

## DIREITOS HUMANOS DO NASCITURO CONCEBIDO E A VISÃO CONCEPCIONISTA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS E ATUAIS

### *HUMAN RIGHTS OF THE CONCEIVED UNBORN CHILD AND THE CONCEPTION'S VIEW: CONTROVERSIAL AND CURRENT ISSUES*

#### **Stela Marcos de Almeida Neves Barbas**

Doutorada em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Universitária nos cursos de graduação, pós-graduação, mestrado e doutoramento em Portugal (leciona desde 1992) e no estrangeiro. Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa. Membro de banca de provas orais e escritas para ingresso no Centro de Estudos Judiciários (concurso nacional para ingresso na magistratura portuguesa – Judicial e Ministério Público) Membro do Grupo de Pesquisa em Portugal e no estrangeiro. Membro por três anos consecutivos do Júri do Prémio Nacional de Bioética/UNESCO Chair in Bioethics - Attribution of the National Award in Bioethics.. Autora de cerca de cem publicações.

#### **Guilherme Gratão Cunha**

Servidor público estadual. Bacharel em Direito pela Faculdade AEMS. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Uninter, em Docência do Ensino Superior pela Unopar. Mestre em Direito com Especialização em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal), estudante de doutoramento na mesma universidade.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo a análise dos direitos humanos do nascituro concebido, em especial, dos direitos de personalidade, à luz de novas perspectivas, como o concepcionismo. As hodiernas discussões a respeito revelam a relevância e atualidade do tema. Para a adequada abordagem utilizou-se o método qualitativo, com base em pesquisas bibliográfica e documental, valendo-se de fontes normativas e jurisprudenciais internacionais e nacionais. A preocupação se volta para a proteção dos direitos humanos do ser concebido, e como essa projeção de direitos adentra o ordenamento jurídico do Brasil por meio de aspectos próprios, como o concepcionismo. A pesquisa da legislação internacional e nacional e da jurisprudência pátria é fundamental para a verificação dessa interação de direitos e sua aplicabilidade, e revelou que o nascituro concebido, por mais que seja elencado na norma jurídica, ainda carece de uma atenção especial que lhe confira o verdadeiro *status* de pessoa humana. Este artigo traz como contribuição um olhar analítico sobre a atual condição do nascituro concebido, evidenciando a necessidade de um novo olhar jurídico a respeito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Nascituro. Concepcionismo. Tratados Internacionais. Direito Privado.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the human rights of the unborn child, in particular the rights of personality, in the light of new perspectives, such as the conception's view. At today's discussions on the subject reveal the relevance and timeliness of the theme. For the adequate approach, the qualitative method was used, based on bibliographic and documentary research, under cover international and national regulations and jurisprudence. The concern focuses on the protection of the human rights of being conceived, and how this projection of rights enters the legal system of Brazil through its own aspects, such as the conception's view. The research of international and national legislation and jurisprudence are fundamental to the verification of this interaction of rights and their applicability, and revealed that the unborn child conceived, however listed in the norm legal framework, still needs a special attention that gives it the true human person status. This article brings an analytical look at the current condition of the conceived unborn child, evidencing the need for a new legal look at this.

**KEYWORDS:** Human Rights. Unborn. Conception's view. International Treaties. Civil Law.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Direitos humanos do nascituro: o nascituro como titular de direitos humanos. 1.1 Acepção dos direitos humanos. 1.2 O ser humano como titular dos direitos humanos. 1.3 O nascituro como titular de direitos humanos. 2 Reflexos dos direitos humanos do nascituro a nível legislativo. 2.1 Definição de nascituro. 2.2 Delimitação jurídica do nascituro. 2.2.1 Teoria natalista. 2.2.2 Teoria concepcionista. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O direito, enquanto ciência, desponta como um dos campos mais dinâmicos da razão humana, por suas vicissitudes. Como instrumento político-social, mostra-se como elemento fundamental na pacificação social e na garantia do bem-estar humano. A relevância da ciência jurídica se dá pelo imprescindível uso das normas de conduta para o convívio social, algo que nos acompanha desde os primórdios da civilização humana.

Desde os conflitos mais singelos até o debate de temas complexos, o direito está presente como mediador dos anseios da sociedade. Dentro da seara dos direitos naturais, podemos encontrar pontos controversos que necessitam da pacificação jurídica. Os direitos humanos do nascituro concebido são um desses pontos que necessitam da atenção especial dos operadores do direito em sede de uma tutela mais eficaz no âmbito dos direitos de personalidade.

Para efeitos do presente trabalho, falaremos nos nascituros já concebidos. A delimitação do nascituro concebido como titular de direitos tem gerado divergências dentro da doutrina e da jurisprudência. A sedimentação do assunto busca a fleuma a tantas demandas jurídicas. O debate do tema nos leva a uma nova abordagem, distanciando-se de conceitos clássicos que já não atendem a realidade científica e social de nossos dias.

Dessa forma, é preciso conceituar e compreender o papel do nascituro conforme a legislação, para vislumbrar sua adequação aos direitos humanos e à nova realidade de proteção de bens jurídicos relevantes. Nesse sentido, nosso objetivo central será o de demonstrar o posicionamento jurídico atual sobre os chamados direitos humanos do nascituro concebido com destaque para a visão concepcionista.

## **1 DIREITOS HUMANOS DO NASCITURO: O NASCITURO COMO TITULAR DE DIREITOS HUMANOS**

### **1.1 ACEPTÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Os direitos humanos são frutos da evolução do pensamento *Jusnaturalista*, que se encerra em grandes instrumentos jurídicos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Ao longo da história, o autoconhecimento do ser humano, como ator principal da existência, levou à compreensão de elementos valorativos da nossa espécie. Assim, elementos como a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade passaram a ser tratados como bens jurídico-sociais relevantes.

Esse trajeto evolutivo foi feito em etapas, passando pela dignidade humana na cátedra de Santo Agostinho, pela *Magna Charta Libertatum*, pelas aspirações iluministas e chegando até os atuais direitos humanos de 3ª Geração, também conhecidos como direitos humanos coletivos.

Oriundos de uma proteção natural do ser humano, tais direitos refletem um ideal de liberdade, igualdade e fraternidade entre os seres humanos. Se, para Paulo NADER (2007, p.157), direito natural é uma tutela de fins em que seus princípios consideram a natureza humana e os fins que os homens buscam, podemos considerar, então, que nos direitos humanos esse ideal se concretiza.

Assevera Ricardo CASTILHO que: a expressão “direitos humanos” representa, em sentido amplo, o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos (2012, p. 13). Por tais

fragmentos, podemos compreender que o objetivo central dos direitos humanos é o de garantir a dignidade nata da pessoa humana, visto que ao longo dos séculos vários foram os eventos que molestaram os direitos naturais do homem. As guerras, a fome e a escravidão levaram à luta pelos direitos fundamentais; hoje, colhemos os frutos dessa conquista.

Há inúmeros documentos internacionais que tratam sobre direitos humanos das mais variadas espécies, desde os mais tradicionais que normatizam a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, até os mais recentes que buscam defender direitos hodiernos como o patrimônio genético humano. Todo esse catálogo de dispositivos se concentra na proteção do ser humano, vindo daí sua classificação etimológica.

Assim, os direitos humanos constituem hoje o grupo de direitos mais relevante de nossa época. Esses direitos, criados para a proteção do ser humano em defesa das ofensas por ele mesmo produzidas, buscam a manutenção do mínimo existencial de cada pessoa, garantindo a existência humana na terra.

## 1.2 O SER HUMANO COMO TITULAR DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme visto, o ser humano é o cerne dos direitos humanos. Podemos delimitá-lo como sendo todo ser vivo da espécie *homo sapiens sapiens*. Muito além dessa classificação biológica, temos que, para o direito, o ser humano é a pessoa natural, elemento essencial do fenômeno social.

Essa pessoa ou '*persona*' é o elemento principal da ação jurídica. Nesse sentido, temos que pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Destarte, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico (MONTEIRO; PINTO, 2014, p. 72). Por essa qualificação jurídica, cada pessoa portadora de direitos na ordem civil, independente da condição em que se encontre, capaz ou incapaz, sempre terá suas prerrogativas jurídicas preservadas.

A dignidade humana, que faz do homem portador de direitos natos, direitos humanos, é reconhecida pelo Direito como atributo irrevogável. Na visão de Pedro Pais de VASCONCELOS (2006, p. 89), o direito não tem poder nem legitimidade para atribuir a personalidade individual. Limita-se a constatar, a verificar a humanidade, qualidade de ser humano. Nesse sentido, podemos referenciar ainda a visão de Menezes CORDEIRO que entende que o Direito e as normas positivadas são uma criação humana, no mais largo sentido dessa ideia: surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve os seus interesses e os

seus fins e sofre as vicissitudes que a humanidade lhe queira imprimir (CORDEIRO, 2000, p. 201).

Assim, o ser humano, por sua própria existência, já é portador de qualidades inerentes à sua natureza. Os acontecimentos históricos corroboraram para o reconhecimento dessas qualidades, direitos naturais humanos. Por esse motivo, representam em si os elementos mais sensíveis e necessários da existência humana em sociedade. Garantir sua aplicação e manutenção é a própria manutenção do ser humano enquanto pessoa de direitos.

Podemos concluir que os direitos humanos resumem em si vários grupos de direitos em campos como direitos pessoais, direitos políticos, direitos de subsistência, direitos econômicos, direitos sociais e outros. Para ser titular desses direitos, basta ser pessoa humana, não havendo distinção de cor, raça, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual e política, sendo aplicados a qualquer pessoa em todo o mundo.

Esse grupo de direitos dirige-se ao elemento intrínseco de cada pessoa, sua essência de valores e dignidade. Por tal motivo, os direitos humanos, enquanto materialização normativa dos direitos naturais, se expressam em vários campos da ciência jurídica.

Conforme veremos, o nascituro recebe projeção de direitos em várias normas dentro do Estado de Direito, sendo que a regulamentação interna pode variar de país para país. Contudo, devem sempre guardar o princípio da dignidade da pessoa humana, que sobressai nos ordenamentos dos Estados. Essa predominância de valores jurídicos se dá pela proteção da pessoa contra ações do próprio Estado, pois nem sempre, a exemplo dos Estados totalitários, são garantidores de direitos humanos.

Para a concretização dos direitos humanos, foram criados ao longo dos anos vários dispositivos legais que se propuseram à outorga de tais direitos em vários segmentos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, deu origem a outros instrumentos como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ambas fontes de proteção individual e coletiva da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, fica claro que o ser humano é titular nato de direitos próprios e inerentes à sua natureza. Isso nos leva a uma questão central da doutrina: seria o nascituro titular de direitos humanos? Para se chegar a essa resposta, é preciso decifrar o posicionamento jurídico sobre o assunto, algo que não se mostra tão simples e coerente perante a doutrina e a jurisprudência.

### 1.3 O NASCITURO COMO TITULAR DE DIREITOS HUMANOS

A delimitação jurídica do nascituro concebido, em sede de normas de direito internacional ainda são pouco precisas. Entre elas, podemos destacar alguns instrumentos que buscam reservar a proteção dos direitos humanos ao nascituro.

A declaração universal dos direitos humanos da ONU não traz em seus artigos uma garantia explícita de direitos ao nascituro. A lógica interpretativa, no entanto, nos leva a evidenciar uma proteção implícita por meio de alguns fragmentos.

No preâmbulo da citada carta, há referência de que a dignidade, cerne dos direitos humanos, é inerente a todos os membros da família humana; nisso entendemos a concepção do ser intrauterino, que não deixa de ser um ser humano em formação. Também o artigo 1º versa que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. A menção do termo ‘nascem’ induz o entendimento de continuidade, ou seja, o nascimento não fora elencado como fator de surgimento do ser humano.

O silêncio normativo da carta de direitos humanos deixou em aberto, às legislações dos Estados-membros, a conceituação e delimitação do ser intrauterino. Outros instrumentos internacionais, posteriores a DUDH, procuraram delimitar o conceito do nascituro em face dos direitos humanos. Entre esses destacamos:

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 4º, prevê que toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Já a declaração dos direitos da criança de 1959 versa, em seu preâmbulo, que a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes como após o nascimento.

Esses instrumentos levam à interpretação de que o nascituro deve ser considerado como portador de direitos humanos. Contudo, a normatização pouco incisiva tem gerado dúvidas quanto à efetividade dos direitos humanos do nascituro no âmbito dos Estados-membros. Essa imprecisão normativa tem levado a conflitos conceituais e doutrinários dentro das legislações fundamentais e infraconstitucionais, conforme veremos em momento oportuno.

## 2 REFLEXOS DOS DIREITOS HUMANOS DO NASCITURO A NÍVEL LEGISLATIVO

Conforme vimos, a imprecisão normativa dos direitos humanos do nascituro tem gerado reflexos nas legislações internas dos Estados-membros. Passemos a uma breve consideração desses reflexos com particular destaque para a legislação brasileira.

### 2.1 DEFINIÇÃO DE NASCITURO

Importa sublinhar que o termo nascituro, em sentido amplo, abrange o ser humano concebido (*in utero* ou *in vitro*) e também o concepturo, isto é, aquele que ainda não está concebido mas que se presume que venha a nascer de pessoa determinada (existe apenas *in mente Dei*). A título de exemplo, o Código Civil português, apesar de ser natalista, procede a essa distinção e concede direitos nos artigos 952.º (Doação a nascituros) e 2033.º (Princípios gerais). Inclusive, esta última disposição referida concede também capacidade testamentária e contratual ao nascituro não concebido. Todos estes direitos dependem do seu nascimento completo e com vida (artigo 66.º do mesmo Diploma Legal).

Como já foi referido, para efeitos da delimitação do presente trabalho, analisaremos apenas a temática do nascituro já concebido (*in utero*).

O nascituro representa uma figura jurídica complexa e envolto em grandes debates doutrinários. Delimitar seu conceito e entender seu papel enquanto elemento social ajudará na percepção dele enquanto sujeito de direitos.

Para VENOSA, o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento (2005, p. 153).

Para SILVA, nascituro é o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa (2006, p. 942).

Adriana MALUF o define como ser humano concebido e ainda não nascido (2010, p. 98). Em si, o conceito de nascituro não nos traz grandes dúvidas, tanto a Biologia quanto o Direito o delimitam da mesma forma. Assim, não há dúvida de que o ser gerado por dois seres humanos é um novo ser 'humano', por essa perspectiva seria dedutivo dizer que é titular de direitos humanos pelo simples fato de ser um exemplar da espécie.

Contudo, na prática essa lógica não tem sido tão simples. O principal impasse do nascituro na esfera jurídica é quanto ao seu enquadramento como pessoa de direito ou em expectativa de personalidade. Essa divergência doutrinária tem levado à formulação de posicionamentos diversos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

## **2.2 DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO**

Diferente da definição etimológica, a delimitação jurídica do nascituro ainda encontra alguns impasses. A falta de consenso em se considerar o nascituro enquanto pessoa de direito tem dividido a doutrina e a jurisprudência.

O debate conduziu os especialistas no assunto à proposição de diversas teorias. Entre elas, as que se destacam são a teoria natalista e a teoria concepcionista. Ambas tentam evidenciar o momento exato em que o nascituro passa a ser titular de direitos, incluindo aí os chamados direitos humanos.

Vejamos esses posicionamentos doutrinários.

### **2.2.1 TEORIA NATALISTA**

Para os doutrinadores clássicos, o novo ser humano passa a existir de fato com o nascimento completo e com vida, sendo esse o momento em que adquire a personalidade jurídica e passa a ser pessoa de fato e de direito. Dessa forma, segundo essa linha de pensamento, também definida como teoria natalista, o debate quanto à titularidade não está no ser em si, mas na expectativa jurídica envolta ao fato.

A teoria natalista segue o entendimento expresso no Código Civil brasileiro, que assim versa em seu artigo 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Esse entendimento também é aplicado em outras legislações, como exemplo o Código Civil português, que versa no artigo 66.º: 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. – 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

A legislação civil brasileira deixa a entender que os direitos que o nascituro tem estão condicionados ao seu nascimento com vida. Esse aspecto evidencia que nossa legislação adota como critério o nascimento como condição de se adquirir a personalidade jurídica, só assim o ser pode se considerar pessoa de direito.



A referida teoria encara que o nascituro possa ser considerado um ser humano em formação, contudo ainda não é pessoa para o direito. Assim, seguindo essa visão, não pode ser titular de direitos naturais. Silmara CHINELLATO assevera que o tema envolvendo o nascituro é pouco tratado no Brasil, mas enorme é sua importância, por relacionar-se diretamente com o direito à vida, e permear inúmeros questionamentos bioéticos (2009, p. 412).

Essa imprecisão doutrinária tem levado, segundo alguns autores, à banalização da vida intrauterina, em casos como o da realização de aborto permitido em lei e a profusão social de liberação do ato abortivo. Em defesa, os natalistas afirmam que a aplicação estrita da letra da lei visa garantir a segurança jurídica e a manutenção do Estado democrático de direito. Alegam ainda que o posicionamento legal do legislador do Código Civil de 2002 teve como objetivo a proteção de outros bens jurídicos, na medida em que se evitasse um descumprimento tácito da lei, colocando em descrédito o ordenamento jurídico nacional.

Seguindo essa visão, reflete-se na doutrina os seguintes entendimentos:

Na definição de Caio Mário da Silva PEREIRA (2015, p. 185): Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. [...]. Mas [...] **não se pode falar em “pessoa” do nascituro.** (Destaque nosso).

Marco Aurélio VIANA (1988, p. 5) versa que assume especial relevo a determinação do momento em que se configura **a vida do novo ser humano: ela se dá com a respiração com a presença de ar nos pulmões.** (Destaque nosso).

Essa manifestação infraconstitucional segue preceitos próprios, visto que a Constituição Federal não faz menção alguma sobre os direitos do nascituro. Em verdade, no entendimento constitucional, o ser humano passa ser sujeito de direitos após o nascimento. Fato que fica explícito com a manifestação de direitos fundamentais dirigidos ao ser em desenvolvimento e não ao ser intrauterino.

Vejam os citados artigos da Constituição:

**Art. 227** É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,** além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Destaque nosso).

A Lei nº 11.804/2008, lei de alimentos gravídicos, deixa claro em seu artigo 1º que tais alimentos são devidos à gestante. Ao elencar como credora a mãe em vez do nascituro, a legislação reforça o enraizamento do posicionamento natalista de nossa legislação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também não prevê uma proteção direta ao nascituro, contudo, alguns doutrinadores apontam o artigo 8º como uma proteção implícita ao concebido, vejamos: Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

Observadas as legislações, chegamos ao fato de que a própria Carta Internacional de Direitos Humanos também fora silente quanto ao reconhecimento do nascituro como ser humano. Tal fato dá margem a interpretações que levam a considerar o ser humano como o ser nascido com vida, excluindo da chamada família humana a figura do nascituro. Contudo, vimos que coube à jurisprudência o papel de mudar essa concepção.

Dessa forma, a visão do nascituro como mero produto da concepção tem gerado impasses jurídicos intensos quanto à outorga de direitos ao ser em formação. Vejamos o resultado desse posicionamento em decisões da justiça brasileira.

Um desses exemplos é o entendimento proferido no Acórdão da ADIN – Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510 de 2008, que tramitou junto ao STF, referente a pesquisas com células tronco, em que se debate, entre outros assuntos, o posicionamento legal do nascituro.

Assim:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

Evidencia-se que o posicionamento clássico da doutrina brasileira sobre o tema é o de que o nascituro, por não ser portador da personalidade jurídica, não pode ser considerado pessoa humana, sendo portador de uma expectativa de direitos. Dessa forma, a proteção jurídica do nascituro seria exercida como modo de proteção ao ser pós-nascimento, exemplo do direito à vida e de direitos patrimoniais.

## 2.2.2 TEORIA CONCEPCIONISTA

Em oposição à teoria natalista, está a teoria concepcionista, que busca reconhecer no nascituro um ser humano com personalidade jurídica plena. Por essa teoria, o nascimento

seria um mero ato biológico que não determina a transformação do nascituro em ser humano. Ao entender que a vida humana começa com a fecundação, deixa de lado a visão clássica de que é o nascimento o delimitador da personalidade jurídica.

Ao quebrar o velho paradigma do ‘nascimento completo e com vida’, a corrente concepcionista chama para si a responsabilidade de delinear um novo olhar sobre o nascituro. Passa a outorgar ao ser humano intrauterino os seus direitos de fato.

Assim:

Segundo a escola concepcionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica. Falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe a qualidade de “Pessoa”, porque, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito (SEMIÃO, p. 35).

Essa nova doutrina vem ganhando força não só no Brasil. Podemos destacar a defesa do nascituro como pessoa humana de fato e de direito com base em muitas doutrinas, dentre as quais merece destaque o posicionamento de Stela BARBAS, que defende que há vida e personalidade a partir da concepção. Acrescenta que do já denominado “nada biológico” – concepturo [...] passamos depois à pessoa – nascituro concebido. É a grande máxima de Tertuliano: “*homo est qui futurus est*”. (2007, p. 67).

Aduz ainda que o nascituro é um ser vivo, em cada momento do seu desenvolvimento, um ser distinto do útero onde se desenvolve. Desde a concepção até à velhice, é sempre o mesmo ser vivo que passa por diferentes etapas. As suas particularidades tornam-no único e insubstituível (BARBAS, p. 73).

António Pinheiro TORRES (2000, p. 26) versa que, como ser histórico, o homem reconhece um início com a concepção, o momento a partir do qual ele é referido, como alguém já existente: é “ele” que está no ventre da sua mãe.

O Supremo Tribunal de Justiça português inovou trazendo o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro e, por consequência, seu papel como pessoa natural ao proferir o Acórdão nº 436/07.6TBVRL.P1.S1. Essa decisão se embasou em vários posicionamentos de doutrinadores adeptos da Teoria Concepcionista, dos quais podemos destacar:

Pedro Pais de Vasconcelos (2006, p. 92):

O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.

Esse reconhecimento do nascituro enquanto pessoa é de suma importância para sedimentá-lo enquanto portador de direitos humanos. Podemos observar que a maioria dos debates sobre os direitos humanos do nascituro giram em torno, basicamente, do direito à vida e outras garantias atreladas a esse aspecto. Essa preocupação se justifica em atos como o aborto criminoso, situações que podem levar à banalização da vida humana intrauterina.

Contudo, apesar de o direito à vida ser um direito importante e o mais relevante dentre todos os catalogados, devemos lembrar que há outros direitos pessoais que merecem atenção e que sua aplicação ao nascituro é fundamental e gritante. O direito ao patrimônio genético é um deles. O direito de conhecer suas origens genéticas é apontado como um direito fundamental humano e que tem relação direta com a fertilização *in vitro* e os bancos de material reprodutivo.

Nesse aspecto versa Stela BARBAS (2007, p. 16): “O direito ao genoma pode ser configurado como um direito essencial da personalidade porque naturalmente é um direito originário que se adquire desde a concepção. É um direito inalienável, irrenunciável e imprescritível”.

Isso nos mostra que a doutrina e a jurisprudência representam um grande avanço no reconhecimento do nascituro como ser humano de fato. Para alguns autores, isso só ficará pacificado quando houver documentos mais específicos quanto ao assunto, permitindo que os direitos humanos e demais direitos do nascituro sejam exercidos em pé de igualdade com os seres já nascidos.

Dentro da legislação brasileira, temos o projeto de Lei nº 478/2007, que prevê criação do chamado estatuto do nascituro. Desde sua propositura, o referido projeto esteve envolto em polêmicas, muitas dessas responsáveis por sua não aprovação.

Em pauta há mais de uma década, o estatuto do nascituro prevê que seja dado ao ser concebido todos os direitos inerentes a qualquer ser humano, assim como delimita assuntos como estudo com células-tronco embrionárias e a proibição de todo tipo de aborto. Esse último quesito contradiz o artigo 128 do Código Penal, que permite o aborto em casos de crimes sexuais.

Segundo os propositores do projeto, essa questão seria sanada conforme o disposto no artigo 13, que versa: O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos: II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

Contudo, o artigo supra fora amplamente criticado por grupos de apoio aos direitos das mulheres, alegando grave agressão ao direito reprodutivo e à dignidade da gestante. Com isso,

as atenções se voltaram ao momento em que o ser concebido já seria um ser humano de fato dentro do ventre materno.

Em busca de uma resolução ao impasse, foram lançadas algumas teorias, conforme se seguem.

- Nem sequer o nascimento é condição para aquisição de personalidade jurídica (Teoria Utilitarista);

- Nascimento;

- Viabilidade Fetal;

- Organogénese;

- Nidação;

- Concepção.

Para maior desenvolvimento e análise crítica de cada uma destas teses, remetemos para BARBAS (2007, págs, 219-242 e 161-207).

Mesmo com todos esses posicionamentos acerca do nascituro, várias são as controvérsias judiciais que ainda se formam em torno de casos concretos. A falta de uma legislação específica e os inúmeros posicionamentos sobre a questão permitem que os direitos do nascituro, incluindo dos direitos humanos, fiquem a depender de demais posicionamentos.

Essa imprecisão jurídica é demonstrada por muitos como uma relutância em se reconhecer a titularidade do nascituro como ser humano, um verdadeiro atraso para o exercício da dignidade da pessoa humana do ser concebido *in utero* ou *in vitro*.

O reconhecimento do nascituro como pessoa humana e jurídica reforça o compromisso com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, ao proteger o ser intrauterino, está protegendo nada mais do que o próprio ser humano em formação. Negar o acesso do nascituro aos direitos humanos é uma afronta ao direito de igualdade e demais direitos correlatos.

Fábio COMPARATO aduz que a convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada à lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada (2003, p. 12). Nesse sentido, entendemos que o posicionamento concepcionista busca imprimir no ordenamento jurídico a necessidade de reconhecimento da humanidade do nascituro.

Para Christian de Paul de Barchifontaine, o embrião humano deve ser considerado como pessoa e pertencer à comunidade moral, não se reconhecendo, assim, nenhuma diferença de estatuto moral em relação aos diferentes estados de desenvolvimento humano (MALUF, p. 103). Essa busca pelo reconhecimento do nascituro enquanto pessoa humana e

titular de direitos deve ser uma constante em matéria de direitos humanos e fundamentais. Por ora, o que podemos observar é que, em muitos casos, o nascituro figura apenas como mero espectador de direitos.

## CONCLUSÃO

Vimos que o nascituro concebido carece de uma atenção jurídica especial no âmbito da legislação global. O mesmo ocorre com a legislação brasileira e portuguesa. Por mais que a doutrina tenha elencado o nascituro como ser portador de direitos, na prática ele ainda não é reconhecido totalmente como pessoa jurídica.

A falta de uma legislação específica para o nascituro põe em risco seu desenvolvimento social e humano, visto que pode levar à banalização da vida intrauterina. Questões envolvendo o aborto e a manipulação e consequente destruição de embriões evidenciam que os direitos humanos do nascituro, por vezes, não são levados a sério.

Por mais que haja a proteção da vida em alguns casos, o nascituro carece de direitos específicos, como o citado direito ao patrimônio genético. Reconhecer no ser em formação o ser humano que de fato ele é, é mais do que uma mera outorga de direitos, constitui uma afirmação da dignidade da pessoa humana em seu grau mais tenro.

A ausência de reconhecimento legal levou e levará a vários impasses jurídicos. A concretização de uma legislação específica permitirá mais agilidade na tutela de direitos do concebido, criando uma nova realidade à vida intrauterina. No âmbito nacional, a proposta de emenda constitucional nº 181 de 2015, que tutela o direito à vida desde a concepção, é uma dessas esperanças de reconhecimento pleno de direitos humanos e fundamentais ao nascituro.

O nascituro não pode mais ser considerado como um mero fruto da concepção, precisa ocupar seu papel de ser humano no seio dos direitos humanos e no Estado democrático de direito.

## REFERÊNCIAS

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do Genoma Humano**. Lisboa: Almedina, 2007.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Lisboa: Almedina, 2006.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto Jurídico do Nascituro: a Evolução do Direito Brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **A Pessoa Humana e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil Parte Geral**. São Paulo, Saraiva, 2010.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TORRES, António Maria M. Pinheiro. **Acerca dos Direitos de Personalidade**. Lisboa: Rei dos Livros, 2000.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Lisboa: Almedina, 2006.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil/ Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- VIANA, Marco Aurélio S. **Da Pessoa Natural**. São Paulo: Saraiva, 1988.