Jornada de Direito Civil, da Justiça Federal, sobre direitos civis, dispõe: "*a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura*".

Então, se a criança nascer morta, adquire o direito a ter nome, só aí, após a sua morte? Não, pois, ou o nascituro tem direito a ter nome, ou somente recebeu este direito após a sua morte. Esta última hipótese não parece razoável. O nascituro tem direito a ter nome, quer nasça vivo, quer nasça morto (neste caso, também tem direito à sepultura, conforme o Enunciado acima), pois o direito a ter nome advém do reconhecimento da sua dignidade humana. Somente não se coloca o nome nele antes do nascimento por ser isto, em geral, desnecessário.

Conforme o Enunciado da Justiça Federal, o natimorto tem os direitos de personalidade reconhecidos ao nascituro, tais como o direito ao nome, à imagem, à sepultura. Tais direitos de personalidade somente podem ser reconhecidos a uma pessoa, não a um animal ou a uma coisa.

⁵⁶ "... protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida ; biologicamente (sic), o conceptus sed non natus já é homem ; juridicamente (sic), êsse ser humano ainda não entrou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas". Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado. t. 1, 1983. 172p. [nosso sublinhado].

Além disto, se reconhecer ao *infans conceptus* os direitos à vida, à saúde, a alimentos, ao reconhecimento de paternidade, a um *curator ventris*, a ser parte em processo que visa a defender os seus interesses, não é muito que se reconheça a ele o direito a ter nome. Quem pode o mais, pode o menos. Poderia ter o nascituro o direito a ter efetivamente apôsto o nome em pelo menos duas circunstâncias:

- a) se vier a falecer no transcurso da sua gestação, conforme a LRP;
- b) se necessitar ser parte em um processo, em que vier a ser autor ou réu (de investigação de paternidade, para pleitear alimentos, tratamento médico ou cirurgia intra-uterina contra quem tiver tais obrigações).

Neste último caso, embora o Legislador ainda não tenha cogitado em formular o direito a ter nome na forma de lei, tal direito se torna importante na identificação do nascituro como parte.

6.5 Direito à Adoção

Assim preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, a respeito da adoção de crianças:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

No parágrafo 6º, deste artigo, se vê uma discriminação arbitrária do *infans conceptus*, impedindo o consentimento para adoção do mesmo⁵⁷. Não é razoável que não se reconheça o direito à adoção do nascituro. Posto que tal direito possa ser importante, para que, desde logo, a futura família substituta possa auxiliar a mãe no que for necessário a uma gestação saudável e para, com isto, evitar a má nutrição do feto, garantir-lhe a saúde ou, mesmo, evitar o aborto.

Alguém poderia cogitar em possível arrependimento dos pais biológicos, após o nascimento, ao ver a criança. No entanto, se “o consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção”, no que diz respeito à adoção do nascido, tal direito de retratação pode perfeitamente ser também concedido, no caso do *conceptus*. Se a família candidata à adoção da criança, estiver disposta a custear as despesas com a manutenção de uma gestação saudável, sob o risco de os pais biológicos mudarem de idéia, não há razão para o legislador negar o direito à adoção. Muito pelo contrário, se os candidatos a pais do ainda não nascido estão dispostos a despender recursos, mesmo não tendo absoluta certeza de que o filho será seu, isto é prova de que, possivelmente, serão idôneos na criação da criança. Por outro lado, é bom frisar que tal direito de adoção do ainda não nascido é favorável aos seus melhores interesses, visando garantir-lhe, no mínimo, uma gestação saudável e, ainda, um possível futuro promissor.

É importante ressaltar que a adoção do nascituro está inter-relacionada com a garantia de outros direitos seus. É o que ensina Silmara J.A. Chinelato e Almeida:

“O direito a alimentos e à saúde – o primeiro relacionado ao direito à vida e o segundo à integridade física, ambos direitos da personalidade – por si sós justificam a permanência do instituto da adoção do concebido. Esses direitos do nascituro adotado serão assegurados pela adequada assistência pré-natal, que o adotante deverá propiciar desde a concepção. A utilidade da adoção é a mesma que embasa a do reconhecimento pré-natal” (CHINELATO, 2000, p. 220).

Portanto, é importante que se reconheça como um dos direitos do nascituro a adoção, pois os seus interesses e direitos devem ser resguardados desde a concepção e este é, sem dúvida, um meio de tornar efetiva a tutela dos direitos do nascituro.

⁵⁷ Embora o art. 166, § 6º, pareça estar em conflito com o art. 13, § único, do mesmo Estatuto: “As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

6.6 Direito à Liberdade

Um dos direitos de personalidade é o direito à liberdade. Atualmente, soa estranho dizer que o *conceptus* tenha direito à liberdade, pois é difícil visualizar como o nascituro poderia ser livre. Não obstante, este é um direito nato de todo ser humano. Entretanto, é necessário referir a liberdade aqui referida não é a liberdade física, mas a liberdade como condição jurídica (*status libertatis*). Tal crença universal na liberdade de todos os seres humanos pode ser vista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo primeiro. Lê-se: "*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*".

No entanto, nem sempre foi isto assim. No passado, entendia-se que a liberdade era um direito outorgado aos indivíduos, seja aos brancos, em geral, seja aos negros libertos, em determinados casos.

Veja-se uma observação de Teixeira de Freitas, no rodapé da sua Consolidação das Leis Civis: "*A alforria pôde sêr concedida á escravo, que ainda exista no ventre materno. Se a mãe dêr á luz dois ou mais filhos, a liberdade reputa-se dada á todos, embora o testadôr só tenha feito menção de um - L. 14 Cod. de fideicommiss. libertat*" (TEIXEIRA DE FREITAS, 1886, p. 2).

O ilustre jurista Teixeira de Freitas traz à memória o fato de que, no nosso direito histórico, esta condição jurídica de ser livre poderia ser reconhecida ao *conceptus*, desde o ventre da mãe. Deste modo, alguém poderia deixar de ser escravo, passando a ter o *status* jurídico de liberto, quando ainda nem tinha nascido. Atualmente se reconhece que todos têm direito à liberdade, pois a ordem jurídica reconhece, independentemente do grupo étnico, este direito de personalidade a todos. Tal reconhecimento jurídico, seja advindo meramente do direito positivo, como talvez advoguem alguns positivistas, seja decorrente da dignidade do ser humano, o fato é que o direito é atribuído a todos, inclusive ao nascituro.

6.7 Outros Direitos do Nascituro

É importante trazer à discussão sobre os direitos do nascituro, o fato de que o seu reconhecimento como pessoa tem implicações, no que diz respeito à atribuição ao *non natus* de outros direitos, além dos expressamente previstos na lei. Neste sentido, se

manifestam vários autores, a exemplo da insigne professora Silmara J. A. Chinelato e Almeida:

“Observamos, por último, que a posição por nós assumida de que o nascituro é pessoa, desde a concepção, importa a consequência de que outros direitos lhe podem ser atribuídos, além dos expressamente admitidos pelo Código Civil. Entre esses direitos salientamos, de modo não taxativo: direito de ser beneficiário de estipulação em favor de terceiro (art. 1.098 do CC⁵⁸); de ser beneficiário de seguro de vida (art. 1.474, combinado com o art. 1.169, ambos do CC); direito a alimentos (arts. 396 a 405); direitos de personalidade compatíveis com sua condição de pessoa por nascer – direito à vida (art. 1.537); direito à integridade física e à saúde (art. 1.538); direito à imagem e à honra (art. 5º, V e X, da Constituição Federal)” (CHINELATO, 2000, p. 202).

Nos casos em que existem lacunas na lei, o julgador não pode se abster de se pronunciar sobre o caso concreto, mas também não pode ser totalmente arbitrário ao decidir. Uma possibilidade para a decisão adequada nestes casos é fazer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Nos casos em que houverem direitos controvertidos, onde o direito positivo não manifeste sobre eles, ou pelo menos não se manifeste claramente, em que haja discussão sobre a possibilidade de o nascituro poder ser titular destes direitos, é que se vê a importância de se saber se o *infans conceptus* tem ou não o *status* de pessoa no direito pátrio. Se ele for considerado pessoa, deverá ser tratado como tal também nas situações não previstas expressamente.

Segundo a interpretação sistemática do ordenamento efetuada pela corrente concepcionista, os direitos previstos na lei civil e demais diplomas legais não são taxativos, pois, sendo o nascituro tratado como um ser humano, com dignidade e direitos inerentes a esta condição, em vários dispositivos, deve ser objeto de proteção jurídica integral, em casos não previstos pelo legislador. Ora, este, não sendo onisciente, não consegue prever todas as circunstâncias da vida, pois esta é muito mais rica do que o direito em sentido estrito, não podendo estar toda prevista nas disposições expressas da lei.

⁵⁸ Todos os artigos deste fragmento são do Código de 1916.

Interpretando-se o art. 2º, 2ª parte, de forma a integrá-lo com o sistema agasalhado pelo Código, chega-se à conclusão de que o princípio da proteção dos direitos do nascituro é regra geral. É este o entendimento acima transcrito, da referida professora da Faculdade de Direito da USP, e também de Pontes de Miranda: *"não se pode reduzir a nada o art. 4.º, 2ª parte (art. 4º, 2ª parte, do CC, de 1916, substancialmente igual ao art. 2º, 2ª parte, do CC, 2002) ... O art. 4.º, 2ª parte, é revelação de princípio geral de direito"* (PONTES, 1983, p. 179). Como já referido neste trabalho, há também autores que integram a corrente natalista que têm o entendimento sobre a necessidade de interpretação sistemática do atual art. 2º, do código civil, embora não reconheça a titularidade pelo nascituro de qualquer direito patrimonial, por exemplo o já referido Viana:

"O art.º 2º do CC/2002 deve ser interpretado de maneira sistemática, ou seja, o nascituro, desde a concepção, adquire alguns direitos não patrimoniais e status, como o direito ao reconhecimento de sua paternidade" (VIANA, 2008, p.232).

Deste modo, até natalistas, em coro com os concepcionistas, entendem que a melhor interpretação do art. 2º, do Código Civil, é a sistemática. Além disto, esta é concludente no sentido de o nascituro tem mais direitos dos que a lei expressamente prevê, devendo ser atribuídos ao nascituro outros direitos, por exemplo, os direitos de personalidade. Estes fatos, somados, são mais dois fortes argumentos de que o ordenamento positivo brasileiro adota a posição de que o *infans conceptus* tem o *status* de pessoa jurídica, ou seja, o direito positivo pátrio é, em sua totalidade, concepcionista.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão de curso mostrou-se de grande importância, pois, no decorrer dos estudos sobre a matéria e nas investigações a respeito dos vários conceitos e institutos jurídicos, acabou-se por se evidenciar a personalidade jurídica do nascituro: O direito brasileiro dá tratamento ao concebido em igualdade de condições com o nascido. Embora não haja clareza em algumas disposições normativas, um estudo sistemático do ordenamento confirma a posição concepcionista.

Entre os direitos que o ordenamento reconhece expressamente ao nascituro desde a concepção está o direito à vida, o direito personalíssimo ao *status* decorrente da filiação, em igualdade com os outros filhos, o direito de receber doações e herança, de ser beneficiado em testamento, de ter um curador para cuidar de seus interesses, o direito ao nascimento, entre outros. Como visto, a jurisprudência e a doutrina interpretam o art. 2º, parte final, do Código Civil, como princípio geral do direito, atribuindo ao *infans conceptus* os direitos de personalidade elencados nos arts. 11 ao 21, da Lei civil brasileira.

Quanto aos princípios gerais do direito, um deles é o de que, para situações iguais, se deva dar tratamento igual. O não-nascido e o já-nascido são substancialmente iguais, portanto, fazem jus a direitos iguais. O Direito repele dar tratamento diametralmente oposto a situações essencialmente iguais, devendo-se equiparar juridicamente o nascituro e o nascido. Portanto, não se justifica considerar este como sendo titular de personalidade jurídica e o outro ser tratado como uma coisa, ou como um mero animal.

Em âmbito constitucional, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1, III, da Constituição Federal. O conceito de pessoa humana, pré-constitucional, incorporado pela Carta Magna, aplica-se ao nascituro, logo, deve ser-lhe reconhecida também a personalidade jurídica, máximo reconhecimento no mundo jurídico. Portanto, conclui-se que a condição humana do nascituro, idêntica à do nascido, têm como implicação lógica atribuição de personalidade jurídica também ao nascituro.

O posicionamento natalista mostra-se insatisfatório, uma vez que não responde o que é o nascituro, para, a partir daí, se definir qual o tipo de tratamento o Direito deve a ele. Se o *infans conceptus* não é pessoa, que tratamento fará jus? Se não é pessoa jurídica, não é um mero animal, não é coisa, fica num “limbo” jurídico, causando insegurança jurídica: deve-se definir o que ele é, para, então, se determinar qual proteção terá. Por outro lado, a corrente

concepcionista dá respostas, pois demonstra igualdade do nascituro com o nascido, atribuindo-lhe igual tratamento.

Ao afirmar que o nascituro tem, não *direitos*, mas meras *expectativas de direitos*, a doutrina natalista falha em lhe dar proteção efetiva e atual. Se há direitos, há obrigações: ao se atribuir ao nascituro direito a alimentos, *sujeito ativo* numa relação jurídica, se atribui a um *sujeito passivo* a obrigação de pagar alimentos. Se há mera expectativa de direito, não há obrigação atual de pagar alimentos, pois o direito ainda não se constituiu. Assim, dizer que o nascituro tem expectativas de direitos é o mesmo que dizer que ele **não** tem direitos, **não** sujeitando outros sujeitos a obrigações.

Por outro lado, a teoria concepcionista é melhor interpretação jurídica, pois é a que melhor harmoniza os vários dispositivos do ordenamento jurídico: À aparente contradição do art. 2º, que diz na primeira parte que ‘a personalidade civil começa do nascimento’ e que ‘os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção’ se oferece uma explicação. Na lição de M.H. Diniz, representando a ala concepcionista, a primeira parte se refere à personalidade jurídica material e, a segunda, à personalidade jurídica formal⁵⁹.

Como visto, a personalidade jurídica material diz respeito a ser titular de direitos *patrimoniais* e a personalidade jurídica formal diz respeito aos direitos de *personalidade*. Assim, atribuindo apenas personalidade jurídica formal ao nascituro, a teoria concepcionista não fere a igualdade essencial entre concebidos e nascidos, posto que ninguém é menos humano por não ser titular de direitos patrimoniais. Já, os natalistas não respondem tal contradição e não fornecem parâmetro para dizer qual proteção, exatamente, se deve ao nascituro, pois, se não é pessoa, ele é o quê? Deve ser tratado como pessoa, como animal, como uma coisa?

A melhor teoria é também aquela que melhor explica os vários conceitos e institutos jurídicos. Por exemplo, como se explica o direito atribuir curador ao nascituro? Não se representa o nada, uma coisa. Pessoas é que são representadas, conforme a lição de Teixeira de Freitas. Quando se atribui curador ao *conceptus*, se dá a ele o tratamento dispensado ao absolutamente incapaz. O instituto da representação é para suprir a capacidade de exercício de uma pessoa, para defender os seus direitos e interesses. Deste modo, o nascituro tem capacidade de direito, sendo pessoa, embora não tenha capacidade de fato, recebendo um curador para supri-la.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. São Paulo, Saraiva, 2009. 35p.

Outrossim: a teoria natalista também não explica a diferença existente entre os direitos patrimoniais e os direitos de personalidade. Quanto àqueles, pode haver expectativas de direitos, quanto a estes, não. Como já dito, se o nascituro não tiver o direito à saúde no presente, no futuro o seu organismo poderá estar irremediavelmente prejudicado; se não tiver alimentos hoje, amanhã pode ser tarde demais. Portanto, direitos patrimoniais podem esperar o futuro, são disponíveis, já, os personalíssimos são urgentes, inadiáveis e indisponíveis.

Na ausência de norma específica sobre o assunto, a jurisprudência tem decidido contraditoriamente: ora concedendo direitos ao nascituro, ora negando-os. Daí a importância de se aprovar o Estatuto do Nascituro: tal norma – que está em harmonia com o espírito do sistema jurídico pátrio – viria dissipar dúvidas suscitadas pela redação do art. 2º, do código civil. Muitos dos direitos reconhecidos no estatuto poderiam, mesmo na ausência de lei, ser atribuídos ao nascituro, se feita uma interpretação sistemática do ordenamento⁶⁰, mas uma lei que esclareça a matéria seria útil aos julgadores.

O Estatuto prevê, expressamente, pensão, ao nascituro concebido num ato de violência sexual, até completar dezoito anos, e a possibilidade de sua adoção prioritária, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento; a proibição de discriminações em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivência; os direitos da personalidade: direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade e a possibilidade de reparação por danos materiais e morais sofridos pelo nascituro.

No tocante ao debate travado pela aprovação do projeto, sob o pano de fundo, estão diferentes concepções filosóficas e éticas a respeito do nascituro e do direito. A corrente contrária ao Estatuto vê uma oposição da mulher ao nascituro, pois entende haver incompatibilidade entre os direitos de ambos. Embora não fique clara qual a sua concepção a respeito do nascituro, e de quais os seus direitos, os que se opõem à aprovação voltam suas atenções exclusivamente à mulher, como indivíduo, e aos seus direitos, ficando o nascituro em posição totalmente secundária.

Por outro lado, na posição favorável ao Estatuto, o *conceptus* tem claramente a sua natureza humana e a sua dignidade plenamente reconhecidas, em igualdade com o nascido. Não se vislumbra nenhuma oposição entre o filho e sua mãe, tendo ambos seus direitos

⁶⁰ É exemplo a ApCiv 70002027910: EMENTA: SEGURO-OBIGATÓRIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO À PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO. O NASCITURO GOZA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DESDE A CONCEPÇÃO. O NASCIMENTO COM VIDA DIZ RESPEITO APENAS À CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE ALGUNS DIREITOS PATRIMONIAIS. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

reconhecidos. Portanto, no pensamento adotado por este TCC, a concepção desta última corrente, plasmada no Estatuto do Nascituro, é o que mais merece apoio, por ser a que mais promove os direitos humanos.

O Estatuto do Nascituro viria a valorizar o nascituro como ser humano, contribuindo para a conscientização do valor da vida humana, e espancando a sua banalização. Isto se mostra urgente num país em que, volta e meia, se ouve notícia de um bebê jogado no lixo, como se fosse apenas uma mera coisa, menos do que um animal. Deste modo, tendo em vista o papel pedagógico da lei, faz-se urgente a aprovação do Estatuto do Nascituro, caso deseje-se um Brasil mais humano e decente.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**; Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo, 2000.
- CAMARGO VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana. Tutela jurídica do embrião e do nascituro. In. **REVISTA DO ADVOGADO** – São Paulo: IOB, Ano XXVII N° 98, jul. 2008. pp. 222-33.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo, Saraiva, 2009. pp. 32-5.
- ESPINOLA, Eduardo. **Systema do Direito Civil Brasileiro**. Bahia. Litho-Typ. 1908.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- FARIA, Anacleto de Oliveira & MONTORO, André Franco. **Condição jurídica do nascituro no Direito Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1953.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GROSSÉ SARAIVA, Gastão. Os direitos do nascituro e o artigo 4º do Código Civil. In. **REVISTA DOS TRIBUNAIS** – São Paulo: RT, Ano XXX, vol. CXXXI, maio de 1941. pp. 444-455.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. t. 1.
- SOUZA DE ANDRADE, Wesley. A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião. In. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA** – Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, jul. 1999. pp. 193-98.
- TARTUCE, Flávio. in “**Questões Controvertidas no Novo Código Civil**”, artigo: “A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro”.
- TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do Direito Civil**. Coimbra, 1928. Ed. Coimbra.
- TEIXEIRA DE FREITAS. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Guarnier, 1886.

Revistas e periódicos não técnicos (por ordem cronológica)

O bebê que foi operado no útero. In. **Manchete** – Rio de Janeiro: Editora Manchete, 18 abr. 1992, p. 32-43.

Salvo antes de nascer. In. **Época**. Reportagem de capa – São Paulo: Editora Globo, ano 1, n. 28, 30 nov. 1998, p. 63-67.

Citações da Internet

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54-8 Distrito Federal .

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2011.

Comissão de seguridade social e família. Disponível em:

< <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/718396.pdf> > Acesso em: 20 dez. 2011.

Projeto de Lei 478/2007. **Estatuto do Nascituro.** Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>> Acesso em: 21 dez. 2011.

9 ANEXOS

ANEXO 1

Projeto de Lei Nº 478/07

PROJETO DE LEI No , DE 2007.

(Dos Srsº Luiz Bassuma e Miguel Martini)

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

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.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, á [sic] saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

Dos direitos fundamentais

Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida.

Art. 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extra-uterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Art. 14 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial.

Art. 16 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.

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curadores ao nascituro.

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

Dos crimes em espécie

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

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 a que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Disposições finais

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 124.....

.....

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).

“Art. 125.....

.....

Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).

“Art. 126.....

.....

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)”.

Art. 31 O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art. 1º

.....

VIII – aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.

Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua publicação oficial.

Sala das Sessões, em ____ de _____ de 2007.

Deputado Luiz Bassuma
PT/BA

Deputado Miguel Martini
PHS/MG

ANEXO 2

Substitutivo da Deputada Solange Almeida

Após a exposição a respeito do relatório e das justificações do substitutivo da Deputada Solange Almeida, segue transcrito o mesmo substitutivo integralmente:

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2009

Dispõe sobre a proteção ao nascituro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre normas de proteção 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 ainda que “*in vitro*”, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento, à alimentação, à dignidade, ao

respeito, à liberdade e à família, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como pessoa em desenvolvimento.

Art. 7º O nascituro deve ser destinatário de políticas sociais que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado atendimento através do Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, de deficiência física ou mental.

Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.

Art. 11. O diagnóstico pré-natal é orientado para respeitar e salvaguardar o desenvolvimento, a saúde e a integridade do nascituro.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido de consentimento informado da gestante.

§ 2º É vedado o emprego de métodos para diagnóstico pré-natal que causem à mãe ou ao nascituro, riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores.

Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos:

I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;

II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

§ 1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§ 2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe.

Art. 14. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão, em _____ de _____ de 2009.

Deputada Solange Almeida

Relatora

ANEXO 3

Projeto de Lei do Deputado Odair Cunha

PROJETO DE LEI Nº DE 2007

(do Sr. Odair Cunha)

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

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 científico 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 do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos de personalidade.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

Dos direitos fundamentais

Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde - SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, idade, etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade da sobrevivida.

Art. 10 O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua deficiência, haja ou não expectativa de sobrevivida extra-uterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, e os mesmo deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I - direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II - direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos, não sendo identificado o genitor, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado;

III – no caso de genitor identificado, será ele responsável pela pensão alimentícia, cabendo ao Poder Judiciário fixar seu valor, não podendo ser inferior a 1 (um) salário mínimo;

IV - direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento;

Art. 14 A doação feita ao nascituro, somente será possível com a concordância de seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que nomeie curador especial.

Art. 16 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.

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para a garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor;

§ 2º Será dispensado o competente exame, se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente;

§ 3º Em hipótese alguma, a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único - Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curador ao nascituro.

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

Dos crimes em espécie

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte do nascituro:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º a pena é aumentada de um terço e o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º o Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada em um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

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.

Disposições finais

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 124

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).

Art. 125

Pena: reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).

Art. 126

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)".

Art. 31 O art 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte incisoVIII:

Art. 1º

VIII - aborto (arts. 124 a 127 (NR)).

Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua publicação oficial.

Sala das Sessões, de de 2007

Deputado ODAIR CUNHA

ANEXO 4

PROJETO DE LEI Nº _____ DE 2007

(Do Sr. HENRIQUE AFONSO de da Sra. JUSMARI OLIVEIRA)

Dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Os crimes de estupro terão investigação e persecução penais prioritárias.

Art. 2º Na hipótese de estupro devidamente comprovado e reconhecido em processo judicial, com sentença transitada em julgado, de que tenha resultado gravidez, deverá o Poder Público:

I – colocar gratuitamente à disposição da mulher toda assistência social, psicológica, pré-natal e por ocasião do parto e puerpério;

II – orientar e encaminhar, através da Defensoria Pública, os procedimentos de adoção, se assim for a vontade da mãe;

III – conceder à mãe que registre o recém nascido como seu e assumá o pátrio poder o benefício mensal de um salário mínimo para reverter em assistência à criança até que complete dezoito anos.

Art. 3º O pagamento será efetuado pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Amparo à Criança e ao Adolescente.

Art. 4º A fraude engendrada para caracterizar o estupro, para qualquer finalidade, será punida com reclusão de um a quatro anos e multa, sem prejuízo da devolução da importância recebida de má-fé, corrigida monetariamente.

Art.5º As delegacias de polícia ficam obrigadas a informar às vítimas de estupro os direitos assegurados por esta lei, bem como as penalidades previstas em caso de fraude.

Art. 6º Esta lei entra em vigor no prazo de noventa dias a partir da data de sua publicação.
Sala das Sessões, em de de 2007 .

Deputado HENRIQUE AFONSO

Deputada JUSMARI OLIVEIRA PR/BA

ANEXO 5

Projeto Lei 3.748 da Deputada Sueli Vidigal

CÂMARA DOS DEPUTADOS

Projeto de Lei nº /2008

(Da Sra. Sueli Vidigal – PDT/ES)

Autoriza o Poder Executivo a conceder pensão à mãe que mantenha a criança nascida de gravidez decorrente de estupro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a pagar, mensalmente, pensão à mãe que mantenha, em sua companhia, a criança nascida de gravidez decorrente de estupro, até que complete 21 (vinte e um) anos de idade.

Parágrafo Único. O valor da pensão de que trata o caput será de um salário mínimo.

Art. 2º O cadastramento será feito junto ao Ministério de Assistência Social, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I – cópia autenticada do registro policial de ocorrência;

II – laudo do Instituto Médico Legal;

III – cópia autenticada da certidão de nascimento da criança.

Art. 3º Os servidores das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher, no ato do registro policial, informação às vítimas de estupro sobre o direito que lhes é assistido, no termos da lei.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias própria, suplementadas se necessário.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em 16 de julho de 2008.

Sueli Vidigal

Deputada Federal - PDT/ES