



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS**  
**ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**  
**NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA**  
**COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**

**O DIREITO DO NASCITURO À SAÚDE E ATIPICIDADE DO ABORTO**  
**ANENCEFÁLICO**

**ORIENTANDA : FABIANA NUNES DA SILVA**

**ORIENTADORA : Prof<sup>ª</sup>. Ms. Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda  
Santana Curvo**

**GOIÂNIA**  
**2021**

FABIANA NUNES DA SILVA

**O DIREITO DO NASCITURO À SAÚDE E ATIPICIDADE DO ABORTO  
ANENCEFÁLICO**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina de Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUCGOIÁS.

Orientadora: ***Profª. Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo***

GOIÂNIA  
2021

**FABIANA NUNES DA SILVA**

**O DIREITO DO NASCITURO À SAÚDE E ATIPICIDADE DO ABORTO  
ANENCEFÁLICO**

Data da Defesa: 09 de junho de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup>. Ms. Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo  
nota

---

Examinador Convidado: Paula Ramos Nora de Santis nota

**SUMÁRIO**

**RESUMO**

## **INTRODUÇÃO**

### **I - PESSOAS NATURAIS**

- 1.1 PERSONALIDADE JURÍDICA.....
- 1.1.1 Capacidade Jurídica, Direito e de Fato.....
- 1.2 SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO.....
- 1.2.1 Início e fim da Personalidade Natural.....

### **II - INÍCIO DA PERSONALIDADE DO NASCITURO NO DIREITO ESTRANGEIRO**

- 2.1. O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO NO BRASIL.....
- 2.2 DIREITO ROMANO, GERMÂNICO, FRANCÊS E ESPANHOL .....
- 2.3. DIREITO ARGENTINO, AUSTRIACO, MEXICANO E COSTA RIQUEÑO.....

### **III - O DIREITO DO NASCITURO À SAÚDE E ATIPICIDADE DO ABORTO ANENCEFÁLICO**

- 3.1 OS DIREITOS DO NASCITURO.....
- 3.2 DOS EMBRIÕES “IN VITRO”.....
- 3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....
- 3.4 O DIREITO À SAÚDE DO NASCITURO.....
- 3.5 DA TIPIIFICAÇÃO DO ABORTO.....
- 3.6 DO ENTENDIMENTO DO ABORTO NA ÓTICA DA ANENCEFALIA.....

## **CONCLUSÃO**

## **REFERÊNCIAS**

## RESUMO

O trabalho monográfico versa sobre o direito à saúde e à vida do nascituro em consonância com a saúde da mulher nos casos de confirmação de gestação de feto anencefálico. O início da personalidade do nascituro é uma questão problemática de opiniões distintas entre os juristas, que envolve o condicionamento da expectativa de direito ou o seu reconhecimento como sujeitos de direito. A análise da lei estrangeira versando o início da personalidade do nascituro tem como objeto a compreensão da concepção do mesmo. As problemáticas que envolve a saúde está abrangida na limitação em que se encontra sua aplicabilidade, tendo em vista, que não é um direito absoluto. Há exceções, nesta temática, são casos especiais que permite tal ato, não devendo ser entendido como uma ruptura de direitos, mas uma questão social que circunda problemas decorrentes deste ato, tais como a interrupção da gravidez nos casos de violência sexual, quando a gestação acarreta risco à vida da gestante e nos casos de fatos anencefálicos, neste caso, tendo em vista, o sofrimento psicológico e físico que acarreta a mulher em gerar um feto sem expectativa de vida. Dessarte, não trata-se de aborto eugênico – interrupção da gravidez por qualquer deficiência física ou mental do feto - que é e deve ser combatido na legislação brasileira, que é um ato desumano. Por fim trata-se da temática acerca da atipicidade do aborto nos casos anencefálicos demonstrando sua mera expectativa de vida, visando a segurança psicológica da mulher fundamentada no princípio basilar do direito o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

**Palavras-chaves:** Direito à saúde. A interrupção da gravidez nos casos de feto anencefálico.

## INTRODUÇÃO

O tema tratado fora eleito na temática da *persona* que é reconhecida a todo ser humano embasando o direito fundamental à saúde que é um direito de todos, seja da pessoa ou do nascituro. Com base no interesse à respeito do instituto da pesquisa jurídica, à respeito, tem por tema o Direito do Nascituro à Saúde e Atipicidade do Aborto Anencefálico, que em sua delimitação foi tratado a temática da interrupção da gravidez, quando comprovada mediante documento legal, sendo autorizado através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, a interrupção da gravidez, tendo por finalidade à saúde física e mental da mulher gestante.

A grande problemática decorreu do questionamento das expectativas de direito do nascituro preferencialmente à saúde e por conseguinte o direito à vida, associado ao diagnóstico do feto anencefálico, e a possibilidade de interrupção da gravidez.

O direito à saúde mesmo sendo um direito pertencente a todos, há limitações no seu campo de aplicabilidade, principalmente no que tange à questão que envolve o direito à saúde da mulher, decorrente da gestação de feto anencefálico. A vida é um direito fundamental, porém, recebe limitações, não é um direito absoluto. A problemática que envolve o tema é a questão da atipicidade do aborto de anencéfalo, que deve ser compreendido na temática que circunda os danos à saúde da mulher.

O objetivo do estudo jurídico foi demonstrar a questão que circunda a não existência de potencialidade de vida do feto anencefálico. O direito à saúde, neste caso, abrange o direito à mulher em decidir permanecer ou não a gestação. Tendo por embasamento os danos sofridos em gerar, tendo pleno conhecimento em que o feto não irá permanecer com vida.

A metodologia a ser utilizada na elaboração da pesquisa envolverá o método dedutivo que é análise das várias informações concernentes ao modo de raciocinar sobre a pesquisa teórica. O desdobramento do presente trabalho, foi realizado em três capítulos. O primeiro refere-se ao estudo das pessoas naturais esmiuçando sobre suas capacidades, abordando as teorias que circundam o nascituro e versando sobre o início e o fim da pessoa natural.

No segundo capítulo foi aludido as fontes que complementarão o Código Civil Brasileiro. Sendo versado sobre o início da codificação civil brasileira desde o rompimento com a coroa portuguesa. A essência do capítulo segundo foi remetido ao estudo de direito comparado acerca dos entendimentos do início da personalidade do nascituro.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o desenrolar do presente trabalho, elucidando sobre o direito à saúde e à vida. Demonstrando os direitos inerentes ao nascituro, que o considera sujeito de direito. A questão dos descarte dos embriões "*in vitro*" excedentes para realização de pesquisas terapêuticas. O princípio da dignidade da pessoa humana, respaldando os direitos inerentes ao nascituro e a gestante de feto anencefálico. Em consonância ao entendimento do aborto nos casos de anencefalia, fora aludido as tipificações do aborto concernente ao Código Penal Brasileiro.

Devido ao conflito elucidado na apresentação do trabalho, referente à vida e à saúde do feto anencefálico. Interessou-se na produção desta pesquisa para a fundamentação do reconhecimento da saúde do nascituro, salvo confirmação de gestação anencefálica. A decisão de interrupção da gravidez a gestante, garantindo à saúde a mesma, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana.

O fito desta pesquisa se iniciou com o objetivo de indagar e analisar as várias concepções, entendimentos e controversas sobre o nascituro no que tange os direitos à vida e à saúde. Por se tratar de um tema obsoleto desde o Código de 1916, ainda não fora consolidado o entendimento firmado sobre suas teorias, divergindo-se as suas teorias nos julgados dos tribunais.

Tendo em vista o tema a ser tratado, o trabalho será realizado com base nas doutrinas dos juristas civilistas e constitucionalistas clássicos e modernos para que possa ser analisado de forma congénita sobre o nascituro e a questão do aborto de feto anencefálico, e por fim deve ser analisado os acórdãos dos tribunais para consolidação desta pesquisa.

## **CAPÍTULO I**

### **PESSOAS NATURAIS**

O racionalismo foi o grande marco para abrangência do conceito de pessoa que a caracterizou como fonte central do saber. Desta forma, iniciou-se o pensamento de que a razão é a fonte do conhecimento do homem, valorizando o entendimento da pessoa. No direito brasileiro a definição de pessoas é descrita como o ser suscetível de direitos e deveres. Assim, o Código Civil no artigo 1º preceitua que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. O conceito de pessoa passou por várias transformações que suscitaram avanços e retrocessos em seu significado no decorrer do tempo. Para melhor elucidação histórica sobre as pessoas naturais Azevedo (2019, p,30):

Etimologicamente, a palavra pessoa deriva do termo em latim *persona*, do verbo *personare* (soar através de). *Persona* era a máscara de teatro usada pelos atores para fazer soar mais alto sua voz, significando ser humano, no Direito Romano Clássico. Por outro lado, o homem era também conhecido entre os romanos por *caput* (cabeça); se fosse livre, era chamado *caput liberum* e, se escravo, *caput servile*. Pessoa, considerada biologicamente, é o ser humano, é a pessoa natural ou física. Quando a pessoa atua individualmente, quer como pessoa natural ou física, quer como empresa individual, quer, ainda, somando esforços e/ou recursos com outras pessoas (sociedade) com interesses comuns, ela adquire direitos e deveres/obrigações, sendo, assim, sujeito de relação jurídica. A relação jurídica é um complexo de direitos e deveres que tem, sempre, como titular pessoas naturais (físicas) ou jurídicas (morais), que são sujeitos de direito. A pessoa, assim, seja natural ou jurídica, diante da norma *agendi* (direito objetivo), que mostra como deve ser o comportamento humano e quais as sanções em caso de descumprimento desse dever, é sujeito de direito, que deve saber o que é lícito, para respeitar, e o que é ilícito, para evitar, com faculdade de agir (*facultas agendi*). Essa faculdade é o direito.

Como se pode notar, Azevedo descreve historicamente o decurso da acepção de pessoa. Na antiguidade, uma das primeiras noções, entendia-se, que o termo '*pessoa*' remetia à uma função teatral desempenhada pelo ator em que estava ligada aos seus papéis exteriores que este sujeito remetia. Destarte, o termo pessoa estava ligado à palavra "máscara" devido às atribuições que a pessoa desempenhava naquela época. Entretanto, esta concepção sofrera de forma considerável diversos entendimentos no decorrer da evolução do saber humano, deixando de ser um



conceito ríspido e passando-se a abranger a generalidade atual. Nos dizeres de Gonçalves (2015, p.105) a pessoa natural é um sujeito ativo como sujeito passivo da relação jurídica.

O sujeito de direito é toda pessoa com aptidão capaz de ensejar direitos e deveres civis, conforme a disposição legal em seu artigo 1º, do Código Civil Brasileiro. Concernente ao entendimento a respeito da erudição da pessoa natural, Nader (2016, p. 229) salienta:

A pessoa física é o ponto de partida e o alvo, direto ou indireto, de todas as construções jurídicas. Natural, portanto, que o seu estudo seja um a priori lógico à compreensão do Direito. Antes de se buscarem as fórmulas legislativas para a regência dos fatos em geral é necessário que se investigue o ser dotado de razão, a fim de se revelar a sua natureza, índole, anseios, valores. A pessoa física, por seu conjunto de caracteres, é quem dita ao legislador a teleologia da ordem jurídica. Para alcançar os objetivos de paz social, é indispensável que se conheça o ser humano em sua globalidade, pois a sociedade nada mais é do que o conjunto de pessoas que se interagem, desenvolvendo nexos de entrosamento e de solidariedade. O desafio que paira na ordem jurídica é o de promover as condições básicas para o funcionamento da sociedade e, dentro dela, o ambiente necessário para que a pessoa natural desenvolva todo o seu potencial criador.

Consoante a explanação de Nader a pessoa natural é o ser um humano sujeito de direitos e deveres no ordenamento jurídico conforme o princípio da personalidade. Outrossim, existem os nascituros que não são considerados pessoas, sendo assim, não possuem personalidade. Todavia, estão sujeitos a adquiri-la, está predisposto a condição do nascimento com vida, para que possa ser detentor de personalidade, assim, dotado de direitos e deveres. Em suma, conforme o artigo 6.º do Código Civil, o fim da personalidade advém com a morte da pessoa com o encerramento cerebral.

## 1.1 PERSONALIDADE JURÍDICA

O homem é o sujeito individual dotado de razão e personalidade vivente na sociedade capaz de mudar os conflitos de entendimentos que ferem os princípios básicos do homem. A moral e a ética é inescusável para que enseja-se no desaparecimento das dicotomias presentes na sociedade, com o fito de diminuir as diferenças e alcançar a equidade, em razão, da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. O indivíduo, ser pensante é único em sua singularidade subjetiva, todavia, igual ao seu semelhante. Assim, são dotados de personalidade que é a vocação para adquirir e contrair obrigações no sistema normativo jurídico. Na

Elucidação a respeito da personalidade jurídica, o doutrinador Mello (2017, p. 135), leciona:

Os direitos da personalidade são aqueles constituídos pela estrutura-base dos direitos do Homem, ou seja, aqueles inerentes aos seus caracteres essenciais: físicos, psíquicos e morais, incluindo suas projeções sociais.

Nos direitos da personalidade incluem-se os direitos à vida, à integridade psicofísica, à honra, à intimidade, ao nome, à reputação, bem como ao repouso, ao descanso, ao sono, ao sossego, a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, à sexualidade, ao direito fundamental à qualidade de vida, dentre outros. São direitos extrapatrimoniais que ao colidirem com os de índole patrimonial ou com valorização econômica, em regra, logram prevalência.

Deste modo, os direitos da personalidade são amplos e abrange uma essência descomunal caracteres basilares. Dessarte, é através da valoração da personalidade moldada nos preceitos da ética e moral que alcançará analogia das ciências sociais no que concerne aos valores que esculpem os direitos. A personalidade é instrumento primordial que molda as relações humanas, sendo fundamental para equidade social, equiparando-se no direito fundamental.

O princípio da personalidade é um direito fundamental que não pode ser transmitido e é irrenunciável, não podendo abrir mão de tal direito. Na concepção dos juristas Donizetti e Quintella (2017, p.86), salientam que conceituação da “*personalidade jurídica é como o reconhecimento jurídico de que um ente pode ser sujeito de direitos*”. Portanto, são sujeitos das relações jurídicas no modo de vida em sociedade, abrangida pela tutela do direito, que concerne às relações humanas no ordenamento jurídico. Tartuce (2018, p. 116) , salienta:

Quanto à personalidade, essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a personalidade jurídica plena inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes; segundo os adeptos da teoria natalista. Não se exige, como em outras legislações, que o recém-nascido seja apto para a vida, conforme determina o Código Civil Francês.

Toda pessoa que nasce com vida possui personalidade natural ou jurídica sendo detentor de direitos e obrigações no ordenamento jurídico, tendo titularidade jurídica. O direito da personalidade é fundamental e concernente ao sistema jurídico, inserido a toda pessoa, sendo uma relação disposta em volta dos direitos de contrair e adquirir obrigações na ordem jurídica. Deve ser abrangente no que concerne toda pessoa inclusive o nascituro, que deve ser abrangido com possuidor de

personalidade, tendo direitos de adquirir e contrair obrigações, mesmo estando em desenvolvimento uterino.

Dessarte, são direitos absolutos *erga omnes*, entretanto, de acordo com o dispositivo legal disposto no art. 2 do Código Civil, em que a “*personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*” Sendo assim, é adquirido apenas com o nascimento com vida. A personalidade jurídica é aptidão de direitos e deveres, sendo o alicerce dos direitos.

### 1.1.1 Capacidade Jurídica, Direito e de Fato

A personalidade é um direito fundamental sendo faculdade da pessoa, enquanto a capacidade jurídica é a aptidão direitos e deveres no sistema normativo jurídico, ambas não se confundem, tendo em visto que aquela é atribuída a todo ser humano sem distinção e esta é delimitada no discernimento para práticas civis no ordenamento jurídico.

Assim, em relação à capacidade conforme a elucidação dos doutrinadores Farias e Rosenvald (2017, p.330), “*frisa esta se envolta nas diversas relações jurídicas [...] podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes*”. A capacidade está inserida no art. 1 do Código Civil, ao dispor que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações. Entretanto a capacidade é abrangida em capacidade plena e limitada. A capacidade plena é requisito para capacidade de fato. A limitada está disposta na capacidade de direito ou de gozo que toda pessoa tem independentemente da limitação do seu discernimento.

Os incapazes necessitam de assistência (relativamente incapazes) ou representação (absolutamente incapaz) por parte dos pais ou tutores conforme o art.4, para que possam exercer sua vontade. Em relação ao nascituro sua capacidade de direito está inserida sob uma ótica condicional (nascimento com vida) ocasionando a mitigação de seus direitos. No que tange a incapacidade a doutrinadora Diniz (2005, p. 12), enfatiza “*A incapacidade consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que ‘a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção’*”. Sendo, assim, todas pessoas

possuem capacidade, entretanto a mesma está delimitada no que concerne a capacidade de fato.

A capacidade de direito ou de gozo é inerente a toda pessoa independentemente de seu discernimento. A lei limita a capacidade no intuito de proteger as pessoas que devido a causalidade temporária ou permanente não podem exprimir de forma efetiva seu direito. No art. 3 do Código Civil, dispõe que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos, estes devem estar representados por seus pais ou tutores para que seu direito seja efetivado de forma legal no ordenamento jurídico. Da mesma forma, a lei disciplina a incapacidade relativa disposta no art. 4. do Código Civil em que são incapazes maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, os que não podem de forma transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade e os pródigos. No que concerne à personalidade e a capacidade Gonçalves (2015, p.102), salienta:

Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Todavia, embora se interpretem, tais atributos não se confundem, uma vez a capacidade pode sofrer limitação. “Enquanto a personalidade é um valor que se traduz em um *quantum*. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. .

Assim, a capacidade de direito é uma característica essencial da pessoa natural mesmo se existir a incapacidade, pois esta será sanada por representação ou assistência dos pais ou tutores, efetivando seu direito. Portanto, trata-se de uma capacidade situada em graus (relativamente incapazes e absolutamente incapazes) para que a pessoa possa exercê-la. A capacidade de fato é o exercício pleno da aptidão civil nas relações jurídicas no ordenamento jurídico abrangendo as pessoas naturais que possuem discernimento para as práticas das relações jurídicas. O nascituro não é detentor desta capacidade, apenas está condicionado ao nascimento com vida para aquisição da capacidade de direito. Nader (2010, p.168), elucida:

Capacidade de fato é aptidão para exercitar direito e deveres. A lei permite a qualquer pessoa a titularidade de bens, assim, um recém nascido ou alguém mentalmente incapaz, poderão ser proprietário de um apartamento, mas faltar-lhe condição para administrar o imóvel por si mesmo. Ambos possuem capacidade de direito, todavia são incapazes de fato. Como a capacidade de fato é importante para a participação na vida social, notadamente para quem possui patrimônio a administrar, determina a lei civil o suprimento da incapacidade, seja pelo poder familiar, pela tutela ou curatela.

As pessoas de dezesseis anos emancipadas adquirem a capacidade de fato, sendo uma exceção à regra. A pessoa natural detentora da capacidade de fato e direito tem plena capacidade para aptidão para os atos civis na esfera jurídica. A incapacidade é cessada aos dezoito anos de idade, pois é quando a pessoa natural está apta para prática das relações civis no ordenamento jurídico, salvo se for detentora de alguma deficiência que prejudique seu discernimento.

## 1.2 SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

Nascimento com vida é pressuposto da personalidade ao nascituro conforme o art. 2 do Código Civil. O fim da personalidade se finda com a morte da pessoa natural conforme o art. 6 do referido código. O disposto do art. 2 do Código Civil afirma que ao nascituro sua personalidade está condicionada ao nascimento com vida. Os seus direitos estão resguardados sob uma preponderância para efetivação da sua capacidade de gozo, mesmo não sendo considerados sujeitos de direitos merecem respaldo no ordenamento jurídico. Doutrinariamente existem três teorias que concernem o nascituro as quais regem a situação jurídica do mesmo.

A teoria natalista diz a respeito do entendimento clássico dos juristas Clóvis Beviláqua e Sílvio Venosa, em que a personalidade civil inerente ao nascimento com vida. No entendimentos destes juristas o nascituro não é considerado pessoa e não é detentor de capacidade de direito no ordenamento civil. O doutrinador Tartuce (2017. p,76), leciona:

A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final. O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

Deste modo, teoria natalista tange apenas genuinidade do nascimento com vida, não importando os direitos ao nascituro. Assim não é considerando como pessoa suscetível de direitos de gozo no ordenamento civil. Entretanto, o renomado jurista

Tartuce, enfatizou a problemática que circunda esta teoria indagando a generalidade da mesma, tendo em vista, que o nascituro não é considerado pessoa mas como uma coisa, é uma indagação que a teoria natalista não é capaz de elucidar. A teoria da personalidade condicional é uma variação intrínseca da teoria natalista, a diferenciação estaria na condição do nascimento com vida do nascituro.

Por fim, a teoria concepcionista tem por fito o reconhecimento da personalidade do nascituro antes do nascimento com vida. Trata-se de uma teoria que abraça os direitos que concernem a efetivação da capacidade de gozo do nascituro. O jurista Gonçalves (2015, p.107), suscita que *ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida*. Os doutrinadores adeptos a esta teoria abrangem Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce.

### 1.2.1 Início e fim da Personalidade Natural

O início da vida é uma dilema nas dicotomias científicas e religiosas formando vários conflitos sobre o início da vida humana. Destarte, as legislações estrangeiras diferem demasiado entre si a respeito do início da vida, este tópico será tratado no capítulo dois desta pesquisa. A vida da pessoa natural inicia com a concepção conforme o dispositivo legal art. 2, caput, e termina com a morte conforme o art. 6, caput, ambos Código Civil Brasileiro. Sobre o cessamento da pessoa natural nos dizeres de Diniz (2012, p.255) cessa com a morte natural, ou presumida, devidamente registrada em registro público (CC, art. 9-, I e IV), que determina o exato momento da abertura da sucessão, também designado de devolução hereditária. Nesse mesmo sentido Gonçalves (2015, p.105), suscita:

De acordo com o sistema adotado, tem-se, pois, o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser. Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando que tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida. Lavram-se, nesse caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito (LRP, art. 53, § 2º). Não importa, também, tenha o nascimento sido a termo ou antecipado.

. A legislação brasileira não assegura ao nascituro personalidade jurídica, é apenas um mero detentor da tutela jurídica. No decorrer do desenvolvimento embrionário o nascituro não tem personalidade. O nascimento com vida é a condição para a personalidade, conforme a teoria natalista adotada pelo Código Civil. Entretanto, essa concepção não é o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, que no decorrer dos anos vem julgando as causas envolvendo o nascituro e natimorto (é o feto que morreu dentro do ventre materno) conforme erudição da teoria concepcionista.

O Enunciado n. 1 da Jornada de Direito Civil dispõe que ao natimorto é garantido os mesmos direitos constituídos aos nascituro tais como nome, imagem e sepultura. Assim, sobre o natimorto o Diário de Justiça do Estado de Goiás (DJGO) do dia 28 de fevereiro de 2019, página 6193 da Suplemento - Seção III, publicou:

do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemática teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. (REsp 1.120.676/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/02/2011).

É notável a disparidade do entendimento sobre o reconhecimento da personalidade à luz daqueles em desenvolvimento uterino. Há de se ressaltar a importância da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, é a razão principal para salvaguardar os direitos daqueles hipossuficientes. A lei tem como fito proteger esses direitos ao natimorto e nascituro.

## **CAPÍTULO II**

### **INÍCIO DA PERSONALIDADE DO NASCITURO NO DIREITO ESTRANGEIRO**

O Direito Brasileiro sofreu diversas influências em especial de Roma, Alemanha, França. A formação da lei brasileira foi baseada no Civil Law, sistema

jurídico romano-germânico, que ter por fonte a lei. As influências normativas foram importantes para elaboração da norma jurídica brasileira, legislativa. Assim, pode-se dizer que as fontes do direito brasileiro foram o sistema jurídico romano-germânico. Fonte do direito conforme elucida Nunes (2017, n.p) “o termo ‘fonte’ designa a origem, a procedência de alguma coisa”, a fonte é o nascedouro das normas jurídicas.

Nos dizeres do jurista Maximiliano (2017,n.p.) enfatiza que se “*deve confrontar-se o texto sujeito a exame, com os restantes, da mesma lei ou de leis congêneres, isto é, com as disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito nacional, quer no estrangeiro*”. Assim, a compreensão das concepções estrangeiras no direito comparado é de suma relevância para o entendimento das conjunturas legislativas à respeito do nascituro.

O Direito Romano adotou a teoria natalista mesmo tendo diversas oscilações no entendimento de pessoa ao nascituro. O autor Sérgio Abdalla Semião enfatiza que a concepção romana preponderou o entendimento que feto é apenas parte do corpo da mulher não podendo ser considerado pessoa (SEMIÃO, 2012). O nascimento com vida é o reconhecimento da pessoa. O Código Civil por ter o direito romano e alemão como fonte do direito adotou a teoria natalista, enfatizando que o nascimento com vida é fator imprescindível para o reconhecimento como pessoa.

Em suma, o Direito Alemão sofreu influência do Direito Romano, adotou-se, a teoria natalista, tendo como requisito o momento do nascimento. Há uma discursão a respeito do código, tendo em vista, o reconhecimento na lei da proteção do nascituro.

A legislação Mexicana e Costa Riquenho são adeptos a teoria concepcionista. Argentina, tinha como entendimento, à respeito do nascituro, a teoria concepcionista, reconhecendo o mesmo como pessoa. Todavia, em 2020 foi aprovado a legalização do aborto.

## 2.1. O Início da Personalidade Jurídica do Nascituro no Brasil

O rompimento do Brasil com a Corte Portuguesa resultou no projeto para a criação do Código Civil. Após a independência em 1822, a Constituição do Império enfatizava a importância da criação de um Código Civil. A Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824), em seu artigo 179, n.º 18, enfatizava:



Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

No ano de 1855, coube ao jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas o dever da elaboração de uma predecessora do Código Civil. A Comissão Revisora no ano de 1859 alterou profundamente o projeto de Teixeira resultando em seu descontentamento e ocasionando sua desistência. O “Esboço” fora aproveitado na codificação do Código Civil Argentino.

Augusto Teixeira de Freitas foi o grande precursor da codificação civil brasileira, foram elaborado 4.908 artigos. Teixeira tinha por influências, Savigny. Dessarte, tal influência transcendeu à elaboração de seu “Esboço”. Savigny foi um jurisconsulto revolucionário alemão do séc. XIX, um dos fundadores da Escola Histórica do Direito que tinha como fonte o costume. O direito demandava da vontade do povo. O doutrinador Gusmão (2018, n.p) salienta à respeito da teoria de Savigny:

Nesse clima espiritual surgiu o Historicismo Jurídico, movimento principalmente alemão, que, em suas origens, se caracterizou por se opor à codificação (§ 86) e à Teoria do Direito Natural (§ 192) e por defender a formação e transformação espontânea do direito, marcada pelo “espírito do povo” (Volkgeist). Para os que formaram a Escola Histórica do Direito, o direito é um fenômeno espontâneo da sociedade, manifestado primeiro como costume, que, para os seus corifeus, é a sua fonte por excelência, por corresponder mais fielmente aos ideais e necessidades da sociedade em dado momento histórico e por acompanhar de perto as transformações dos demais fatos históricos (econômicos, éticos, políticos etc.). Como costume, e não na forma de lei ou de código, dificultaria o descompasso entre o direito e a sociedade. Por isso, para essa escola, o costume é a fonte principal do direito, devendo prevalecer sobre a lei. Opõe-se ao jusnaturalismo (§ 192), que coloca fora da História, ao menos em parte, o direito. Insurge-se contra a codificação, por petrificar o direito, interrompendo a sua evolução. (...) O direito assim concebido deveria ser o objeto da ciência jurídica por corresponder mais realidade histórica, e não, como pensa a maioria dos juristas, o direito artificialmente criado pelo legislador

O Historicismo Jurídico foi um movimento do séc. XIX, antagonista à codificação alemã, Savigny fora um dos propulsores. Seu intento era efetivar à vontade do povo, através do costume em que a sociedade se desenvolvia, para que à norma não ficasse obsoleta. A fonte de tal pensamento se revestia da vontade social “Espírito do Povo”, originando-se no direito consuetudinário que a sociedade vivenciava. Savigny foi o responsável pela denominação do termo “Personalidade Jurídica”.

Alicerçando nas teorias de Savigny, Teixeira explanou sua influência no projeto de codificação. Deste modo, em seu Esboço no art.16 denominou como pessoas “*todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos*”. Neste sentido ao destacar a palavra entes, enalteceu o entendimento abrangido pela nomenclatura supracitada à apreensão de Kant, não se limitando no ser propriamente mas sim no “*poder de ser*”. Destarte, no art. 15, § 2º, agrupava o nascituro como absolutamente incapaz, e no art. 19 ressaltava, que mesmo dentro do ventre materno o nascituro era reconhecido como pessoa. Indubitável, é notório a preferência do juriconsulto Teixeira legislação à teoria concepcionista e uma legislação mais humanista

A codificação passou por diversas modificações em seu “Esboço”, com participações de profusos juristas. Em 1899, o juriconsulto Clóvis Beviláqua, foi convidado para dar continuidade ao projeto. Após seis meses de finalizado a codificação passou pela Comissão Revisora, revisão do Presidente da República e por fim ao Congresso. Na mesma erudição Beviláqua era caudatário da corrente concepcionista, protegia e garantia, o nascituro com sujeito de direito, garantindo a curadoria do nascituro para representar seus direitos. Todavia, ao ser enviado ao Congresso, o projeto de Beviláqua sofreu 1.736 emendas. Rui Barbosa, criticou profundamente a expressão crítica do projeto. No final do projeto, a corrente natalista foi inserida no Código Civil, eludindo ao momento do nascimento, o início da personalidade, garantindo desde a concepção resquíio dos seus direitos. Dessarte, com a promulgação da lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, o Código Civil Brasileiro entrou em vigor em primeiro de janeiro do ano de 1917. Anos depois, Miguel Reale, foi um dos responsável pela elaboração do Novo Código Civil, designado para elaboração no ano de 1975. Seu projeto sofreu diversas críticas e alterações foi sancionado em 2002, contendo 2.046 artigos.

Notoriamente, a elaboração da Codificação Civil passou por diversos pensamentos congêneres e ao mesmo tempo distintos. A teoria do nascituro passou por esse conflito de ideias. Na disposição inicial da codificação, Miguel Reale, antes da promulgação do Novo Código Civil de 2002, o art. 2º descrevia que “*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida*”. Devido os debates, houve mudança do texto para a disposição atual do Código vigente – “*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*” Na concepção do juriconsulto Reale não era necessário tal modificação, tendo em vista que o entendimento era implícito, relacionando a problemática do texto legal ao conteúdo teórico e hermenêutico.

O art. 2 do Código Civil assegura ao nascituro desde sua concepção seus inerentes direitos irrenunciáveis. Há direitos que somente poderão ser efetivados com seu nascimento, como o direito à herança, todavia, há direitos que desde sua concepção são efetivados, como o direito à vida e à saúde, dentre outros, que o legitimam como titular de direitos.

## 2.2 Direito Romano, Germânico, Francês e Espanhol

O estudo do Direito Romano tem como fito o aprendizado da grande inspiração e influência nas legislações de diversos países. A existência da realeza romana refletiu na construção da organização social, política e legislativa. Os *comícios*, ou assembleia, foi criado para o povo pudesse exprimir seus anseios, para serem julgados conforme o *iuris*, no caso concreto, seus litígios. Entretanto, estava longe de ser caracterizada como democrático.

Dessarte, após a queda do Império Romano e o surgimento da República, fora quando ensejou na construção da legislação romana mediante Lei das XII Tábuas. O direito romano passou por diversas modificações de entendimento e legislação no transcorrer do tempo.

O entendimento da personalidade ainda é tida como requisito da existência após o parto, advindo do nascimento com vida. Ademais, na sapiência dos doutrinadores romano o nascituro é *“partus enim antequam edatur, mulieris portio est uel uiscerum”* em outros dizeres é apenas parte das vísceras do corpo da mulher. Corroborando, o concepção da personalidade no entendimento romano, o doutrinador Alves (2018, p.130), salienta:

O nascituro é o que irá nascer; em outras palavras: o feto durante a gestação. Não é ele ser humano – não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência do homem: o nascimento – mas, desde a concepção, já é protegido. No terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será, e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física. Em vista disso, o nascituro pode, por exemplo, ser instituído herdeiro num testamento. E, para resguardar o interesse do nascituro, a mulher que o está gerando pode requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curator uentris*. Com base nesses princípios que foram enunciados pelos juristas clássicos, surgiu, no direito justiniano, a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*).

Desta forma, o direito romano entende que para que seja atendidos os requisitos da personalidade é necessário o nascimento com vida, para que o nascituro possa usufruir suas expectativas de direito. Indubitavelmente, este entendimento inspira a teoria natalista e diversas legislações estrangeiras. Todavia, o Direito Romano reconheceu o direito do nascituro quando refere-se ao interesse do mesmo "*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de ejus commodo agitur*", no mesmo dizeres o doutrinador Maximiliano elucida "a criança concebida se tem como nascida já, toda vez que se trata do seu interesse e proveito.", assim o direito do nascituro é reconhecido quando à eles sobreviver direitos à seu proveito, alimentos, herança, outros diversos.

O Código Civil Alemão entrou em vigor no ano 1900, sob diversas influências do direito romano, adotando suas concepções e técnicas jurídicas. Em vista disso, adotando o entendimento que existência do homem enceta com o início do nascimento, em outro termo, aquisição da capacidade jurídica do nascituro inicia-se quando a mulher concebe.

O Direito Francês é adepto da teoria natalista, para que nascituro seja detentor de direitos é necessário o nascimento com vida e viável. O nascituro não possui direitos de herança, somente, possuirá se for concebido desde o tempo da morte do testador. De acordo, com o entendimento da legislação francesa para que possua o direito de suceder basta a concepção no momento da sucessão.

A legislação espanhola adotou a teoria natalista. Consoante a esta afirmação o art. 29 do Código Civil Espanhol, elucida "*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*"<sup>1</sup> Nessa acepção, é o nascimento que determina a personalidade.

O concebido para que tenha efeitos favoráveis necessita nascer com as condiciones mencionadas no art. 30 da referida legislação. O art. 30 enfatiza "*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*"<sup>2</sup> Dessarte, é indubitável a o entendimento do artigo referindo-se a necessidade do nascimento com vida para caracterização da personalidade.

---

<sup>1</sup> "O nascimento determina a personalidade; mas o concebido nasce para todos os propósitos favoráveis a ele, desde que ele nasça sob as condições expressas no artigo seguinte."

<sup>2</sup> "A personalidade é adquirida no momento do nascimento vivo, uma vez que todo o desprendimento do útero materno ocorreu."

### 2.3 Direito Argentino, Mexicano e Costa Riquenho

A legislação civil argentina preceitua que o início da personalidade é adquirida desde a concepção do Nascituro. Destarte, no artigo 63º Código Civil de la Nación elucida *“Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.”*<sup>3</sup> O referido art. Enfatiza, os que estão sendo concebidos no seio materno são considerados pessoas. O art. 54 do referido código estrangeiro afirma que os nascituros são considerados como incapazes absolutos, evidenciando assim, o reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro. No mesmo sentido o art.70, salienta:

Desde la concexistencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.<sup>4</sup>

O Código Civil Argentino adotou a teoria concepcionista mas teve algumas influências da legislação francesa. A lei argentina assegura aos nascituros e embriões implantados direitos irrevogáveis, entretanto, se no decurso do nascimento não nascer com vida considera-se que a pessoa nunca existiu, conforme o Código Civil y Comercial Argentino, preceitua o artigo 21º *“Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.”*<sup>5</sup> Os juristas Herrera, Caramelo e Picasso (2015, p. 49), salientam a respeito do artigo 19º, elucidam:

El CCyC mantiene el momento de la existencia de la persona (agregándole el calificativo de “humana”) desde la concepción, tal como lo previó Vélez Sarsfield siguiendo a Freitas y al Código prusiano. De este modo, el concebido es considerado una persona humana a los efectos del CCyC, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición (nacimiento con vida) que hasta la actualidad. Se reconoce al nasciturus o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por la legislación civil siendo pasible

---

<sup>3</sup> "São pessoas que nascem que não nascem são concebidas no útero."

<sup>4</sup> Desde a coexistência das pessoas; e antes do nascimento eles podem adquirir alguns direitos, como se já tivessem nascido. Esses direitos são adquiridos irrevogavelmente se aqueles concebidos dentro da mãe nascerem vivos, mesmo que momentos depois de serem separados de sua mãe.

<sup>5</sup> "Os direitos e obrigações dos concebidos ou implantados nas mulheres são adquiridos irrevogavelmente se ela nascer viva. Se ele não nasce vivo, a pessoa é considerada nunca ter existido. O nascimento vivo é presumido."

de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción.<sup>6</sup>

A legislação argentina assegura a personalidade desde a concepção protegendo a vida do nascituro, conforme a teoria concepcionista garantindo ao nascituro direitos. Diante o exposto, ao nascituro é garantido personalidade e direitos sendo passíveis de direitos e deveres no ordenamento pátrio argentino, sendo protegidos pela legislação. Entretanto, no dia 30 de dezembro de 2020 no Senado da Argentina, houve o retrocesso dos direitos do nascituro com a aprovação do aborto até 14ª semana de gestação, o projeto de lei obteve 38 votos a favor e 29 contra, tendo uma abstenção.

A legislação alienígena Áustria protege o nascituro desde a formulação do Código Civil de 1811, sustentando os direitos do nascituro e garante proteção ao natimorto. O direito austríaco adota a teoria da concepção, em seu § 22 elucida:

Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen; ein totes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden.<sup>7</sup>

O Código Civil protege o nascituro desde sua concepção, mesmo que não tenha ainda sido concebido, a lei garante a sua proteção. O natimorto, no que diz respeito aos direitos, a lei assegura que lhe são reservados em caso de sobrevivência, é considerada como não tendo sido concebido.

A legislação mexicana passou por diversas mudanças no decorrer dos tempos. Mudanças ocasionadas por reformas sociais e políticas que abarcaram suas normas jurídicas. O artigo 22 do Código Civil Mexicano salienta à respeito do nascituro, vejamos:

*La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es*

---

<sup>6</sup> O CCyC mantém o momento da existência da pessoa (adicionando o qualificador como "humano") desde a concepção, como prenguiou Vélez Sarsfield seguindo Freitas e o Código Prussiano. forma" Dessa forma, o concebido é considerado uma pessoa humana para fins de CCyC, nos mesmos termos e com a mesma extensão, limitação e condição (nascimento vivo) até hoje. O nasciturus ou não nascido é reconhecido como um sujeito de direito e, portanto, protegido pelo direito civil podendo adquirir direitos e obrigações colocando o eixo na noção de concepção.

<sup>7</sup> Mesmo crianças não nascidas têm direito à proteção da lei a partir do momento em que são concebidos. No que diz respeito a eles e não com os direitos de terceiros, eles são considerados como nascidos; um natimorto, no entanto, é considerado como se nunca tivesse sido recebido, em consideração aos direitos reservados para sua vida.

*concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código*<sup>8</sup>

Deste modo, o código civil mexicano adotou a teoria concepcionista afirmando que é dada a proteção do nascituro desde sua formação. Portando, sendo conhecido o direito da proteção à pessoa, o reconhecimento da personalidade.

O Direito Civil da Costa Rica é adepto da teoria concepcionista, no artigo 31º do referido código declara que *“La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento.”*<sup>9</sup> De igual modo, a personalidade é conferida na concepção declarando-se a existência da pessoa física ao nascer viva mesmo antes dos 300 dias do nascimento.

Importante destacar que em 1969 ocorreu a Convenção Americana de Direitos Humanos que frisou sobre a importância dos direitos de primeira e segunda dimensão. Vale destacar a notoriedade do Pacto de São José da Costa Rica, que é um documento Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Entretanto, a sua promulgação e publicação no Brasil ocorreu somente em 1992 através do decreto n.º 678. No artigo 3º do Pacto de São José da Costa Rica frisa o reconhecimento da personalidade jurídica a toda pessoa. Outrossim, o artigo 4º do referido pacto acentua o direito à vida, adotando a teoria concepcionista, a partir da concepção. Este documento é de suma relevância para o esclarecimento e concordância da disparidade de entendimentos acerca do nascituro, ratificando o reconhecimento dos direitos de gozo e da personalidade jurídica ao nascituro.

### **CAPÍTULO III**

---

<sup>8</sup> "A capacidade legal das pessoas naturais é adquirida por nascimento e perdida até a morte; mas a partir do momento em que um indivíduo é concebido, ele entra sob a proteção da lei e nasce para os fins declarados neste Código"

<sup>9</sup> "A existência da pessoa natural começa quando ela nasce viva e diz que nasceu para tudo o que a favorece desde 300 dias antes de seu nascimento".

## O DIREITO DO NASCITURO À SAÚDE E ATIPICIDADE DO ABORTO ANENCEFÁLICO

O nascituro é titular de direitos desde sua concepção, o direito à saúde é irrenunciável. A lei assegura o direito à saúde do nascituro que visa seu desenvolvimento saudável. O Pacto de São José da Costa Rica, elucida em seu at. 4 *“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”*. Dessarte, o entendimento do Pacto enfatiza que o direito do nascituro em geral deve ser garantido desde sua concepção, devendo ser respeitado seu direito à vida. Todavia, o direito à vida não é absoluto, tendo exceções prevista em lei. Existe uma grande problemática a ser superada acerca do reconhecimento do nascituro com pessoa.

A lei assegura desde a concepção direitos ao nascituro. Dessarte, as normas jurídicas devem avançar conforme as mudanças que ocorrem a cada segundo no mundo. A necessidade de compreender as diversas formas de concepções acerca do que realmente deve ser reconhecido como direito individual da pessoa, deve ser compreendido que um direito de um sujeito não pode suprimir de outro, seja de uma pessoa, seja do nascituro.

A saúde é um direito social irrenunciável que é devido à todas pessoas, independente de raça, cor, religião ou classe social. Neste aspecto, Moraes (2020, n.p.) ressalta que o direito à saúde é de todos devendo ser implementado através de políticas sociais e econômicas. O aborto no caso da comprovação medica de feto anencefálico deve ser compreendida no aspecto que envolta à saúde do feto e as consequências em gerar um feto sem potencialidade de vida. Assim, o jurista em relação as situações que afasta o direito à vida Tavares (2020, n.p) leciona *“hã de se recordar o direito à saúde, o direito à vida e à dignidade da mulher e outros tantos, que, em determinadas situações, poderão ensejar o afastamento da diretriz contida no dispositivo transcrito”*. Assim, os problemas que circundam o aborto anencefálico deve ser analisados na ótica que envolta à saúde da mulher e as consequências no parto e após. Gerar é uma dádiva que ensejam os instintos maternos inerentes à mulher. Entretanto, ao saber, mediante comprovação médica da situação do feto portador da anencefalia é uma questão problemática que circunda a gestante. O feto anencefálico não tem expectativa de vida, com o nascimento viverá horas, dias ou



semanas. Sendo assim, através da ADPF 54, a mãe tem a possibilidade legalmente de abortar, ficando a critério do seu consentimento.

Assim, à saúde psicologia da mãe, nos casos de confirmação do feto anencefálico, devem ser considerados, sendo a elas permitido legalmente a decisão da interrupção da gravidez. O direito do nascituro portador da malformação congênita, Anencefalia, é considerada a ele os direitos do natimorto. Por mais que nasça, o feto anencefálico não tem potencialidade de expectativa de vida, é considerado com natimorto por não ser detentor da expectativa à saúde e à vida.

### 3.1 OS DIREITOS DO NASCITURO

O nascituro, concebido, tem vocação hereditária no momento da abertura da sucessão. O art. 1799 do Código Civil, estabelece que pessoas determinadas podem ser chamadas a suceder, complementando a prole eventual. O inciso primeiro do referido diploma elucida que os filhos ainda não concebidos - *nondum conceptus*- das pessoas que foram indicadas no testamento, podem suceder, desde que vivas nas abertura da sucessão. Assim, sua parte da legítima ficará curatelados até o nascimento, com vida. Todavia, há o prazo de 2 (dois) para que o não concebido seja legitimado como nascituro à suceder, se passado o prazo, a parte que era legítima ao herdeiro não concebido irá dispor a parte da legítima. Assim, os juristas Nery Jr. e Maria A. de Nery (2014, n.p) enfatizam “*o nascimento com vida do herdeiro instituído, no lapso de dois anos da abertura da sucessão, é requisito de eficácia da cláusula testamentária.*” Com relação à sucessão legítima, os doutrinadores Junior e Nery (2011, n.p) ponderam:

O nascituro tem direito à sucessão legítima. Os já concebidos no momento da abertura da sucessão (CC 1784) legitimam-se a suceder (CC 1798). Também se legitimam a suceder por sucessão testamentária “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (CC 1799 I). Nesta última hipótese, os bens da herança, após a partilha ou liquidação, serão confiados a um curador nomeado pelo juiz, na forma do CC 1800 §§ 1.º a 3.º. “Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (CC 1800 § 4.º).

Dessarte, é notório o respaldo que a lei assegura ao nascituro e ao “*nondum conceptus*” pois são legitimados à suceder desde a concepção e aos que irão ser

concebidos, desde que nasçam com vida. O nascituro tem direito à suceder mas seu direito está suspenso desde que nasça com vida para legitimar a vocação hereditária. O nascituro tem direito à curatela nos casos em que a mãe gestante não esteja apta para exercer o poder familiar, ou nos casos em que o pai vier a falecer. Sendo assim o juiz nomeará um curador ao nascituro. O represente diploma contrapõe os argumentos de que o nascituro somente é pessoa com o nascimento, tendo por fito que apenas pessoas podem ser curateladas. Todavia, o entendimento à respeito do nascituro dever ser compreendido como sujeito de direitos, tendo por embasamento os diversos diplomas legais que assegura a ele seus direitos desde a concepção.

Dessarte, segundo o art. 2 do Código Civil, não o considera pessoa até o nascimento com vida, deixando-o numa condição suspensiva para ser pessoa. Sendo assim seria lícito argumentar que a “curatela” visou a proteção do mesmo em seu desenvolvimento visando a capacidade de direitos que a eles é inerente desde a concepção. Em relação ao direito a curadoria Dias (2016, p.1160), elucida

A garantia dos direitos do filho nascituro é assegurada em procedimento específico, prevendo também a possibilidade de nomeação de curador (CC 1.779). Não se atina como se possa afastar o poder familiar da mãe, quando ainda não nascido o filho, se ela for capaz. De qualquer forma, não só no caso de morte do pai haveria de se cogitar da nomeação. Desconhecido, ausente ou incapaz o genitor, cabe a nomeação.<sup>38</sup> Estando a gestante interditada, seu curador será curador do nascituro (CC 1.779 parágrafo único). Trata-se de uma curadoria temporária, eis que, quando do nascimento, a criança deverá ser posta sob tutela.

A curatela ao nascituro visa o respaldo de seus interesses quando aos seus pais não tiverem capacidade seja absoluta ou relativa. O nascituro possui capacidade de direito, todavia, a capacidade de fato deve ser suprida mediante a curadoria ou sua representante legal.

O direito à doação é o contrato unilateral de transferência do patrimônio ou vantagens de doar a outrem, previsto no art. 538 do Código Civil, enfatiza a predisposição do doador, o *animus donandi*, a título gratuito, transferir parte do seu patrimônio ao donatário (pessoa favorecida pela doação). A doação é um negócio jurídico unilateral que tem por fito a cedência de bens ao donatário, com cunho pessoal do doar. O nascituro pode receber doação, que será aceita por seu representante legal, conforme disposto no art. 443 CC. A doutrinadora Ranzani (2017, p. 434), elucida a respeito da doação ao nascituro:

O ordenamento jurídico permite a doação ao nascituro. Nesse caso, a aceitação deve ser manifestada por seu representante legal. Como a personalidade civil começa apenas com o nascimento com vida (art. 2º do CC), apesar do aceite do representante, a doação se aprimorará apenas com o nascimento com vida, sendo que o negócio estará sujeito a essa condição. Portanto, são requisitos à doação ao nascituro: 1) ser pura e simples; 2) haver aceite manifestado pelo representante legal; 3) nascimento com vida do donatário. Nesse diapasão, a doação submete-se a condição suspensiva.

A doação feita ao nascituro permanecerá numa condição suspensiva, aguardando o nascimento com vida do mesmo. Em relação a liberalidade da doação pura, a lei não impedirá que os representante legal aceite ou não a doação, ficando a critério dos mesmo, considerar viável o bem transferirá ao nascituro.

O nascituro é detentor do direito a indenização por danos morais, conforme a elucidação do Ministro Benjamin “*Que o nascituro também tem direito a indenização por danos morais*” (Ag n. 1268980/PR, Relm Ministro Herman Benjamin, DJ de 02/03/2010). Dessarte, a indenização do nascituro é aferida quando há uma violação ao direito da dignidade do nascituro ao desenvolvimento saudável, à vida e à personalidade. A ação de danos morais pode ser ensejada no desenvolvimento intrauterino e extrauterino, decorrentes ao desenvolvimento com saúde e ao nascimento, também na possibilidade de quando suprimem o convívio com os pais. Neste contexto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, leciona:

Direito civil. Acidente automobilístico. Aborto. Ação de cobrança. Seguro obrigatório. DPVAT. Procedência do pedido. Enquadramento jurídico do nascituro. Art. 2º do CCJ2002. Exegese sistemática. Ordenamento jurídico que acentua a condição de pessoa do nascituro. Vida intrauterina. Perecimento. Indenização devida. Art. 3º, 1, da Lei n. 6.194/74. Incidência. 1- Apesar da literalidade do art. 2º do CC -que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2 -Entre outros, registram-se como indicativos de que o Direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do CC; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do CC); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a crimes contra a pessoa e especificamente no capítulo "Dos crimes contra a vida" -Mela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, v. li. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-3; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 658). 3 ->s teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela

CF/1988 e pelo CC/2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4 - Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5 - Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da lei n. 6.194/74. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6 - Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1.415.727/SC, 4ª T., rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 04.09.2014)

O falecimento do pai decorrente de acidente de trabalho, mesmo antes do nascimento do nascituro, poderá acarretar ação por danos morais, tendo por fito que o mesmo fora tirado do seu convívio. Na legislação o direito do nascituro é assegurado em diversas óticas no ordenamento jurídico, sempre tendo por fito à saúde do feto. O pré-natal, tem por intuito de assegurar à saúde do feto e da gestante, com acesso a programas e políticas à respeito da saúde, tendo por embasamento um cuidado com a gestante humanizado, sendo disposto no art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe. Todavia, de acordo o Min. Sálvio Figueiredo Teixeira “*O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum*” (REsp 399.028/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.4.2002). O nascituro tem direito ao dano moral, mediante representação de seus pais, quando for violados os direitos a personalidade a ele inerentes, desde a concepção.

### 3.2 DOS EMBRIÕES “IN VITRO”

Os embriões fertilizados “in vitro” são células embrionárias implantadas no útero da mulher. Devido as problemáticas que envolve o tema, principalmente, em relação ao descarte dos embriões excedentes para utilização de pesquisas terapêuticas, foi elaborado a Lei da Biossegurança n.º 11.105 de 2005. O constitucionalista Tavares (2020, n.p.), dilucida à respeito da terapia genética:

A chamada terapia genética consiste na transferência, com finalidades terapêuticas, de material genético para as células de uma pessoa. Da mesma

forma, a terapia genética pode utilizar-se de células-tronco (células germinativas) embrionárias ou células-tronco adultas (células somáticas).

O art. 1 da referida lei dispõe: assegurar e fiscalizar as normas de descarte de organismos geneticamente modificados, em consonância a biossegurança e biotecnologia, tendo por fito a proteção da vida, saúde, animal e vegetal. O art. 5, elucida que a lei permite com o intuito para realização de pesquisas terapêutica de células-tronco ou embrionárias, produzidas através da técnica in vitro, exigência de condições a serem seguidas e respeitadas.

Notoriamente, para que os estudos sejam realizadas é necessário a inviabilidade dos embriões ou que estes estejam congelados a mais de três anos. Em todo caso é indispensável autorização dos genitores para as pesquisas, devendo os estudos ser apreciados e aprovados através dos Comitês de ética. Indubitavelmente é proibido a utilização das comercialização do material biológico. Os juristas Nery Jr. e Maria A. de Nery (2014, n.p) enfatizam:

O LBio 5.º autoriza, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões excedentários, desde que sejam inviáveis (definição nebulosa, que passa a impressão de que o embrião tenha sido “reprovado” na análise prévia para concepção), estejam congelados há três anos ou mais em 28.3.2005, data de publicação da LBio, ou ainda estivessem congelados em 28.3.2005 (mas sua utilização só seria possível após três anos, contados da data do congelamento). Reforçando o comando da CF 199 § 4.º, a comercialização dos embriões e de suas células-tronco é considerada crime (LBio 5.º § 3.º c/c L 9434/97 15). A constitucionalidade da LBio 5.º foi questionada na ADIn 3510-0-DF. O STF julgou a ação improcedente, por maioria de votos, sendo que os Mins. Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes votaram pela sua procedência parcial (STF, Pleno, ADIn 3510-0-DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29.5.2008).

A grande problemática que circunda o descarte dos embriões excedentes está relacionado ao reconhecimento como nascituro, sujeito de direitos, outros doutrinadores entendem que para ser assegurado com sujeito de direitos deve ser implantado útero materno. No ano de 2008 o procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, para verificar a inconstitucionalidade das pesquisas de células-troncos, pois desde a fecundação era um vida humana, sendo detentora do direito à vida e à saúde, por fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a ação direta foi julgada improcedente.

### 3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no art. 1º, III, da Constituição, o Estado tem o dever legal de assegurar à qualquer pessoa a dignidade da existência, é um fundamento da República Federativa. Conforme enfatiza Tavares (2020, n.p.) *“um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem.”* Sendo assim, esse princípio corrobora com os direitos de primeira, segunda e terceira geração.

O direito de primeira geração são os que abrangem à vida, à liberdade, à liberdade política dentre outros. Os de segunda dimensão são direitos socioculturais que tem por cunho a intervenção Estatal para assegurar o cumprimento destes direitos, seja direito à saúde, à educação, dentre outros. Por fim, os direitos de terceira geração, são direitos difusos e coletivos, marcados pela necessidade de proteger os direitos da pessoa, tais como meio ambiente equilibrado, tem por fim o equilíbrio da preservação da vida humana. O direito da dignidade da pessoa humana é embasado nas garantias fundamentais. Os constitucionalistas Mendes e Branco (2018, p. 140) em relação ao princípio da dignidade humana, aborda:

O princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que, conforme declara “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Dessarte, princípio da dignidade da pessoa humana é o nascedouro de todos os direitos, principalmente aqueles que não tem previsão legal, são apreciados e julgados por analogia. O doutrinador Padilha (2020, n.p.) leciona: *“Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.”* Desta maneira, este princípio é abarcado em toda norma jurídica, com fundamento de garantir a melhor interpretação ao caso concreto, e respeitando o equilíbrio dos direitos fundamentais garantindo preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.4 O DIREITO À SAÚDE DO NASCITURO

O direito à vida, é um direito fundamental, que é assegurando a pessoa, entretanto, não é absoluto. O início da personalidade da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei impõe os direitos do nascituro desde a concepção. Em relação ao conceito do direito à vida, o professor Branco (2019, n.p.), salienta “O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.” Há diversas discussões acerca desta problemática que envolve os direitos da pessoa, vida, liberdade, saúde, outros. Objetivo das divergências que abrangem o direito à vida é legitimar o aborto ou a preservação da vida humana. No Código Penal Brasileiro existe a possibilidade nos casos de gravidez, decorrente de violência sexual ou risco de morte à gestante, o rompimento da gestação, configurando atipicidade da conduta. A Constituição Federal, nos caso de Guerra Declara, art. 5, XLVII, alínea a, permite à pena de morte. Indubitavelmente, é notório que o direito à vida não é absoluto. Dessarte, nos caso de feto anencefálico, através de comprovação médica a ADPF 54 possibilitou a escolha da gestante em interromper a gravidez.

A saúde é um direito fundamental que está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, está disposto no art. 196 da Constituição Federal, é abrangido a toda coletividade, sendo um direito individual e coletivo, disponível a todas as pessoa. Deve ser garantido através do poder e dever Estatal, mediante políticas públicas, para seu cumprimento efetivo, visando à proteção e à saúde das pessoas. Dessarte, consoante ao direito social à saúde, o Min. Gilmar Mendes (2019, n.p.), clarifica que “o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, da Constituição.”

O nascituro tem o direito de desenvolver-se com vida e saúde. Há entendimento jurisprudencial, que assegura através dos alimentos gravídicos Lei nº 11.804 de 2008, mesmo não estando expresso, que ao nascituro conforme dispõe o art. 2º é assegurado seus direitos desde a sua concepção. O Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria, leciona, à respeito aos alimentos gravídicos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS COM PEDIDO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PATERNIDADE. VALOR ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE E

PROPORCIONALIDADE.1. Nos termos da Lei n. 11.804/08, para a fixação dos alimentos gravídicos provisórios, basta a comprovação do estado de gravidez e a demonstração de existência de indícios da indigitada paternidade. 2. O critério de fixação da verba alimentar depende da conciliação da possibilidade econômico-financeira do alimentante e das necessidades do alimento (art. 1.694, § 1º, CC/02), devendo ser ponderada, ainda, a existência do dever de contribuição também da genitora. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-GO – AI: 03547108220208090000 GOIÂNIA, Relator: Des(a). FÁBIO CRISTÓVÃO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 21/10/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 21/10/2020)

Os alimentos gravídicos antecipados tem por fito o desenvolvimento saudável do nascituro. A comprovação da gestação e os indícios de paternidade corroboram para a fixação dos alimentos gravídicos que será convertido em pensão alimentícia com o nascimento do titular do direito. Os alimentos gravídicos é um direito irrenunciável que tem por égide os direitos à vida e à saúde.

Em relação ao afastamento da gestante nos casos em que trabalhe com substancias perigosas ou insalubres, dentre outros, busca-se assegurar o desenvolvimento saudável do nascituro. A lei n. 14.151 de 12 de maio de 2021, recentemente aprovada tem por fito assegurar o direito à vida e a saúde do nascituro afastando a gestante empregada, independentemente do trabalho que exerce, sem prejuízo da remuneração, devendo ser exercido as atividades em domicilio. O legislador sempre visa o reconhecimento dos direitos do nascituro assegurando e efetivando desde a sua concepção. Direito à integridade física do nascituro está relacionado ao bom desenvolvimento do feto, resguardando seu direito à saúde e à vida. O afastamento da mãe gestante nos casos de trabalho considerados insalubres em grau máximo, sem a necessidade de atestado médico, e no grau médio e mínimo, necessitando apresentar atestado de saúde de recomendação do afastamento da mulher, enquanto durar a gestação. Sendo assim, tais diplomas corroboram para garantir à saúde física do nascituro enquanto se desenvolve.

### 3.5 DA TIPIFICAÇÃO DO ABORTO

A tipificação do aborto inicia-se com a nidação que é a implementação do ovulo, que fora fecundado, no tecido que reveste o útero, o endométrio. A partir do processo em que o óvulo é fixado no endométrio, se ocorrer sua interrupção será caracterizado



como aborto. A partir do entendimento elucidado à respeito ao início da vida, o jurista Greco (2017, n.p) preleciona:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.

Dessarte, a junção do óvulo com o espermatozoide, origina-se a concepção. A tipificação do aborto inicia-se com a nidação que é resultante da implementação da fecundação do óvulo após 14 (quatorze) dias. Dessarte, em todas as modalidades de aborto é admitido a tentativa, exceto nos casos de aborto legal realizado através de médico competente. Neste contexto o doutrinador Nucci (2017, p. 788) delinea sobre o aborto *“é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião.”* A interrupção da gestação é caracterizado como aborto, seja natural, criminal, acidental ou legal.

O aborto praticado, causado, pela gestante é o aborto mais comum. O terceiro que provoca aborto com o consentimento livre e espontâneo da gestante, conforme o art. 124 do Código Penal, é uma modalidade que admite a participação. A conduta da participação está com figurada quando outrem apoiar a pratica criminosa. Nos casos em que figurarem gestantes menores de 14 (quatorze) anos, ou alienada ou débil mental. Conforme disposição legal do art. 124, parágrafo único, não será caracterizado como aborto praticado com o consentimento da gestante, e sim aborto praticado sem o consentimento da mesma, pois seu consentimento não tem reconhecimento legal, sendo nulo o aborto consentido

O aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante é caracterizado como crime de dupla subjetividade passiva tendo por fito que há duas vítimas que é a gestante e o feto. Nos dizeres de Bitencourt (2019, n.p.) *“Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.”* O art. 125 do Código Penal dispõe que é crime o aborto realizado sem o consentimento da gestante, tendo por embasamento integridade e a proteção da gestante, seja decorrentes de lesão corporal grave ou morte da gestante. Bitencourt (2019, n.p.) leciona *“enquanto a lesão corporal seguida de morte seria preterintencional, o aborto seguido de morte da gestante seria crime qualificado pelo resultado.”* Nos casos em que decorrem lesão corporal de natureza grave as penas serão aumentas de um terço. A qualificação do crime de aborto é embasada nos casos

em que ocorrerem a morte da gestante. Dessarte, o Aborto Eugênio é a interrupção da gravidez quando o feto apresenta algum tipo de defeito físico ou deformidade, além de ser um ato criminoso é cruel, devendo ser combatido pois fere todos os princípios fundamentais.

O aborto legal necessário é uma prática permissivas, que são passíveis de atipicidade. Quando praticado a conduta do aborto necessário há exclusão da ilicitude. O art. 128, inciso I, dispõe que quando não há outro meio de salvar a vida da gestante não se pune o ato praticado pelo médico. O feto acefálico, traz risco à vida da gestante, sendo comprovado através da ADPF 54, a prática é entendida como aborto legal necessário. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 (ADPF 54/DF) concede a decisão da interrupção terapêutica à mãe gestante nos casos comprovados de feto anencefálico. Mis. Mendes, na ADPF nº 54, enfatiza “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e suficientemente seguras” para a realização do aborto, que é condicionada a decisão da gestante. Destarte, deve se ater a necessidade legal de prova documental atestada por médico à respeito da confirmação de feto anencefálico.

Nos casos de violência sexual tipificado no art. 125 do Código Penal, o aborto é reconhecido por analogia - *in bonam partem* – em favor do réu, tendo em consideração que a gestação decorreu de um ato violento ao pudor. Visa à saúde, emocional, psicológica e os traumas decorrentes do ato, ficando condicionado a decisão da interrupção a gestante, tendo por fito uma conduta humanitária à gestante.

### 3.6 DO ENTENDIMENTO DO ABORTO NA ÓTICA DA ANENCEFALIA

O interrompimento do desenvolvimento embrionário ou fetal é definido como aborto. O Código Penal tipifica a conduta do aborto nos art. 124 ao 128, assegura os direitos do nascituro desde a concepção, reconhecendo-o como pessoa, alegando o direito à vida, entretanto, a formulação da diploma legal, ocorreu 1940, a medicina não possuía aparato tecnológico para comprovação da inviabilidade do feto anencefálico. No mesmo diploma legal há duas exceções, em que é permitido a conduta do aborto, sendo tipificadas como excludentes de ilicitudes, que são resultantes da gestação decorrida da violência sexual e nos casos em que pode acarretar morte à gestante. Dessarte, busca-se preservar a dignidade da pessoa humana, evitando os traumas decorrentes em relação a violência sexual e a morte da mãe.

A omissão do texto legal referente anencefalia permitindo autorização para à pratica do aborto, resulta complexidade. A conceituação da anencefalia, de acordo com a Rev. bioét. (Impr. 2016; 24 (2): 374-85) é a *“falha no fechamento do tubo neural entre a terceira e a quarta semanas de gestação (entre 23º e 26º dia do embrião), resultando na ausência total ou parcial da calota craniana (crânio e couro cabeludo) e do cérebro.”* Dessarte, Nucci (2017, p. 796), enfatiza:

Assim, a ausência de abóbada craniana e de hemisférios cerebrais pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado, porém, em características monstruosas do ser em gestação, e sim na sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno. Autorizar o aborto, nessa hipótese, é um fato atípico.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal (12 de abril de 2012), teve por fito a verificação do controle de constitucionalidade do crime de aborto nos casos de anencefalia, baseou-se no fundamento em que pondera a não viabilidade do feto extrauterina, acarretando dor a gestante e violação dos direitos das mulheres, julgando procedente a interpretação da inconstitucionalidade do aborto tipificado no arts. 124, 126 e 128, Do Código Penal. Neste sentido, sustentou, Min. Marco Aurélio Mello:

Comentou que haveria dúvida sobre aplicação da proteção à vida do feto anencéfalo, ao passo que inexistiria hesitação sobre os direitos fundamentais da gestante. Também não haveria certeza sobre a sustentabilidade da vontade do legislador sobre a inclusão da interrupção da gestação nessas circunstâncias como crime, porquanto: a) identificar essa faculdade empírica seria difícilimo; e b) não se trataria de interpretação do art. 128 do CP (que de finiria as excludentes de ilicitude), mas dos artigos 124 e 126, no tocante ao fato de a anencefalia estar ou não incluída no conteúdo do tipo aborto. Assim, a discussão fundar-se-ia a respeito do conteúdo do tipo, e não sobre eventual existência de excludente. Por outro lado, reputou certo que a vontade do legislador sempre levaria em conta, nos casos de gestação, a vontade e a situação da mulher, o que se inferiria na diferenciação do grau de reprovabilidade das condutas que se relacionariam ao direito à vida. Ao sobrelevar a dificuldade de justificar a proteção do feto anencefálico por meio da criminalização da conduta da gestante, concluiu que a ponderação dos argumentos valorativos direcionaria a decisão em favor da mulher. Finalizou que o direito penal moderno apresentar-se-ia como ultima ratio, de forma que deveria ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, consoante seus preceitos de: a) idoneidade, a criminalização como meio útil para resolver o problema social; b) subsidiariedade, demonstração de inexistência de alternativas para a regulação da conduta indesejada; e c) racionalidade, comparação dos benefícios e dos custos sociais decorrentes da criminalização. (ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012. (ADPF-54))

O feto anencefálico é uma das mais graves deformidades embrionárias que envolve tronco cerebral que acometem 0,5 a 2 gestações em cada 1.0001 (*Wiley Interdiscip Rev Dev Biol. 2013 março-abril; 2 (2): 213–227. Publicado online em 29 de maio de 2012. Doi: 10.1002 / wdev.71*), que deve ser diagnosticada por dois profissionais competente para verificação da malformação congênita, para que seja assegurada à mulher o direito de se submeter ao procedimento da interrupção da gravidez, tornando o fato atípico. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto, elaborou no Habeas Corpus nº 84.025/RJ “*o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal.*”

Dessarte, ADPF 54, não corrobora para à indução do aborto, mas sim na necessidade da saúde psíquica da mulher e da família, em gerar um feto que não tem expectativa de vida, acarretando sofrimento à gestante assegurando seu direitos. Aborto eugênico diferencia do aborto anencefálico, tendo em vista que aquele tem por escopo qualquer doença fetal para corroborar para autorização. Trata-se de conduta desumana em relação a dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

A compreensão do nascituro não está apenas relacionada a uma expectativa de vida firmada no entendimento dos adeptos da teoria natalista, despreziosos ao reconhecimento desde concepção da personalidade do nascituro. A afirmação do entendimento da teoria natalista baseia-se no art. 2 do Código Civil, ressaltando que os direitos do nascituro concretizará com nascimento, é apenas resguardados as expectativas de direitos, condicionadas ao nascimento com vida para sua efetividade. Não há que se fala em direito guardado para concretização do requisito “nascimento com vida”, existe direitos fundamentais ao homem que abarca à criança, mulher, homem, idoso e o nascituro, sendo sujeitos de direitos. A capacidade do nascituro será suprida mediante representação do seu representante legal ou curador para a efetivação do seus direitos.

O direito comparado e influência das fontes suscitaram a lei brasileira. As fontes que ensejaram a lei, teve um papel de importância no ordenamento jurídico pátrio, todavia, há que compreender que cada país possui suas próprias culturas e concepções sociológicas. Uma lei de um país não deve ser inserida em outro, sem os devidos cuidados, sendo necessários a realização de estudos sociais dessas ciências, para que seja corroborada como fonte à sociedade, através do entendimento ético e moral cultural. Sendo assim, as fontes tem influência em nossa legislação corroborando para a criação das leis.

O direito romano é a fonte das normas, foi estudado e inserido conforme as concepções culturais dos povos. O direito alemão sofreu influência do direito romano. As duas fontes jurídicas romano-germânico teve diversos impactos significantes na construção acerca do início da personalidade jurídica do nascituro. Apesar desta afirmação os responsáveis pela codificação civil brasileira teve por juristas adeptos a teoria concepcionista, Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, apesar das influências da fonte jurídica romano-germânico. Todavia, com as diversas modificações acerca dos projetos de codificação destes juristas a redação do atual dispositivo legal insira no art. 2 do Código Civil, elucida os diversos entendimentos acerca do início da personalidade jurídica.

O nascituro possui direitos desde a sua concepção que lhe são assegurados, conforme a teoria concepcionista, sendo que apenas alguns direitos necessitam da condição suspensiva para sua efetividade, como por exemplo o direito a doação e a herança. Em relação ao direito à herança ou a doação rege-se a condição do nascimento, tendo em vista, que não há herdeiro ou doação se não tiver por nascer. A lei resguarda o direito do nascituro, todavia a capacidade limita apenas atuação do sujeito na demanda jurídica mas não o afasta da sua pretensão. Sua capacidade será suprida, conforme elucida a lei através de seu prestante legal ou curador.

A utilização dos embriões "in vitro" mediante estudos e realizações de pesquisas terapêuticas, suscitou diversas polemicas sobre o uso dos embriões excedentes para realização das pesquisas. Não há o que se discutir sobre sua utilização, tendo em vista, que a Lei de Biossegurança salienta de forma contundente acerca de seus uso e os requisitos essenciais. Dessarte, tendo por base a necessidade implementação do embrião ao útero materno para efetivação como sujeito de direitos, todavia, a lei assegura a utilização de forma adequada dos embriões excedentes

devem ter sido congelados a mais de três anos ou mais para fins de pesquisa e terapia.

Preferencialmente, foi abordado com exatidão à respeito da saúde ao nascituro que o reconhece como pessoa em diversos diplomas legais. O afastamento da gestante ao trabalho laboral decorrentes de periculosidade, enfatiza a importância que detém o direito à saúde ao nascituro. Ademais, a questão dos alimentos gravídicos à gestante que não possui vínculo conjugal com o pai, corrobora quando demonstrado a necessidade dos alimentos para o desenvolvimento do feto. A legalidade dos danos morais em favor do nascituro ou pela perda do mesmo aos pais, corroboram para o reconhecimento da personalidade do nascituro desde a concepção. Dessarte, por mais que há entendimentos que o nascituro deve ser sujeitos de direitos após o nascimento convida, derruba-se por terra, o reconhecimento da teoria natalista defendida por alguns juristas consoante a disposição legal do art. 2 do Código Civil.

O aborto nos casos de feto anencefálico deve ser compreendido como casos excepcionais já que acometem 0,5 a 2 gestações em cada 1.0001 gestantes. A interrupção visam a proteção da saúde da gestante, tendo por fito o inibir os tramas decorrentes da gestação e após o nascimento.

O Princípio da Dignidade Humana, deve ser ilustrados mediante esses casos. Assim gerar um feto que não tem potencialidade de vida, tendo a certeza que não subsistirá com vida, acarreta traumas imensuráveis. A legalidade do aborto nos casos que acometem malformação congênita de feto anencefálico, não é a disseminação da conduta criminosa do aborto eugênico, é uma questão de saúde psicológica e física à mulher. O aborto eugênico deve ser combatido no ordenamento jurídico, este ato é afrontoso e refere todos os princípios personalíssimos. A interrupção da gravidez em casos de deformidade é crime e não deve ser legalizada.

A decisão em interromper a gestação de feto anencefálico é devida a mulher legalmente, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 Distrito Federal (12 de abril de 2012). Não há dúvidas que o feto anencefálico deve ser assegurado os direitos do natimorto. O anencéfalo não tem potencialidade de vida, sendo inevitável sua morte logo após o parto ou horas, não perdurando um mês de vida. ADPF nº 54 visa assegurar o direito à saúde a mulher.

## REFERÊNCIAS

Azevedo, Álvaro Villaça Curso de direito civil : teoria geral do direito civil : parte geral/Álvaro Villaça Azevedo. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Alves, José Carlos Moreira Direito Romano / José Carlos Moreira Alves. – 18ª ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pdf.

Bitencourt, Cezar Roberto Código penal comentado / Cezar Roberto Bitencourt. – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Código Civil interpretado:artigo por artigo,parágrafo por parágrafo/Costa Machado,organizador;Silmara Juny Chinellato,coordenadora.- 10.ed.- Barueri,SP: Manoie,2017.

Código Civil para Concursos / coordenador Ricardo Didier - 5. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. 1.760 p. (Códigos e Constituição para Concursos)

Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias..4, ed.. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Diniz, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro/volume 1; teoria geral do direito*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Donizetti, Elpídio. *Curso didático de direito civil / Elpídio Donizetti; Felipe Quintella*, - 5. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

*Embriologia básica / Keith L. Moore, T. V. N (Vid) Persaud, Mark G. Torchia; [tradução Danuza Pinheiro Bastos, Renata Scavone de Oliveira]*. - 9.ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

*Embriologia Humana. 2. Anomalias humanas. I. Persaud, T. N. V. (Vid) II. Torchia, Mark G. III. Bastos, Danuza Pinheiro. IV. Oliveira, Renata Scavone de V. Título.*

Farias, Cristiano Chaves de *Curso de direito civil: parte geral e UNDB I Cristiano Chaves de Farias Nelson Rosenvald* -15. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FIUZA, César. *Direito Civil [livro eletrônico] :curso completo*. 2ª ed.- São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, p. 78, 2015).

Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco*. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil, 1 : Esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. – 5. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2015.

Gusmão, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito / Paulo Dourado de Gusmão* – 49ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998, p. 109.

Junior, Nelson Nery. *Código Comentando*. 1.ª Edição em e-ebook baseada na 11ª. 2014. Edição impressa/ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de A. Nery. Revista dos Tribunais.

Maximiliano, Carlos *Heremênutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano*. - 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Mello, Cleyson de Moraes *Direito civil: contratos / Cleyson de Moraes Mello*. - 2. ed. - Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 2017.



Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gonet Branco. – 13.ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Nader, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral* – vol. – 10.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentando. – 17. Ed. Ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Nunes, Rizzato Manual de introdução ao estudo do direito : com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzato Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Padilha, Rodrigo, Direito Constitucional / Rodrigo Padilha. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

Pussi, William Arthur, *Personalidade jurídica do nascituro*. 2<sup>a</sup> edição./ Curitiba: Juruá, 2008.

Semião, Sérgio Abdalla, *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*./Sérgio Abdalla Semião. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

Stolze, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. –São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Tartuce, Flávio. *Direito civil v. 1: lei de introdução e parte geral* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Tavares, André Ramos Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 1240 p.

.....

Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos : norma técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília : Ministério da Saúde, 2014.

.....

file:///C:/Users/xxxxx/Documents/Livros/Consumidor%20(Direito)/ADPF54.pdf

file:///C:/Users/xxxxx/Downloads/BOE034\_Codigo\_Civil\_y\_legislacion\_complementaria.pdf C

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)

<https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983-8034-bioet-24-2-0374.pdf>

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>

[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v2n3/doc/08-EMERIC\\_LEVAY.PDF](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/08-EMERIC_LEVAY.PDF)

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/de/li/li053de.pdf>

[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc\\_con\\_ccatheduc\\_doc\\_2008\\_0628\\_orientamenti\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc_con_ccatheduc_doc_2008_0628_orientamenti_po.html)