



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

SORAYA MEIRA CAVALCANTI

**DOS DIREITOS DO NASCITURO: há mitigação do direito à vida na busca pela
legalização do aborto?**

**JOÃO PESSOA
2023**

SORAYA MEIRA CAVALCANTI

**DOS DIREITOS DO NASCITURO: há mitigação do direito à vida na busca pela
legalização do aborto?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Marília Marques Rêgo Vilhena

**JOÃO PESSOA
2023**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C376d Cavalcanti, Soraya Meira.

Dos direitos do nascituro: há mitigação do direito à vida na busca pela legalização do aborto? / Soraya Meira Cavalcanti. - João Pessoa, 2023.

56 f.

Orientação: Marília Marques Rêgo Vilhena.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Nascituro. 2. Personalidade jurídica. 3. Aborto.
4. Direito à vida. I. Vilhena, Marília Marques Rêgo.
II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

SORAYA MEIRA CAVALCANTI

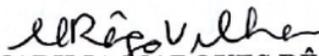
**DOS DIREITOS DO NASCITURO: há mitigação do direito à vida na busca pela
legalização do aborto?**

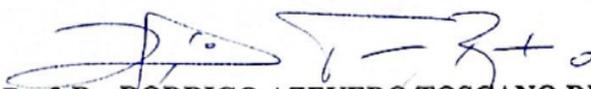
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

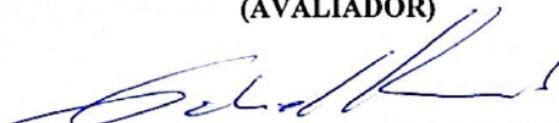
Orientadora: Dr.^a Marília Marques Rêgo Vilhena

DATA DA APROVAÇÃO: 07 DE Novembro DE 2023

BANCA EXAMINADORA:


Prof.^a Dr.^a MARILIA MARQUES RÊGO VILHENA
(ORIENTADORA)


Prof. Dr. RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO
(AVALIADOR)


Prof. Me. GABRIEL HONORATO DE CARVALHO
(AVALIADOR)

Ao Rei e ao Reino.

AGRADECIMENTOS

Ao Rei Eterno e imortal, invisível, mas real.

Aos meus irmãos na fé, à minha família, e à família da Igreja Batista de Tambaú, que me sustentou, em oração e encorajamento, nos dias em que meus pés não mais pareciam poder caminhar. Esse trabalho também é para vocês.

À Professora Marília Vilhena, que aceitou fazer parte de uma empreitada à encontro das últimas marés, dispondo-se à docência mais essencial: aquela que preza por um incansável exercício da busca e apreço pela verdade, sóbrio o bastante para não se deixar turvar aos deslindes que há muito deveriam estar sepultados no seio acadêmico.

Aos do Caminho, cujo sangue edificou o chão onde hoje eu piso, para que a Verdade ecoasse à eternidade.

Não sou nada mais que uma serva inútil, ansiando pavimentar o restante do chão me foi dado a pisar, para que um dia meus ouvidos escutem, pela Graça: "vem, serva boa e fiel" - e assim espero ardentemente.

"Tu, porém, permaneça em mim. Tu, porém, guarde
o que eu falei. Tu, porém, fortifica-te - é o bastante a
Graça que Eu deixei. Tu, porém, sê fiel até o fim.
[...] E se perder tudo que tu tens aí, se alegre então
por saber: Deus está aí!" (Tu, Porém – Marco Telles)

RESUMO

Todo aquele que propõe investigar da (in)existência de uma tutela jurídica ao nascituro, bem como seus limites, ou, diversamente, que busque analisar das (im)possibilidades à legalização do aborto voluntário, inevitavelmente debruçar-se-á sobre o intrincado conflito doutrinário em relação à teoria geral da personalidade. Surge uma tríade principal de correntes, cada uma fundamentada em interpretações hermenêuticas divergentes à disposição do art. 2º do Código Civil de 2002. Por essa razão, o presente trabalho divide-se em duas partes: a primeira, das delimitações que imperam no tocante ao debate que circuncide o nascituro e, eventualmente, o aborto, a fim de demonstrar que não se pode prescindir de um ponto de partida com relação àquele para, então, concluir ao que se refira deste, sob o risco de recair-se em omissão grave. Delimitar-se-á os pressupostos sobre os quais deve sustentar-se o debate, bem como as razões da adoção de uma perspectiva de análise normativa, hipotético-dedutiva, ao presente trabalho. A segunda parte cuidará de “inventariar” as disposições referentes ao nascituro no ordenamento jurídico pátrio, a fim de que se possa inferir, a partir das hipóteses que se levantam, qual a condição atual da tutela jurídica do nascituro, a partir da compreensão que o ordenamento é constituído por um todo sistemático, hierarquicamente organizado, normativamente prevenido (na medida do possível) às suas antinomias, apontando unificado – ou em unificação na mesma medida em que se constitui – para uma teleologia capaz de traduzir a *ratio* componente da (des)tutela jurídica que direcione ao nascituro. Só então é que se explicitará das principais correntes doutrinárias da atualidade, que versam do início da personalidade jurídica, expondo suas principais implicações. Conclui-se que, dentre as principais correntes, a concepcionista é a que mais se alinha à intenção sistemática da normatividade vigente, mas que as outras duas não deixam de, em suas respectivas formas, preocupar-se em garantir uma tutela jurídica ao nascituro – ou à sua situação jurídica.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade jurídica. Aborto. Direito à vida.

ABSTRACT

Anyone who would propose to investigate the (in)existence of legal protection towards the unborn child, as well as its limits, or, alternatively, who would seek to analyze the (im)possibilities of the legalization on voluntary abortion, will inevitably find itself facing the intricate doctrinal conflict regarding the theory of legal personality. A main triad of chain of thoughts emerges, each one based on a divergent hermeneutical interpretation towards the meaning of the second article of the Brazilian Civil Code of 2002. For this reason, this work is divided into two parts: the first discourses regarding the delimitations that may prevail within the debate that surrounds the unborn child and, eventually, abortion, aiming to demonstrate that none may prescind of a starting point in relation to the former, in order to conclude anything regarding the latter, at the risk of committing a serious omission. The assumptions on which the debate should be grounded in also will be defined, as well as the reasons for the choice to adopt a normative, hypothetical-deductive, analysis perspective to the present work. The second part will care to make an “inventory” of the legal provisions related to the unborn child in the national (Brazilian) legal system, so that, then, it may be inferred, based on the hypotheses that will arise, what is indeed the current condition to the legal protection of the unborn child. All, based on the understanding that the law is constituted by a systematic, hierarchically organized whole, normatively prevented (as far as possible) from its antinomies, pointing unified – or in unification to the same extent as it constitutes itself – to a teleology, which is capable to translate the *ratio* that composes the legal protection (or not) towards the unborn child. Only then, the main implications of the three chains of thoughts under the doctrine, which verses about the beginning of legal personality. will be explained. It concludes that, amongst the main currents, the “concepcionist” one aligns the most with the systematic intention of the current regulations, but also, the other two - in their respective ways- are concerned with the guarantee of a legal protection for the unborn child – or its “legal situation”.

Key-words: Unborn child. Legal personality. Abortion. Right to live.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CRFB - Constituição Da República Federativa Do Brasil

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

i.e. - *id est*

e.g. - *exempli gratia*

STF - Supremo Tribunal Federal

P-SOL - Partido Socialismo e Liberdade

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

art. - Artigo

arts. - Artigos

inc. - Inciso

n. - Número

p. - Página

pp. - Páginas

Cf. - Confira

CC/02 - Código Civil de 2002

CC/16 - Código Civil de 2016

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

c/c - cumulado com

§ - parágrafo

§§ - parágrafos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DELIMITAÇÕES DO OBJETO	13
2.1 DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	16
2.2 QUEM (OU O QUÊ) É O NASCITURO DE QUE SE FALA?	17
3 QUID IURIS?	19
3.1 INVENTARIANDO O ORDENAMENTO	19
3.1.1 DAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS	20
3.1.2 DAS PREVISÕES SUPRALEGAIS	23
3.1.3 DAS PREVISÕES INFRACONSTITUCIONAIS	27
3.1.3.1 DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	27
3.1.3.2 DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	29
3.1.3.3 DAS PREVISÕES EM LEGISLAÇÕES ESPARSAS	33
3.1.3.4 DAS PREVISÕES PENAIAS (AINDA VIGENTES)	34
4 SITUANDO (ALGUMAS DAS) CONTROVÉRSIAS	36
4.1 DA PESSOA, PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE	36
4.1.1 DA PESSOA E DA PERSONALIDADE	37
4.1.2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	38
4.1.3 DAS HIPÓTESES QUE SE LEVANTAM	39
4.1.4 DAS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	40
4.1.5 DO QUE SE AFIRMA AO NASCITURO	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

É, a mitigação do direito à vida do nascituro, face aos fundamentos arguidos em prol da legalização do aborto, uma ponderação razoável de direitos?

A partir deste (não tão frugal) questionamento é que se fundamenta (e delinea) a reflexão proposta por este trabalho. O qual, por sua vez, tem em sua natureza a espécie de "chamamento do feito à ordem"¹ naquele que é um extenso, inflamado e interdisciplinar debate, cuja impossibilidade de esgotamento (no presente feito) se tem plena ciência.

Ante iminente prolação de sentença terminativa ao mérito (desse debate)², as partes (infra e extramuros acadêmicos) foram provocadas em sua inércia a precederem das últimas produções probatórias à instrução. Podendo fazer-se valer, ainda (e em bom tom), de memoriais – cuja intenção, *auto descritiva*, é trazer à lembrança do julgador o cerne do que se está em causa (*na causa*).

O presente, pois, transitará entre disposições que compõem um "chamamento do feito à ordem", apontando (algumas) das incongruências que vêm sustentando o debate, e outras que figuram um "memorial" (ora direcionado ao leitor-juiz), visando relembrar a centralidade do que, efetivamente, compõe a matéria de direito em causa.

Frise-se, entretanto, que de maneira alguma arvora finalidade exaustiva à intenção *metaforicamente* aludida. Há, apenas, comedida expectativa à provocação de reflexões nodais, apontando-as outra vez, tal qual tantos outros juristas outrora (e com base em seus ombros).

Para tanto, cumpre retornar ao teor da pergunta inicial, para dela extrair as indagações que (imperativamente) se ramificam, a fim de estabelecer fronteiras delimitadoras ao objeto de estudo pretendido.

Precipuamente, só há que se falar da mitigação de um direito se este existir. Há, ao nascituro, direito à vida? Seria esse direito, de natureza tal, que legitime resistência oponível a outrem³, ao ponto de reivindicar juízo de ponderação ao aparente conflito?

Respostas para tais perguntas condicionam que se façam (ainda mais!) outras: afinal, *que*, ou *quem*, é o nascituro de que se fala?

¹ Data vênua ao uso do termo processualístico nesta seara.

² Aqui, entenda-se tanto em referência direta ao emprego metafórico dos termos processualísticos, como à iminência da Suprema Corte em concluir julgamento da matéria em sede de Repercussão Geral, ante recrudescente movimentação em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 442 (STF, 2017), colocada em pauta para julgamento. Ajuizada pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL), a ADPF 442 requer a declaração da não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, excluindo a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas da sua incidência (*ibidem*).

³ Primordialmente considerada a que se lhe empresta (?) o ventre.

Seria *nada, coisa (res)* ou categoria *sui generis*, estabelecida em um limbo que habita entre o cinzento do jurídico e do não jurídico? Se o for, nada teria, a reclamar para si, quiçá doutrem. Será? Todavia, se for pessoa, *quase* pessoa ou *expectativa* de pessoa, *quid iuris*⁴?

Apenas a depender das respostas alcançadas é que se poderá, então, falar de (imperativas) implicações à temática do aborto – afinal, não havendo o que se tutelar ao nascituro, ou tutelando-se em dimensões ínfimas, não subsistiriam óbices às pretensões abortivas. Do contrário, existindo a tutela que se aduz, impera realização da mais minuciosa análise aos (des)limites da autodeterminação feminina.

Há de se perceber que, apesar dessa multitude de questionamentos ascendidos de uma tentativa em não digressar-se à problemática primeva, estes não representam digressão alguma: em verdade, possibilitam a descoberta de uma sequência, hierarquia e dependência das questões umas às outras, às quais corresponderão as respostas prático-normativas interligadas (SOUSA, 1995) que se almeja inferir⁵.

Desta interligação, desencadear-se-á a logística estrutural do presente trabalho: em um primeiro momento, analisar-se-ão das (im)possibilidades à titularidade do nascituro ao direito à vida, à luz do ordenamento jurídico pátrio. O primeiro capítulo cuidará de fazer as delimitações iniciais ao tema (e das razões dessas delimitações), aportando ao recorte teórico escolhido.

Apresentada e justificada a perspectiva normativa deste trabalho, o segundo capítulo cuidará de "inventariar" o catálogo de direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, mediante explicitação das suas atuais previsões legais, expondo as principais implicações e controvérsias iniciais que podem ser extraídas.

Do panorama apresentado, escoar-se-á em um terceiro capítulo, de estrato mais teórico, que explicitará as questões centrais que circuncidam as principais perspectivas doutrinárias relativas à tutela jurídica do nascituro no ordenamento pátrio, sedimentando o leitor nesses embates. Por fim, arrematar-se-á o trabalho em suas considerações finais, explicitando as lacunas e as certezas que se levantam.

Ao longo de todo o trabalho metodologia utilizada será hipotético-dedutiva, tomando como ponto de partida as hipóteses que se levantam a partir da análise normativa do ordenamento brasileiro, que serão testadas e falseadas em todo o decorrer do debate, sempre

⁴ "Quê de direito se pode dizer neste caso?" (BRONZE, 2019, p. 17).

⁵ Respostas por ora simplistas, uma vez que, em sede de trabalho monográfico, muito mais intenta-se provocar o tema proposto, que exauri-lo (ante sua manifesta impossibilidade).

proposto com base em uma perspectiva zetética do tema (HENKES e CAVAGNOLI, 2015), provocando as reflexões que devem circuncidar os seus pressupostos.

2 DELIMITAÇÕES DO OBJETO

À problemática relativa ao objetivo central deste trabalho⁶, diversas perspectivas poderiam ser abordadas: a sociológica, filosófica, normativa ou até epistemológica (BRONZE, 2019). O direito é um fenômeno social, as questões relativas ao aborto inequivocamente também o são, logo, a adoção de uma perspectiva sociológica não restaria equivocada; ou, uma vez que a questão jurídica do nascituro perpassa os conceitos de pessoa e personalidade, seja para o direito ou transcendendo-o, questionar o sentido e os limites dessa jurisdição (SOUSA, 1995), tornaria imperativa a adoção de uma perspectiva filosófica sobre o tema, por exemplo. Veja-se que as opções são inúmeras, cada uma conclamando uma delimitação material completamente diversa ao objeto pretendido.

Por mais tentador que fosse o exercício de buscar reunir, em um só trabalho, todas as perspectivas sob as quais poderia ser analisada a problemática central, a impossibilidade de sua exaustão em sede monográfica torna imperiosa a delimitação de uma perspectiva e um objeto material de estudo, por mais limitativo e redutor que inicialmente pareça esse exercício (SOUSA, 1995). Nesse sentido, dos questionamentos hierarquicamente interligados, apresentados como objetivos específicos balizadores do presente trabalho, este capítulo buscará delimitar a perspectiva e os meios escolhidos àquele que constituirá seu objeto material de estudo: parte-se, precipuamente, da delimitação de um fundo de investigação específico, que balizará os pontos de partida, de chegada e da dialética do percurso utilizado (*ibidem*).

Usualmente, todo aquele que propõe debruçar-se à análise de uma (eventual?) tutela de direitos do nascituro ou, diversamente, das (im)possibilidades à legalização do Aborto, ainda que, *ab initio*, intente abordar cada problemática de forma isolada, inevitavelmente defrontar-se-á (ou assim o deveria fazer, ante a natureza do tema) com uma encruzilhada conceitual, reivindicadora absoluta de uma escolha: sobre qual referencial teórico pressupor-se-á o sustentáculo argumentativo a ser desenvolvido.

Explique-se: aqueles que intentam abordar um debate que verse das (i)legalidades à criminalização do aborto voluntário, no mais das vezes, fundamentam as posições que defendem com base, tão somente, nos direitos constitucionais femininos, no rol dos direitos reprodutivos, nas pressuposições de controle biopolítico sobre o corpo da mulher, nos números de abortos realizados ilegalmente ou de mortalidade feminina, evocando conceitos como de

⁶ Rememore-se: inferir se há, ao nascituro, direito à vida.

saúde pública e desproporcionalidade da criminalização do ato de abortar (e.g., NIELSSON, 2020; SANTOS, 2017).

A questão e a condição do nascituro, não raras as vezes, sequer é mencionada ou, quando o é, torna-se analisada apenas em seu plano de consequências (BOBBIO, 2006, *apud* DIAS, 2019), mas esquivam-se de considerar e fundamentar até as razões pelas quais o nascituro não deveria ser levado em conta na equação⁷. Não se pode, pois, pela mais simples lógica decorrente da natureza relativa ao tema do aborto, prescindir de um debate relativo também ao nascituro, sob risco de fundamentar-se toda uma veia teórica no mais arenoso e insustentável solo, por haver manifestamente ignorado regras basilares aos direitos humanos que, ironicamente, buscava-se sustentar.

Afinal, se há uma situação que comporte um "conflito de interesses entre dois sujeitos – a mulher e o feto", por que a decisão deveria ser remetida à análise das questões relativas apenas a uma das partes *in causa*: a vontade da mulher, sem nada manifestar-se sobre o nascituro (PALMARO, 1998, *apud* DIAS, 2019)?

Ou ainda, acreditando-se não haver dois sujeitos em causa, a exclusão do segundo também deve ser mencionada e justificada em seus termos (sendo isso possível), uma vez que a ausência de unanimidade doutrinária e ideológica, até, quanto ao tema, conclama um exercício dialético que não deixe margens à incompletude e parcialidade, omitindo-se quanto ao *potencial* outrem. Tal omissão, portanto, torna-se erro crasso, que eiva de vícios *formais e materiais* as afluições que têm sustentado o debate até aqui.

Por outro lado, aqueles que intentam debater sobre a primeira temática (da tutela jurídica do nascituro) ou dela não buscam prescindir, de plano se deparam com um empasse doutrinário que remonta desde antes dos idos do Código Civil de 1916 (CC/16) (ALMEIDA, 1988) e versa das - aparentemente infundáveis - controvérsias da personalidade civil do nascituro, atualmente centradas no impreciso teor do art. 2º CC/02⁸: se este seria, ou não, *pessoa* – na acepção jurídica do termo - e se, consecutivamente, teria, ou não, personalidade jurídica⁹. A depender, pois, do pressuposto conceitual adotado (ainda que implicitamente), usualmente

⁷ Nesse sentido, em artigo publicado no ano de 1988, ALMEIDA (pp. 181-182) já denunciava que o problema do aborto, majoritariamente defendida a sua liberação pelos teóricos do feminismo, juntamente com alguns penalistas, deveria sempre "ser acompanhado de uma reflexão quanto ao direito à vida, ou melhor, quanto ao direito de nascer, como direito privado da personalidade, o que não tem sido feito".

⁸ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁹ Capítulo mais adiante cuidará de explicitar os pormenores desse debate, mas cumpre por ora explicitar que, comumente, deságua na clássica divisão doutrinária tripartite (natalista, concepcionista ou da personalidade condicional) até então aparentemente excludentes uma à outra – ou absolutamente incomunicáveis.

se estabelece lente hermenêutica à problemática inicialmente delimitada, fazendo escoar os desencadeamentos normativos que lhe referem.

Compreendendo de plano a personalidade jurídica como a "susceptibilidade de ser titular de direitos ou obrigações" ou, ainda, a "personalidade física ou moral juridicamente tutelada" (SOUSA, 1995, p. 14), veja-se que, questionar sobre a titularidade de personalidade jurídica ao nascituro, consecutivamente corresponde questionar sua eventual titularidade à direitos – dentre eles, sendo o que aqui interessa, o direito à vida.

E esse direito à vida, que aqui também compreende o direito a nascer, a não ser deixado morrer, a ser mantido em vida e a sobreviver (BOBBIO, 1997, *apud* DIAS, 2019), conclama uma exaustiva análise civil-constitucional aos limites de sua titularidade, pois, sendo um direito fundamental ligado à dignidade humana¹⁰, se for analisado tão somente com base no que diz (ou haveria intentado dizer) um único dispositivo civilista¹¹, para deste – isoladamente – irradiarem os efeitos ao restante do ordenamento pátrio, incorre-se em grave risco de ignorar preceito basilar da sistematicidade teleológica em que se funda o ordenamento jurídico vigente, vendando os olhos (ou a compreensão) para o que, de fato, busca essa normatividade (des)dizer com relação ao nascituro.

Tal isolamento ao (atual) art. 2º CC/02 parece – no mais das vezes – ignorar que o ordenamento é constituído por um todo sistemático, hierarquicamente organizado, normativamente prevenido (na medida do possível) às suas antinomias, apontando unificado – ou em unificação na mesma medida em que se constitui – para uma teleologia capaz de traduzir a *ratio* componente da (des)tutela jurídica que direcione ao nascituro.

Em outras palavras, pode-se incorrer em manifesto equívoco quando se propõe partir, isoladamente, da análise de um único dispositivo – ou, nas mais das vezes, apenas de uma metade dele!¹² -, redigido da mesma forma desde o Código Civil de 1916¹³, para então inferir conclusão que irradie hermenêuticamente sobre o ordenamento (infra e constitucional). Razão pela qual há manifesta necessidade, em verdade, pela aplicação de uma interpretação

¹⁰ Aqui torna-se considerado como espécie integrante ao rol dos "direitos fundamentais da pessoa", "direitos humanos" ou "direitos da personalidade". Categorias, estas, que apesar de receberem nomenclaturas diferenciadas nos planos constitucional e infraconstitucional, para este fim e neste momento, podem ser aglomeradas a essa mesma essência de direitos do ser humano, em razão da sua própria condição (BITTAR, 2015).

¹¹ *i.e.*, o art. 2º CC/02.

¹² Referência direta à doutrina natalista, que opta por interpretar literalmente apenas a primeira parte do dispositivo, sobre a qual lança luz hermenêutica à segunda, já vista sob a óptica que primariamente se estabeleceu.

¹³ A não ser pela substituição da expressão "o homem" para "da pessoa" e inserção de vírgulas em "desde a concepção", a redação permanece: "Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

sistemática e teleológica ao ordenamento jurídico pátrio, compreendendo-o como um todo vigente, sem prescindir da axiologia que o formula¹⁴, a fim de que, efetivamente, possa ser extraído o bem societariamente relevante à (des)tutela do nascituro.

Faz-se mais do que necessário, portanto, o primeiro *chamamento do feito (acadêmico) à ordem*, destacando-se a necessidade de realinhamento às pressuposições ou fundamentações sobre as quais deve ser processado o feito do debate. Neste sentido e pelas razões até aqui explicitadas, delimitar-se-á a perspectiva ora adotada no presente trabalho à normativa: o ordenamento jurídico brasileiro, como um todo sistemático, será o objeto de análise do presente compondo o fundo de investigação específico que balizará a dialética interposta.

2.1 DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Considerando que o direito, em sua perspectiva normativa, é norma de dever-ser – e, por isso, padrão constitutivo da ação, em última análise, percebe-se que constitui o "fundamento normativo" que determinará a validade, ou invalidade, e licitude, ou ilicitude, dos comportamentos estabelecidos como societariamente relevantes (BRONZE, 2019, p. 14).

A ordem jurídica, por sua vez, pode ser entendida como experiência imediata do Direito e, consubstanciada no ordenamento normativo pátrio, atua naquilo que BRONZE (2019, p. 60 e ss.) classifica como um "princípio de ação" e "critério de sanção": como o primeiro, atua definindo os direitos subjetivos e valora judicativamente a licitude (ou ilicitude) dos comportamentos.

Como o segundo, critério de sanção, atua caracterizando-se nas sanções previstas, que são os meios que mobiliza para tornar eficazes as suas prescrições. BRONZE (2019) destaca, ainda, que não necessariamente estas sanções são negativas – devem ser entendidas como esses *meios* mobilizados pela norma ao seu cumprimento, sendo as medidas de coação¹⁵ uma das espécies em que, aquelas que são gênero, poderia categorizar.

Compreendendo essa classificação proposta pelo autor, pode-se inferir que de uma busca aos valores que teriam sido assumidos pelo ordenamento em fundamento às suas normas que atuam como um princípio de ação, poder-se-ia alcançar e explicitar o conjunto de referentes axiológicos em que essas se assentariam.

¹⁴ E, no mais, mantém-no válido e eficaz (BRONZE 2019).

¹⁵ Dentre estas, ainda, a criminalização de uma conduta, *i.e.*, seu delineamento pelos recortes do Direito Penal e as medidas de coação que dele decorrem.

Isto é, analisando se há normas que atuam como "princípio de ação" configurando titularidade de direitos subjetivos ao nascituro e, havendo-as, poder-se-ia explicitar o fundamento em que se assentam, extraído da própria medida em que titulam e de uma análise panorâmica, sistemática, da ordem jurídica pátria.

A partir deste exercício, consecutivamente (e, portanto, em um segundo momento), é que se tonar possível inferir das (i)legalidades em que estariam assentados os critérios de sanção estabelecidos pelo ordenamento. Critérios de sanção, como antes referido, aos quais se incluem os de coação - e, *in casu*, especificamente a atual criminalização do aborto voluntário. O segundo, pois, obrigatoriamente decorre do primeiro.

A presente proposta não reside na realização da análise do segundo plano (às medidas dos "critérios de sanção" penal atualmente previstas), mas sim do primeiro, relativo à investigação da (in)existência de critérios de ação normativos que se referem ao nascituro, tomando-o titular de direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, objetivar-se-á analisar tão somente da perspectiva civil-constitucional relativa ao nascituro, pressuposto às (in)sustentações da análise em segundo plano (penal), que, conforme demonstrado, não deve se debruçar ao tema sem antes considerar as questões relativas ao primeiro.

2.2 QUEM (OU O QUÊ) É O NASCITURO DE QUE SE FALA?

Em sede de delimitações ao objeto de estudo pretendido, que já não deixam de provocar reflexões ao tema, cumpre estabelecer quem (ou o quê)¹⁶ é o nascituro que se fala. Do latim *nasciturus*, significa "o que há de nascer" ou "o que deve nascer" (BERTI, 2023, p. 74) - o termo é usado para designar, em sentido amplo, o indivíduo ainda não nascido (*ibidem*). O termo, todavia, refere-se apenas ao ente "*in anima nobile*", ou seja, já concebido no ventre materno (ALMEIDA, 2004, pp. 90-91)¹⁷.

É, assim, termo utilizado pela linguagem jurídica pátria para indicar o ser concebido e não nascido, podendo designar, portanto, tanto o embrião, quanto o feto. O primeiro termo é

¹⁶ Veja-se que, até aqui, não se sabe da *personalidade* do nascituro para o ordenamento jurídico pátrio: se para esse é, ou não, considerado pessoa titular de direitos humanos, manifestamente o direito à vida. Por essa razão, há a possibilidade de que seja considerado um *quem*, dotado de personalidade, ou um *quê, res*, ente despersonalizado. Por ora, faz-se menção a ambos.

¹⁷ Não é o embrião pré-implantatório, que ALMEIDA (2004, p. 91) classifica como "pré-nascituro" e cuja discussão requer outros pressupostos, que não são objeto da presente análise, dela também havendo sido excluída nas delimitações que ora se explicitam.

expressão que melhor se adequa ao campo jurídico, enquanto os últimos, melhores se adaptam aos domínios das ciências da saúde e da natureza (BERTI, 2023).

Embrião (ente incluso no conceito abarcado pelo termo nascituro), significa "germe fecundado" (BERTI, 2023, p. 71) e é o produto da concepção em suas primeiras oito semanas. Detém um novo código genético, distinto dos seus genitores, que é formado em até 48h após a fecundação, "quando os pronúcleos condensaram todo o material cromossômico materno e paterno, formando um novo DNA" (HENKES e CAVAGNOLI, 2015, p. 130).

A nidação, ou implantação uterina do embrião se dá entre 6 e 7 dias após a fecundação (GOLDIM, 2007, *apud* HENKES e CAVAGNOLI, 2015). Até 14 (quatorze) dias após a fecundação, ocorre a integral individualização genética do embrião, não tendo mais potencial para se subdividir e gerar outro(s) indivíduo(s) gêmeo(s) - alguns autores consideram que a individualidade estrita teria início nesse momento (*ibidem*). Todavia, a essa consideração, contrapõe-se que "se a individualidade pressupõe a existência humana capaz de se autocontrolar", cumpre perceber que "esse autocontrole existe desde a formação da identidade genética/DNA" (HENKES e CAVAGNOLI, 2015, p.131), ocorrida desde a concepção (PEREIRA, 2002, *apud* HENKES e CAVAGNOLI, 2015).

Entre a terceira e quarta semana, iniciam-se os batimentos cardíacos do embrião. Na sexta semana, percebe-se uma aparência humana e os rudimentos dos órgãos. Em sete semanas, há senciência, verificada através de respostas reflexas à dor e à pressão. Com oito semanas, há registro de ondas eletroencefalográficas (tronco cerebral) (GOLDIM, 2007, *apud* HENKES e CAVAGNOLI, 2015). A transição entre o estágio embrionário e o fetal se dá por volta da oitava semana que se segue à fecundação (BERTI, 2023).

O feto, também incluso no conceito abarcado pelo termo "nascituro", se refere à fase do desenvolvimento intrauterino que vai do término da embrionária, até o nascimento - seria esse produto da concepção a partir do terceiro mês até o nascimento (*ibidem*). Nessa fase, com dez semanas, apresenta movimentos espontâneos. Com doze semanas, sua estrutura cerebral está completa (GOLDIM, 2007, *apud* HENKES e CAVAGNOLI, 2015) - e é até aqui, nesse período, que se postula pela liberalização do aborto voluntário, na ADPF 442 (STF, 2017).

Quê de direito, pois, se pode dizer desse nascituro? Pergunte-se às normas primeiro, então.

3 QUID IURIS?

Usualmente, inicia-se a análise da controvérsia normativa em relação ao nascituro por meio do art. 2º CC/02, que assim dispõe: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Entra em polvorosa, pois, a doutrina, contendendo para traduzir o que quis atribuir o legislador, ao nascituro, com tão imprecisamente técnica norma.

Parecem, as mais diversas proposições sobre o tema, comumente caminhar sob a impressão de que, mais de um século depois, incumbiria isoladamente *descamar* a intenção do legislador em relação ao nascituro, mediante laboriosa minúcia à escolha dos caracteres utilizados na norma. Esquece-se, porém, que os mesmos caracteres são utilizados desde o Código Civil de 1916, não havendo sofrido mudanças em 2002¹⁸. Quisera, o legislador, dizer a mesma coisa (ou estabelecer a mesma coisa) desde 1916, em relação à (des)tutela jurídica do nascituro?¹⁹

Em que pese saber-se que as teorias relativas ao início da personalidade jurídica nem sempre levam em conta tão somente o art. 2º CC/02, cumpre consignar que, em sua grande maioria, é desse dispositivo que irradiam as diversas visões que ascendem, numa tentativa secular de tentar desvendar o que, tão imprecisamente técnica, a norma quis dizer.

Como parte da proposta deste trabalho em analisar sistematicamente a (in)existência de direitos relativos ao nascituro, com enfoque no direito à vida (na medida em que esteia todos os demais), propõe-se uma inversão na ordem dos capítulos: primeiro, inventariar-se-á tudo o que o ordenamento dispõe com relação à figura do nascituro, para então apresentar as controvérsias que lhe circuncidam.

3.1 INVENTARIANDO O ORDENAMENTO

Tomando-se por empréstimo o termo de BERTI (2023), cumpre "inventariar" (p. 76), adiante, as previsões normativas do ordenamento jurídico pátrio que, ante sua condição de normas postas, referem-se diretamente ao nascituro. Por ora, cuidar-se-á apenas de expor um panorama geral dos critérios pré-objetivados no sistema jurídico (BRONZE, 2019) e das

¹⁸ Tão somente na medida anteriormente demonstrada.

¹⁹ Adicione-se: as questões relativas ao nascituro, desde 1916, ou ainda 2002, não são as de hoje. Como poderia Clóvis Beviláqua, por exemplo, imaginar uma era em que doutrinadores defenderiam a extensão de Direitos Fundamentais aos primatas (GORDILHO, 2008, *apud* DE PAULA ATAIDE JUNIOR, 2020), mas privá-los inequivocamente aos indivíduos (ou entes) dotados de carga genética humana (e tão somente humana)?

inferências mais imediatas que podem ser percebidas em relação à (des)tutela jurídica ao nascituro, provocando mais reflexões, na medida em que se expõem as lacunas (e as certezas) que já se levantam.

3.1.1 Das previsões constitucionais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que figura no topo da hierarquia normativa pátria como norma superior (HENKES e CAVAGNOLI, 2015), tem, como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)²⁰. Em seu rol de Direitos e Garantias Fundamentais, que é de aplicação imediata (§1º, art. 5º)²¹ e não exclui outros porventura previstos (§ 2º, art. 5º)²², estabelece inviolabilidade do direito à vida para todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*)²³ - e, esse último, é o ponto central, decorrente daqueles primeiros.

Apesar de dispor da proteção legal à vida, a norma constitucional não define o marco temporal a partir do qual deve iniciar-se a proteção que considera a inviolabilidade (ALMEIDA, 2004; BERTI, 2023; HENKES e CAVAGNOLI, 2015). Quem é a "pessoa humana" (art. 1º, III) ou o "todos", titulares dos direitos fundamentais, aos quais se inclui o direito à vida? Quando, pois, estabelece a norma constitucional, para que se inicie a tutela inviolável à vida?

Veja-se que, deliberadamente, a norma mantém-se silente com relação a essas questões - tão centrais. Cosecutivamente, não se manifesta ao início da personalidade civil, derogando, implícita e consecutivamente, ao ordenamento infraconstitucional o dever dessa definição (HENKES e CAVAGNOLI, 2015).

Em que pese a deliberada omissão constitucional, mais algumas disposições normativas, que relacionam-se diretamente ao nascituro, afetando-lhe em medida mais ou menos direta, cabem ser explicitadas: para ALMEIDA (2004), o inciso XXXVIII, d), do art. 5º²⁴, ao reconhecer a competência da instituição do júri para julgar os crimes dolosos contra a

²⁰ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

²¹ Art. 5º. [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²² Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

²⁴ XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

vida, dentre os quais *atualmente* se inclui o aborto voluntário, inequivocamente protegeria o nascituro.

Essa afirmação, todavia, tornar-se-ia fragilizada pelo fato de que as normas expressas no Código Penal Brasileiro (1940), por serem anteriores à promulgação do texto constitucional em vigor, podem não ser recepcionadas. É este, inclusive, o fundamento sobre o qual se desenvolve o pleito constante na ADPF 442 (STF, 2017). Não se consubstancia, portanto, em argumento bastante.

À mesma autora, ainda, as disposições do art. 6º, XVII²⁵, que assegura a licença à gestante, e os arts. 201, II²⁶ e 203, I²⁷, que têm a finalidade de proteger a mãe, também representam inequívocas proteções constitucionais ao nascituro (ALMEIDA, 2004). Todavia, veja-se que a norma faz referência direta à gestante, deixando em aberto se *intencionaria* (e aqui está o cerne teleológico da questão que se levanta) proteger, também, a figura do nascituro como um dos sujeitos dos direitos que arrola.

As disposições constitucionais, por mais abertas que sejam até aqui, continuam: HENKES e CAVAGNOLI (2015) destacam o disposto nos artigos 225, 226 e 227, CRFB/88, como formas de proteção constitucional ao nascituro:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo **para as presentes e futuras gerações.**

Art. 226. **A família**, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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. (grifos próprios)

Para essas autoras, nos termos do art. 225, o nascituro deve ser qualificado como geração presente (já que a futura estaria na categoria de *prole eventual*, que não configura o nascituro de que se fala), pois esse conceito englobaria "todas as pessoas, inclusive as

²⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

²⁶ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: II - proteção **à maternidade, especialmente à gestante** (grifo próprio).

²⁷ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, **à maternidade**, à infância, à adolescência e à velhice (grifo próprio).

concebidas, embora ainda não nascidas" (p. 139). Como forma de sustentar seu ponto de vista, argumentam que seria um contrassenso constitucional preocupar-se muito mais com o meio ambiente e sua preservação a proles eventuais (futuras gerações), mas tolher o direito a vida de um ente já concebido – que pressupõe o direito ao usufruto e preservação do meio ambiente, impondo dever de preservação ao Poder Público e à coletividade.

Em outras palavras, para as autoras, não há sentido em defender um direito ao meio ambiente para o nascituro e proles eventuais, sem defender o direito do qual esse decorre e constitui-lhe *conditio sine qua non* basilar: o direito à vida. Portanto, para HENKES e CAVAGNOLI (2015), o direito à vida tutelado ao nascituro estaria implícito a partir da própria disposição ao direito do meio ambiente.

Veja-se que esse não é um argumento absurdo, ou que pareça advir de uma *elástica* e inédita interpretação extensiva da norma constitucional²⁸: a mesma lógica de que *o acessório segue o principal*, i.e. o direito ao meio ambiente pressuporia a existência do direito à vida, fundamenta os pressupostos nos quais se assenta a doutrina animalista atual, justamente com fulcro no mesmo artigo, em seu inc. VII, §1º²⁹ (DE PAULA ATAIDE JUNIOR, 2020): para os animalistas, não haveria sentido em se proibir a crueldade contra coisas inanimadas, destituídas da capacidade de sentir dor ou de serem impactadas pela crueldade, sem considerar a senciência animal, que fundamentaria o próprio princípio da Dignidade Animal (*ibidem*, 2020).

Inclusive, é com base na compreensão da senciência animal, que grande parte da doutrina animalista milita por um redimensionamento jurídico infraconstitucional, afastando a concepção de que o animal é *res*, objeto da livre disposição humana (*ibidem*, 2020). O *Great Ape Project* (Projeto Grandes Primatas), por exemplo, liderado pelos filósofos Peter Singer e Paola Cavalieri, desde 1993 "postula a imediata extensão de direitos humanos para os grandes primatas" (GORDILHO, 2008, *apud* DE PAULA ATAIDE JUNIOR, 2020). Mas ao nascituro, cientificamente considerado senciência desde a sétima semana após sua concepção (GOLDIM, 2007, *apud* HENKES e CAVAGNOLI, 2015) questiona-se a extensão do direito à vida.

Em continuidade, as arts. 226 e 227, para HENKES e CAVAGNOLI (2015), ao estabelecer a família como base da sociedade e elencá-la a uma proteção especial do estado, assegurando a assistência na pessoa de cada um dos que a integram, estaria assegurando, por decorrência lógica, essa mesma proteção ao nascituro, que seria considerado integrante da entidade familiar constitucionalmente protegida.

²⁸ Que, rememore-se, deve ser interpretada extensivamente ao cumprimento dos direitos fundamentais que tutela.

²⁹ § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Todavia, pergunta-se: é o nascituro considerado pessoa integrante da entidade familiar? O §4º do artigo 226 (CF/88) parece nortear a resposta: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", mas provoca outra pergunta - afinal, o nascituro é considerado dentre os descendentes citados? E aqui, veja-se, a figura do descendente está relacionada à perspectiva constitucional, ligada à dignidade da pessoa humana, afastando-se, *ab initio*, da concepção patrimonial (que daquela decorre).

O ordenamento infraconstitucional, por sua vez, cuidará de responder este último questionamento, apontando as diretrizes normativas da consideração ou exclusão, normativas, do nascituro do seio familiar e sucessório (este último, tanto em termos existenciais da personalidade, quanto patrimoniais). Mas antes, na pirâmide hierárquica normativa brasileira, figura a próxima categoria analisada (aí localizada por criação e entendimento jurisprudencial): as previsões supralegais.

3.1.2 Das previsões supralegais

No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1 (São Paulo), o STF (2008), em sessão plenária, reconheceu por unanimidade a condição de supralegalidade normativa dos tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil, ante seu caráter especial que "lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna" (STF, 2008, p. 1191). Esse status de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, conseqüentemente, implicaria na inaplicabilidade da legislação infraconstitucional conflitante com os tratados daquela natureza, fosse ela anterior ou posterior ao ato de adesão (*ibidem*).

Estabeleceu-se, portanto, não somente o entendimento firmado da supralegalidade hierárquica desses tratados, como definiu-se parâmetros interpretativos em caso de antinomias entre as fontes normativas nacionais e internacionais ratificadas. Com esse entendimento, que permite, de forma didática, localizar *geograficamente* na pirâmide hierárquica normativa pátria os tratados que adiante explicitar-se-ão, pode-se apreender a importância que há em extrair-lhes, ao máximo, o que (des)dizem do nascituro. Para fins didáticos, mais uma vez, serão analisados seguindo a sequência de sua anterioridade e especificidade ao tema pretendido.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), ratificada sem reservas e promulgada sob forma do Decreto n. 99.710/90 (que inclusive, em seu art. 1º, determina a

execução e cumprimento daquela "tão inteiramente como nela se contém")³⁰, em referência direta à Declaração dos Direitos da Criança (1959 *apud* 1990), reconhece a necessidade da devida proteção legal e cuidados especiais à criança, "tanto *antes* quanto após o nascimento"³¹(grifo próprio) (BERTI, 2023).

Em seu Artigo 1, a Convenção (1990) considera como criança "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade"³², sem neste demarcar o que entende como marco jurídico inicial à condição de criança, para subsunção da sua norma. Todavia, o Artigo 2(1) parece nortear (impositivamente) ao aplicador do direito que o nascimento não pode ser considerado condição à aplicação dos seus enunciados, veja-se (grifo próprio):

Artigo 2. 1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, **sem distinção alguma, independentemente de** raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, **nascimento ou qualquer outra condição** da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

Nesse sentido, cumulando os dispositivos supra à determinação do Artigo 3(1)³³, parece poder inferir que, para Convenção (1990), uma vez que o nascimento não pode ser imposto como condição à aplicação dos seus enunciados à criança, a figura do nascituro resta englobada dentro do conceito de criança adotado. Consecutivamente, aplicar-se-ia o disposto no Artigo (6) – o "direito inerente à vida", assegurado "ao máximo" nas figuras de direito à sobrevivência e desenvolvimento da criança³⁴.

Essa interpretação, todavia, não se sustentaria com a solidez necessária, vez que o mesmo Artigo 3(2) determina que sejam "levados em consideração os direitos e deveres" dos pais, tutores ou pessoas responsáveis pela criança perante a lei, para tanto devendo ser "tomadas todas as medidas [...] adequadas"³⁵. Ou seja, à primeira vista, abre-se uma cláusula geral, que

³⁰ Art. 1º A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

³¹ Preâmbulo. [...] Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, 'a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, **tanto antes** quanto após seu nascimento' [...] (grifo próprio).

³² Artigo 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

³³ Artigo 3. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança** (grifo próprio).

³⁴ Artigo 6. 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

³⁵ Artigo 3. (2). Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras

aparenta permitir, aos Estados-Partes, a consideração do direito da autodeterminação feminina como justificativa legal de ponderação à cessação do direito à vida previsto ao nascituro. Tem-se margem às duas vertentes, de nenhuma podendo extrair-se certeza imediata, o que conclama continuidade ao exercício hermenêutico sistemático-normativo.

Para tanto, cumpre voltar a análise para outro Tratado que verse sobre a matéria, de igual hierarquia normativa³⁶: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica (1969)³⁷. Também ratificada sem reservas e promulgada sob o Decreto n. 678/92, estabelece preambularmente que "os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana"³⁸.

Para tanto, a fim de delimitar o que entende por "pessoa humana" titular desses "direitos essenciais do homem", estabelece que "para os efeitos desta Convenção, pessoa é *todo ser humano*" (Artigo 1(2))³⁹ e "*toda pessoa* tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica" (Artigo 3)⁴⁰ (grifos próprios). Todavia, ainda que seja fácil (nos dias de hoje) reconhecer sua aplicabilidade a todo aquele já nascido, considerando-lhe inequivocamente *pessoa* na aceção jurídica, recai-se na centralidade buscada desta análise: *quid iuris* ao nascituro?

O Pacto de São José da Costa Rica (1969), com relação ao nascituro, adota uma posição explícita - e, ao que se parece, específica às proteções que intenta estabelecer. *In verbis* (grifos próprios):

ARTIGO 1. (1). Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, **nascimento** ou qualquer outra condição social.

peças responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

³⁶ E que, portanto, deverá ser aplicável em caso de disposição mais específica, com fulcro no princípio da especificidade normativa.

³⁷ Esta Convenção, inclusive, figurou na paradigmática decisão do STF (2008) da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, cuja interpretação de seus dispositivos, à luz da CF/88, levou ao entendimento da ilegalidade da prisão civil de depositário infiel, afastando a norma infraconstitucional que a previa.

³⁸ PREÂMBULO. [...] Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

³⁹ ARTIGO 1. Obrigação de Respeitar os Direitos. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

⁴⁰ ARTIGO 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

ARTIGO 4. Direito à Vida. (1). **Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida.** Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...]

Veja-se que optou por reiterar o disposto no Artigo 2(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), vedando a discriminação pelo condicionamento do nascimento à garantia do livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos (Artigo 1(1), supra). Foi ainda mais além, estabelecendo explicitamente que o direito à vida de toda *pessoa* deve ser protegido, em geral, "desde o momento da concepção" (Artigo 4(1), supra) (HENKES e CAVAGNOLI, 2015).

Daqui, emerge a possibilidade de uma interpretação primeva: o Pacto (1969) reconhece que a personalidade, ou personalidade, jurídica deve *em geral* partir do momento da concepção. Essa disposição "em geral", todavia abriria margem, mais uma vez, a disposições diversas que se enquadrariam nas exceções que, indiretamente, a norma previu – ainda que não as descrevendo taxativamente.

Outra norma de proteção explícita e especial que deliberadamente confere ao nascituro exsurge no parágrafo 5 do mesmo artigo⁴¹, ao vedar imposição da pena de morte à mulher grávida, considerando não haver sido o bastante dispor das "meras" vedações de que tratou em seus parágrafos 3 e 4⁴² anteriores.

Continuamente, a fim de garantir máxima eficácia ao rol de direitos essenciais da pessoa humana que dispõe em seu todo, estabelece, em seu artigo 29, as normas de interpretação às suas disposições, vedando, na alínea (a), toda forma a supressão ou limitação em maior medida que prevista, ao gozo e *exercício* dos direitos e liberdades reconhecidos⁴³.

Far-se-ia parecer que o pêndulo da balança tenderia em favor do nascituro se não fosse a disposição de sua alínea (b), que também veda a "limitação ao gozo de qualquer direito ou liberdade"⁴⁴, cumulada ao artigo 7(2)⁴⁵, que se refere à liberdade física - naturalmente tutelando o direito feminino sobre o seu corpo.

⁴¹ ARTIGO 4. (5). Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

⁴² (3). Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. (4). Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

⁴³ ARTIGO 29. Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

⁴⁴ “[...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; [...]”.

⁴⁵ ARTIGO 7. Direito à Liberdade Pessoal. (2). Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Conclama, mais uma vez, não somente um juízo hermenêutico sobre todo o ordenamento, em um exercício contínuo que começa a parecer um *ad aeternum* jogo de transferência de responsabilidade legislativa ou judicativo-decisória sobre tão sensível matéria, como também começa a apontar, com mais clarividência, aos indícios da necessidade de um juízo de razoabilidade. Passa-se, portanto, às disposições infraconstitucionais, na esperança de que possam afunilar o debate.

3.1.3 Das previsões infraconstitucionais

Em continuidade hierárquico-normativa ao plano infraconstitucional do ordenamento pátrio, tem-se, primariamente, as disposições do Código Civil de 2002 (CC/02), que vão para muito além do seu art. 2^o⁴⁶, constituindo previsões que tocam tanto a seara de direitos extrapatrimoniais e patrimoniais (BERTI, 2023), adiante explicitados respectivamente.

3.1.3.1 Disposições do Código Civil de 2002

Para além do disposto em seu art. 2^o, o CC/02 reconhece ao nascituro sua condição de filho (HENKES e CAVAGNOLI, 2015) e seu direito irrevogável de ser reconhecido em seu art. 1.609, parágrafo único⁴⁷, cumulado com (c/c) o art. 1.610⁴⁸: "o reconhecimento pode preceder o nascimento *do filho*" (grifo próprio). É o que BERTI (2023) classifica como possibilidade de reconhecimento de "filiação *in utero*" (p. 76).

O nascituro pode, ainda, ser adotado: ao remeter às disposições da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, ou Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o art. 1.618 do CC/02⁴⁹ reconhece as previsões que daquela norma decorrerem, mais especificamente o disposto em seus arts. 13, §1^o⁵⁰, e 19-A⁵¹, mais adiante pormenorizadas, que estabelecem a possibilidade da aplicação desse instituto ao ente concebido, mas ainda não nascido.

⁴⁶ Previamente mencionado e mais adiante tendo-lhe um capítulo dedicado, em conjunto ao estado da arte às controvérsias doutrinárias que lhe circuncidam.

⁴⁷ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: [...]. Parágrafo único. **O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho** ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (grifo próprio).

⁴⁸ Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

⁴⁹ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n^o 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵⁰ Art. 13. [...] § 1^o-As **gestantes** ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude (grifo próprio).

⁵¹ Art. 19-A. A **gestante** ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, **antes** ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude (grifo próprio).

Aos filhos aplicam-se, dentre outras disposições, aquelas referentes ao Poder Familiar (Capítulo V, CC/02), competindo aos pais ou tutor(es) o seu pleno exercício (art. 1.633 c/c art. 1.634), nos termos do art. 1.630 e seguintes (ss.):

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...].

E, havendo o CC/02 elevado o nascituro à condição de filho, nos termos expostos supra, poder-se-ia inferir, como uma de suas consequências, a aplicação dessas normas àquele que figura o objeto central do presente estudo. O nascituro, ainda, está sujeito à curatela (art. 1.779) e tem direito à representação pelos pais (art. 542 c/c arts. 1.634, VII e 1.690), conforme dispõe a norma (HENKES e CAVAGNOLI, 2015):

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 542. A doação feita ao nascituro **valerá**, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: VII - **representá-los** judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; [...].

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, **representar os filhos menores** de dezesesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioria ou serem emancipados. (grifos próprios)

Por fim, explicita-se a previsão de direitos de natureza imediatamente patrimonial, como a capacidade de o nascituro ser donatário (vide no mesmo art. 542 supra) e herdeiro, vide art. 1.798 e ss., CC/02: "Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (grifo próprio) (BERTI, 2023; HENKES e CAVAGNOLI, 2015).

À luz de todo o exposto, em relação às disposições do Código Civil de 2002, pode-se inferir que o nascituro é explicitamente equiparado à figura do filho, sendo assim considerado. Por essa razão, também está inserido no seio familiar – o que remete, inicialmente, à proteção constitucional da família, explicitada anteriormente. Para HENKES e CAVAGNOLI (2015, p. 133), "Esses artigos demonstram a preocupação do legislador com a tutela dos direitos do

nascituro e mais, um respeito à sua qualidade ontológica, ensejando a qualificação de sujeito de direitos ao nascituro". Talvez seja cedo (ou não) para fazer essa afirmação relativa a qualificação do nascituro sujeito de direitos, pois ainda incumbe perceber o que as demais normas infraconstitucionais federais têm a dizer.

3.1.3.2 Disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.609/90, dispõe sobre a "proteção integral à criança e ao adolescente" (art. 1º)⁵² e explicita considerar como à criança que se refere, para seus efeitos, "pessoa até doze anos de idade incompletos" (art. 2º) (grifo próprio)⁵³. Em consonância à norma constitucional (1998) e à Convenção dos Direitos da Criança (1990), opta por, *ab initio*, não demarcar temporalmente quando começa a considerar a personalidade (mais uma vez, em sua aceção jurídica) da criança a que se refere. Estender-se-ia seu rol de "direitos fundamentais inerentes à pessoa humana" (art. 3º, *caput*)⁵⁴, também, ao nascituro?

Para alcançar esta resposta, conclama-se uma análise para além do seu art. 2º: em consonância à disposição das normas supralegais explicitadas supra⁵⁵, o parágrafo único do art. 3º, ECA (1990), veda a discriminação do nascimento como condição à aplicação dos direitos enunciados no Estatuto (grifo próprio):

Art. 3º. [...] Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei **aplicam-se a todas as crianças** e adolescentes, **sem discriminação de nascimento**, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (grifo próprio)

A norma infraconstitucional, pois, parece coadunar-se com a intenção explicitada pelas normas supralegais – o ordenamento começa a parecer como um todo em harmonia, denunciando relances daquilo que buscaria tutelar. Mas as disposições continuam tornando-se

⁵² Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁵³ Art. 2º Considera-se **criança**, para os efeitos desta Lei, a **pessoa até doze anos de idade incompletos**, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (grifo próprio).

⁵⁴ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁵⁵ Cf., novamente, Pacto de São José da Costa Rica (1969), art. 1(1) c/c Convenção dos Direitos da Criança (1990), art. 2.1, no tópico 3.1.2 deste trabalho.

ainda mais específicas. Nesse sentido, veja-se o que dispõe o art. 7º do Estatuto, inserido no Título II (que versa sobre os Direitos Fundamentais daqueles a quem a norma se destina), Capítulo I (especificamente "Do Direito à Vida e à Saúde"):

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que **permitam o nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (grifo próprio)

Uma primeira análise desse dispositivo permite extrair algumas das intenções e definições adotadas pelo legislador: veja-se que não há distinção entre a figura do nascituro e a da criança - esta liga-se intrinsecamente àquele, quando o seu nascimento é permitido. Para que se permita o nascimento do nascituro, imperiosa se torna a execução e *efetivação* de políticas *sociais* públicas, a fim de que seja assegurado o direito à vida. Parece não sobrar muita margem à uma interpretação distinta do fato de que a norma confere, intrinsecamente, ao nascituro – em razão da sua condição de pessoa e interligação à figura da criança, irrestritamente tutelada na previsão de seus direitos fundamentais - não somente o direito à vida, mas também de uma postura positiva do Estado, mediante a execução efetiva de políticas sociais públicas, para que isso se consubstancie.

Nesse sentido concorda-se com HENKES e CAVAGNOLI (2015, p. 136), ao afirmar que a disposição do art. 7º do Estatuto "[...] vem a somar no que concerne à proteção jurídica do nascituro, garantindo o direito 'à vida e à saúde' através da 'efetivação de políticas sociais públicas'" - e, adiciona-se: todo o restante desse Capítulo I, do Título II, composto pelos arts. 8º ao 14 e seus diversos parágrafos minuciosos, aparenta reforçar exatamente o que intencionou efetivar o dispositivo anterior: prevê-se extenso rol sobre as políticas de saúde e atendimento às gestantes. À título de exemplo, veja-se o que prevê o *caput* do art. 8º:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Em um primeiro momento, poder-se-ia tender a acreditar que o fato de esses dispositivos se referirem à gestante e suas políticas de atendimento, tão somente sobre essas recairia o direito que se prevê. Todavia, cumpre lembrar o que apontam as disposições preliminares do ECA: dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º), que gozarão de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º). Por qual razão, se não aquela voltada à própria eficácia do direito ao nascimento prevista no artigo 7º, ter-se-ia

tão extenso e pormenorizado rol que se referem às políticas públicas e sociais (!) sobre a gestação⁵⁶?

Esse dispositivo em debate, inclusive, foi inserido no ECA por meio da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, que explicitamente "dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância", estabelecendo "princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano", o que faz em consonância com os princípios e diretrizes do ECA (art. 1º)⁵⁷.

Dessa forma, uma simples análise sistemática do Estatuto, cumulada à sua *ratio*, fundamentada na tutela aos sujeitos específicos que descreve, conclama a percepção de que as disposições do direito à vida e a saúde, no rol dos seus direitos fundamentais, consideram também (e primariamente) o nascituro como sujeito dos direitos ali tutelados.

Mas as disposições dessa Lei Federal em relação ao nascituro não cessam aí: em consonância ao CC/02, seus arts. 25 a 27, *in verbis*, não somente lhe reconhecem o status de filho e, por consequência, de descendente que compõe o núcleo familiar (constitucionalmente tutelado!), como afirma que esse reconhecimento é direito "personalíssimo, indisponível e imprescritível":

Art. 25. **Entende-se por família** natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. [...]

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

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

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (grifos próprios)

Cumpra consignar, ainda, outra disposição que pormenoriza a tutela figurada ao nascituro no CC/02 - das possibilidades de adoção do ente (ou já sujeito?) por nascer, com fulcro nos arts. 13, *caput c/c* § 1º e 19-A do ECA, *in verbis*:

⁵⁶ E não somente ela (a gestação), mas também "ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral" (ECA, art. 8º).

⁵⁷ Art. 1º Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) [...].

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

§ 1º As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus **filhos** para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, **antes** ou logo após **o nascimento**, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude

É interessante perceber o teor do *caput* do art. 13, para então entender a intenção do que se dispõe em seu § 1º: em situações de suspeita ou confirmação de violência física, ou outros tratamentos que ponham em risco a vida, saúde e desenvolvimento da criança, previne-se a extensão desses danos ao nascituro mediante a possibilidade da adoção do *filho* (assim mesmo dispõe, mais uma vez, a norma) ainda no ventre materno. No mesmo sentido dispõe o artigo 19-A, dessa vez fazendo constar que em qualquer situação, não necessariamente de violência e maus-tratos, ter-se-á a adoção do *filho* antes do seu nascimento. Outra situação que reforça a condição do nascituro para o ECA, como filho e pessoa, reside no uso termo "bebê" para se lhe referir, em seu art. 14, § 3º:

Art. 14. [...] § 3º A atenção odontológica à criança terá função educativa protetiva e será prestada, inicialmente, antes de o bebê nascer, por meio de aconselhamento pré-natal, e, posteriormente, no sexto e no décimo segundo anos de vida, com orientações sobre saúde bucal. (grifo próprio)

Ao que parece, o próprio legislador não distinguiu as figuras do bebê, da criança e do nascituro, muito menos de filho, se lhes referindo de forma equânime como sujeitos de direitos⁵⁸. Está-se, portanto, diante de uma das mais explícitas e extensas previsões de tutela jurídica à preservação do direito à vida do nascituro, dentro do ordenamento jurídico pátrio.

O afunilamento normativo começa a ascender especificidades cada vez mais inequivocamente referidas ao ente cuja tutela jurídica almeja-se descobrir os limites: para o ECA, nascituro é filho (HENKES e CAVAGNOLI, 2015), titular de direito personalíssimo oponível a terceiros, componente do núcleo familiar – abre-se espaço, ainda, para que seja considerado também como a criança integralmente protegida que o é.

⁵⁸ Outro exemplo de equiparação entre a figura da criança e do nascituro está no § 5º do art. 19-A: "Após o **nascimento da criança**, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega" (grifo próprio).

3.1.3.3 Das previsões em legislações esparsas

Das disposições relativas ao nascituro, agora constantes em legislações esparsas da normativa infraconstitucional federal, cabe inequivocamente mencionar a Lei dos Alimentos Gravídicos Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que "disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido", além de outras providências.

Os "alimentos gravídicos" de que trata se referem à parcela das despesas que "devem ser custeadas pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos" (art. 2º, parágrafo único), compreendendo os valores tidos como suficientes para "cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto [...]" (art. 2º, *caput*)⁵⁹.

Todavia, ao que pareceria ser explicitamente relativo ao nascituro, põe-se em questão em razão do disposto no art. 1º dessa lei: "Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido" - ora, versariam os alimentos gravídicos apenas de um direito feminino? HENKES e CAVAGNOLI (2015) trazem um posicionamento interessante: garante-se à gestante o direito à alimentos, sim, mas esses são convertidos em benefício do nascituro. Assim, não há como dissociar a figura dos alimentos gravídicos da própria intencionalidade que tem sua previsão em direção ao ente já concebido, por nascer.

A norma define, ainda, que diante do simples *indício* de paternidade, o juiz poderá fixar alimentos gravídicos em favor da gestante, que "perdurarão até o nascimento da *criança*" (art. 6º, *caput*) (grifo próprio) e, após o nascimento com vida, convertem-se em pensão alimentícia em favor do menor (art. 6º, parágrafo único)⁶⁰. Há, mais uma vez, disposição legal infraconstitucional, federal, que se refere ao nascituro atribuindo-lhe a condição de *criança* ainda não nascida – naquilo que o constituinte tem esquivando-se de explicitar, o legislador

⁵⁹ Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

⁶⁰ Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

infraconstitucional parece deixar cada vez mais clarividente como enxerga, e deve enxergar, o ordenamento pátrio em direção ao nascituro.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento", estabelece a permissão legal à "disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento" (art. 1º)⁶¹, na forma prevista. Seu artigo 9º, § 7º, explicita uma vedação que aqui interessa ser levada em consideração: "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou **ao feto**" (grifo próprio).

Chega-se a um ponto (ou talvez já o tenha alcançado há tempos) que a norma não exige mais interpretações aprofundadas: veda-se a disposição do corpo feminino, a fim de que se preserve a vida do feto, *i.e.* o nascituro. Mas um ponto de partida interessante é lançado à reflexão - aqui, o nascituro não é visto como parte do corpo feminino, que dele pode dispor como quiser (e nem se precisou alcançar a norma penal para entrar nesta seara do debate) - uma limitação legal é imposta, com fins à preservação do nascimento desse ente concebido.

Estas são, portanto, algumas das legislações esparsas que se referem diretamente ao nascituro. Indiretamente, ainda, há quem afirme a possibilidade de o nascituro figurar como consumidor, em razão da disposição do art. 17 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990⁶² (HENKES e CAVAGNOLI, 2015), mas esse é um debate que permeia as questões relativas à capacidade processual do nascituro, envolvendo uma análise de precedentes judiciais que escapam ao escopo da presente discussão. Cabível, portanto, em um outro momento.

3.1.3.4 Das previsões penais (ainda vigentes)

Por fim, cumpre mencionar as disposições penais vigentes em relação ao nascituro. Conforme apresentado no capítulo anterior, uma vez que essas disposições estão sujeitas à análise da temática em um segundo plano, não figurarão parte do debate central deste trabalho, mas serão brevemente descritas com a finalidade de explicitar o que (ainda) se prevê em relação ao nascituro.

⁶¹ Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

⁶² Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), ao tratar "dos crimes contra a pessoa", e de modo mais específico, "dos crimes contra a vida" tipifica como crime: o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124)⁶³ e o aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126)⁶⁴. O art. 128, por sua vez, explicita as excludentes de punibilidade: o chamado "aborto necessário" e "aborto sentimental", quando praticados por médico por, respectivamente, não haver outro meio de salvar a vida da gestante (inc. I) ou se a gravidez resulta de estupro (inc. II)⁶⁵. Jurisprudencialmente, ainda, em sede da ADPF 54, o STF entendeu que a antecipação do parto em casos de anencefalia não configuraria crime de aborto, pois não haveria compatibilidade com a vida extrauterina, o que configuraria um justificado estado de necessidade da gestante (HENKES e CAVAGNOLI, 2015).

Frise-se, mais uma vez: das medidas de proporcionalidade da pena, ou não; das razões que circuncidam a norma penal; da (in)validade de sua previsão, ou da previsão das excludentes de ilicitude, não compõem objetivo primário da análise proposta, razão pela qual manter-se-á a discussão tão somente no primeiro plano, civil-constitucional, relativo ao direito à vida (ou não) do nascituro, cabendo essas reflexões para um outro momento, por exigirem estrutura complementar e que pressuponha as definições de primeiro plano que se até.

⁶³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

⁶⁴ Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁶⁵ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

4 SITUANDO (ALGUMAS DAS) CONTROVÉRSIAS

É muito comum que, ao falar-se da condição jurídica do nascituro e, obrigatoriamente, debruçar-se sobre uma das maiores controvérsias civilistas (talvez tão antiga quanto a própria discussão entre positivistas e naturalistas - inclusive porque, de parte dela, decorre), haja uma confusão entre os conceitos de pessoa, na acepção jurídica do termo, personalidade e direitos da personalidade. De fato, todos esses estão intrinsecamente interligados, por vezes entrelaçados em um difícil emaranhado conceitual que nem a própria doutrina consegue se desincumbir.

Todavia, é apenas mediante uma devida compreensão basilar de cada um desses institutos, seja na medida da consonância doutrinária, ou na ciência das dissidências que a cada um circuncidam, que se pode debater os limites da tutela jurídica relativa ao nascituro. Os direitos da personalidade advêm da própria ideia da personalidade jurídica, que, por sua vez, decorre imediatamente da acepção jurídica do conceito de pessoa (BITTAR, 2015; DINIZ, 2023). Ou seja, àqueles que o ordenamento reconhece como pessoa, em sua acepção jurídica, delimita sua personalidade jurídica, que então escoia, fundamenta, sustenta, o que seriam seus direitos da personalidade.

4.1 DA PESSOA, PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Veja-se a dificuldade em que se inicia o debate: que é pessoa, para o direito? Essa mesma acepção teve suas mais diversas variações ao longo dos séculos - e, como demonstrou-se, caminhou em paralelo às próprias concepções que a humanidade teve de si mesma, denegando personalidade jurídica às, hoje, classificadas como *pessoas* com deficiência, aos escravos, às mulheres e, em tempos nem tão longínquos, aos judeus. Como perceber, portanto, o que o direito, em sua constante mutação, diz sobre o que entende como pessoa *hoje*? Isto é, estende-se ao nascituro a condição de pessoa, ou não?

Desse impasse, partem as mais diversas produções acadêmicas, em todos os campos do saber, em um exercício polvoroso – tantas vezes aparentemente infrutífero - sobre qual a medida daquilo que poderia ser classificado como pessoa para o homem. Em verdade, pode o homem dizer qual a medida do próprio homem, sendo esse mesmo aquele que (historicamente) denegou-as aos que – hoje - são enxergados como humanamente óbvios e absolutamente inquestionáveis?

Qual deve ser a medida dessa definição? Genética? Filosófica? Moral? Social? Teológica? Racional, natural ou positiva? Pode o homem confiar no que ele diz sobre si próprio, delimitando suas medidas? O que a história nos diz sobre essa multimilenar tentativa de delimitação da personalidade? Ora, olhar para o presente, afirmando categoricamente – e sem temor algum dos precedentes históricos perpassados pela humanidade – quais as medidas daquela que deve ser considerada pessoa e, então, reconhecida a sua humanidade, é, talvez uma das medidas mais *irrefletidas* da atualidade.

Contudo, no presente, não cabem ser realizadas – em pormenores exaustivos – as análises que extrapolam a perspectiva normativa proposta, por mais que, reitere-se, seja um tentador exercício. Não se desincumbir de debater aqueles que são os próprios pressupostos em que se assenta o direito, é medida por ora ainda necessária – cabendo apenas provocar a atenção sobre a profundidade e complexidade dessa espinhosa, mas nodal, temática. Assim, o enfoque sobre a pergunta da personalidade – e da personalidade jurídica do nascituro, bem como de seus direitos (ou não) da personalidade – deve ser, mais uma vez, redirecionado à perspectiva estritamente normativa que se levanta.

4.1.1 Da pessoa e da personalidade

DINIZ (2023, p. 47) define *pessoa*, na acepção jurídica do termo, como sinônimo de sujeito de direito – este seria o sujeito "de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica [...]", "todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações"(p. 235). A personalidade jurídica, por sua vez, liga-se à ideia de pessoa, porque dela decorre: é a "aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações" (*ibidem*, p. 47). Portanto, apenas quem é considerado pessoa, em sua acepção jurídica, pode ser dotada de personalidade, que se distingue da capacidade – esta última seria a "medida jurídica da personalidade" (PEREIRA, 1977, *apud* DINIZ, 2023)⁶⁶.

Nesse sentido, cumpre compreender que a personalidade não é um direito, tornando-se equivocado afirmar que "o ser humano tem direito à personalidade", pois é ela própria quem "apoia os direitos e deveres que dela irradiam" (DINIZ, 2023). Os direitos da personalidade, por sua vez, seriam os direitos subjetivos da pessoa de defender aquilo que lhe é próprio, pois são "direitos comuns da existência" e por isso subjetivos "*excludendi alios*", ou

⁶⁶ Dessas acepções, por exemplo, advêm a própria ideia de incapazes, que precisam ser representados para a prática dos atos da vida civil, mas que não deixam de ter personalidade, pois desses não lhes é retirada a condição de pessoa.

seja, são os "direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial" (*ibidem*, p. 48).

Todavia, tenha-se ciência de quão espinhoso terreno se caminha, ao propor uma discussão que envolva questões relativas à tutela geral da personalidade - a divergência doutrinária varia da própria existência dos direitos da personalidade, ao seu conceito, natureza, extensão, especificação e, por óbvio, da própria fundamentação filosófica em que se poderia sustentar (BITTAR, 2015). E, em que pese as dificuldades relativas ao tema, algumas diretrizes básicas podem ainda ser explicitadas (*ibidem*), definindo os contornos necessários às questões analisadas no presente.

4.1.2 Dos direitos da personalidade

No entender de BITTAR (2015, p. 43), os direitos da personalidade devem ser compreendidos como aqueles próprios da pessoa em si e os referentes às projeções da pessoa, como ente moral e social, ao exterior:

Com efeito, esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são, de início, direitos intransmissíveis e indispensáveis, restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (Código Civil de 2002, art. 2º).

Dispõe, ainda, que suas características gerais e principiológicas seria a de direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como teria "assentado a melhor doutrina" (*ibidem*, p. 43). DINIZ (2023, p. 49) apresenta a classificação dos direitos da personalidade apresentada por Limongi França (*apud*), que assim seria formulada:

[...] os direitos da personalidade são direitos de defender: 1) *a integridade física*: a vida, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto [...]; 2) *a integridade intelectual*: a liberdade de pensamento [...], a autoria científica, artística, literária; 3) *a integridade moral*: a liberdade civil, política e religiosa, a honra [...], a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico e profissional [...], a imagem [...] e a identidade pessoal (CC, arts. 16, 17, 18 e 19), familiar e social.

Para o autor, o direito à vida estaria classificado dentro do direito à integridade física, categorizada como aspecto fundamental da personalidade. ALMEIDA (2004, p. 96), sugere uma classificação diversa da tripartite de Limongi França, deste autor "divergindo

apenas em parte – e não em substância -", em quatro categorias fundamentais, pois destaca o Direito à Vida como categoria autônoma, não mais integrante do Direito à Integridade Física, por entender sê-lo um "Direito condicionante, do qual dependem todos os demais".

Para BITTAR (2015), os direitos da personalidade e os direitos fundamental se reduzem a uma só noção: são "a primeira e fundamental categoria de bens da pessoa", diferenciando-se apenas com relação ao ângulo sob o qual são vistos – se de direito público, em um aspecto constitucional, ou se direito privado, no plano ordinário, onde recebem tratamentos próprios e diferenciados. Para o autor, portanto, "por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição" (p. 56). Entende que a manifestação desses direitos se dá desde o nascimento. Mas, para ele, esses direitos alcançam os nascituros "dentro da regra geral do atual Código Civil, que lhes reserva direitos desde a concepção (art. 2º)" (*ibidem*, p. 45).

Quanto à natureza jurídica desses direitos, a tese prevalecente na doutrina, explicita BITTAR (*ibidem*), tem sido aquela que, em consonância ao que dispõe DINIZ (2023), considera os direitos da personalidade como ínsitos na pessoa, em função da sua própria condição humana, revestindo-lhes do manto imediato da intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Nesse sentido, considerando que, normativamente, pessoa é todo ente suscetível de titular direitos e obrigações, é que se pergunta se, para o ordenamento pátrio *hoje* o nascituro é considerado *pessoa* ou não.

4.1.3 Das hipóteses que se levantam

Veja-se que algumas hipóteses podem, da norma, serem extraídas, denunciando o que vem a ser abarcado pelas outras perspectivas que a fundamentam: se o nascituro é considerado como pessoa, na acepção jurídica do termo, pelo ordenamento pátrio - hoje -, essa é uma condição que jamais pode-lhe ser retirada, em razão da natureza pétrea que lhe reveste a disposição da Constituição de 1988. Veda-se, em razão dessa natureza, a redução do seu rol de direitos fundamentais, inclusive mediante a promulgação de Emendas Constitucionais que viessem a intentar tal feito. Nesse sentido, DINIZ (2023, p. 48) afirma que "como todos os direitos da personalidade são tutelados em cláusula pétrea constitucional, não se extinguem pelo seu não uso, nem seria possível impor prazos para sua aquisição ou defesa".

É como se o direito, mesmo com todas as suas fragilidades, inconstâncias, mutabilidades e incertezas, buscase apontar à uma verdade imutável, ainda que na era da pós-verdade (mostrando a fragilidade desta perspectiva tendenciosa de prescindir de verdades

absolutas), sobre aquilo que já fora inequivocamente reconhecido como condição humana que deve ser tutelada em todas as esferas que lhe digam respeito - pela própria razão de que esse é o fundamento sobre o qual se assenta a ordem jurídica presente.

Ora, retirar ou diminuir o inequivocamente humano de sua dignidade humana inerente seria afrontar a própria ordem que nele se funda - é cláusula pétrea, é irreduzível, é uma medida de prevenção do homem contra o próprio homem, tendente a querer reduzir essa condição do outro, de tempos em tempos. Por essa razão, podendo-se inferir que, ao ordenamento, o nascituro *já* figura como pessoa - e por isso tem personalidade, bem como os direitos da personalidade que dela decorrem, esta condição se revestiria do manto da imutabilidade pétrea, sustentada pelo próprio fundamento da dignidade humana, o que conclamaría estritamente ponderado juízo às disposições que propusessem mitigar o direito sobre o qual se assentam todos os outros - o direito à vida.

É nesse ponto que a doutrina se divide, ainda mais - em que momento, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, adquire-se a personalidade jurídica, que torna o ente como sujeito de direitos e titular dos direitos da personalidade, oponíveis *erga omnes*? Pois, sendo considerado que o nascituro não detém personalidade jurídica, consecutivamente não deteria o direito fundamental (e personalíssimo) à vida, a fim de demandar de outrem sua preservação, em uma ponderação de direitos que possivelmente conclamaría a mitigação da autodeterminação feminina sobre o seu corpo durante o período da gravidez. Cumpre, portanto, analisar quais têm sido os posicionamentos - e controvérsias - relativos ao estudo da personalidade jurídica.

4.1.4 Das teorias sobre o início da personalidade jurídica

No Brasil, três correntes principais apontam quando se daria o início da personalidade jurídica do nascituro e qual o seu *status* no ordenamento pátrio: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista (ALMEIDA, 2004; FONSECA, 2005; PEREIRA e LARA, 2020), que acabam por interpretar diversamente o art. 2º do CC/02 (FONSECA, 2005). Adiante serão descritas as fundamentações centrais utilizadas por cada uma, bem como suas implicações mais imediatas com relação à perspectiva da *personalidade* jurídica do nascituro, ou não.

A primeira corrente (natalista), segue a literalidade da primeira parte do art. 2º CC/02 e, por isso, afirma que a personalidade civil tem início apenas no nascimento com vida - razão pela qual é condição *sine qua non* que o ente, para que obtenha *status* jurídico de

"pessoa" (e conseqüentemente intitule direitos da personalidade, dentre eles o direito à vida), realize troca ox carbônica⁶⁷ fora do corpo da mãe (PEREIRA e LARA, 2020).

Fundamentada na impossibilidade de haver direitos sem um sujeito a eles relacionados, a doutrina natalista, por compreender que a personalidade jurídica inequivocamente adquire-se apenas mediante o nascimento com vida, nega ao nascituro a personalidade (em sua acepção jurídica), razão pela qual este não poderia ser considerado titular de direitos da personalidade. Para essa corrente, as "hipóteses" previstas no Código Civil, com relação ao nascituro, seriam exaustivas e, por essa razão, este não poderia em tudo ser equiparado ao nascituro (PEREIRA e LARA, 2020).

Para ALMEIDA (2004), essa corrente acaba falhando em explicar o porquê de o mesmo artigo (de cuja interpretação literal se utiliza apenas na primeira parte), reconhece "direitos" e não "expectativas de direitos" ao nascituro. Mais ainda, por quais razões - e sob quais fundamentos - explicitamente atribuir-se-ia àqueles, ao longo do mesmo Código (sem mencionar as demais normas explicitadas supra), tão extenso rol de direitos. PEREIRA e LARA (2020), todavia, destacam que usualmente, fundamenta-se a posição natalista, no tocante a segunda parte do dispositivo normativo referido, na mera proteção do que seriam *expectativas* de direito que o nascituro *poderia* vir a titularizar se (e somente se) nascido com vida. Mas seria, essa mera expectativa, o bastante?

Para esses autores, que adotam a perspectiva natalista, qualquer tentativa de reconhecer o nascituro como pessoa estaria desconsiderando, por completo, a primeira parte do art. 2º do CC/02, pois a codificação haveria deixado claro o início da personalidade civil apenas com o nascimento com vida, tornando-se inadequado "afirmar a sua existência em período anterior ao marco inicial erigido pela lei" (p. 33).

A segunda corrente, da personalidade condicional⁶⁸, estabelece o nascimento como uma condição suspensiva ao reconhecimento da personalidade do nascituro, que a deteria desde a concepção (ALMEIDA, 2004). Dentre seus defensores, estão Clóvis Bevilacqua (*ibidem*), Washington de Barros Monteiro e Carlos Roberto Gonçalves (PEREIRA E LARA, 2020). ALMEIDA (2004) afirma que essa corrente se aproxima da teoria concepcionista, enquanto PEREIRA E LARA (2020) usam os mesmos pressupostos em que se sustentaria a corrente para afirmar sua proximidade à tendência natalista.

A teoria da personalidade condicional, portanto, considera o nascituro como titular de direitos, mas estes ficariam suspensos até que a personalidade fosse testificada mediante o

⁶⁷ Atestada pela docimasia pulmonar hidrostática de Galeno (PEREIRA E LARA, 2020).

⁶⁸ Ou, ainda, teoria condicionalista ou da personalidade condicionada (PEREIRA E LARA, 2020).

nascimento com vida. Esta seria a corrente adotada por Clóvis Bevilácqua em seu Projeto de Código Civil (ALMEIDA 2004). Atualmente, fundamentar-se-ia a condição suspensiva desses direitos com base no art. 130 do CC/02: "Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo".

Perceba-se, nesse sentido, que o art. 130, CC/02, dispõe permissivamente a realização de atos à conservação dos direitos eventualmente suspensos. Ou seja, não haveria imposição legal *maxime* à preservação do direito à vida do nascituro, uma vez que este ainda não se consubstanciara – e, quando ponderado em relação à consubstanciada autodeterminação feminina, não seria o bastante para subsistir. AGUIAR (2017, p. 29) levanta uma ressalva que impõe reflexão ao posicionamento "intermediário" dessa corrente, que é a mais recente:

A tese condicionalista possui tamanha ambiguidade, que, se o indivíduo nascer com vida, esta terá os mesmos efeitos da teoria concepcionista, todavia, se o nascituro for um natimorto, terá as mesmas implicações da teoria natalista, demonstrando assim uma tentativa de equilíbrio, mas que, infelizmente, beira a contradição. A tese em apreço não assume um posicionamento concreto sobre qual o momento em que se inicia a personalidade jurídica, pois se reconhecesse desde a concepção, atribuiria direitos concretos, e não virtuais ao nascituro. Se é pessoa, qual a razão na suspensão destes direitos? Não há justificativa que chegue a uma ideia lógica.

A terceira corrente, por fim, é a concepcionista: seus defensores sustentam que a personalidade do nascituro teria início desde a concepção, ao considerar que muitos dos direitos que titula não dependem do nascimento com vida, permanecendo apenas certos efeitos de certos direitos (*e.g.*, dos direitos patrimoniais), condicionados ao nascimento com vida (ALMEIDA, 2004).

Para esta autora (p. 93), o dispositivo do Código Civil "nascimento com vida" deve ser entendido como "enunciado negativo de uma condição resolutiva [de direito], isto é, o nascimento sem vida"⁶⁹, justamente em razão da segunda parte da norma, que prevê direitos (e não mera expectativa de direitos) ao nascituro (logo, desde sua concepção). Assim, entende que:

O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutiva.

⁶⁹ Ao lugar da compreensão da norma como um "enunciado positivo de condição suspensiva", dever-se-ia entendê-la ao reverso, como condição resolutiva (*ibidem*, p. 93).

Questiona-se, portanto, à luz de todo o exposto, qual seria a corrente que mais se aproxima do que o ordenamento vigente quis tutelar em relação ao nascituro. Para isso, veja-se, adiante, algumas das implicações imediatas que cada uma delas lhe concebem.

4.1.5 Do que se afirma ao nascituro

Em um primeiro momento, pode haver a impressão de que apenas a teoria concepcionista confere ao nascituro uma categoria de direitos que detêm oponibilidade *erga omnes*. Apesar de acreditar-se que esta, de fato, é a corrente que mais se adequa à intencionalidade do ordenamento como um todo – em razão do explicitado no capítulo anterior –, pois conclama um exercício interpretativo sistemático, com fulcro no direcionamento hermenêutico constitucional e supralegal, afastando-se de uma perspectiva que se propõe a limitar a tutela jurídica do nascituro em razão da literalidade de uma *parte* de um dispositivo, em oposição a todo o demais que fora inventariado. Afirmam os autores, PEREIRA e LARA (2020), que a concepção natalista seria a mais adequada em relação ao que dispõe o Código Civil, pois, ao seu ver:

[...] qualquer tentativa de reconhecer o nascituro como pessoa desconsidera por completo a primeira parte do art. 2º do Código Civil. Se a codificação deixa claro que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, não se mostra adequado afirmar a sua existência em período anterior ao marco inicial erigido pela lei. As teorias concepcionistas são, portanto, bastante questionáveis quanto aos limites hermenêuticos que balizam as suas construções.

É interessante que esse argumento explicita, justamente, em mais se fundamenta a concepção natalista, conforme já explicitado anteriormente: tão somente na irradiação absoluta dos efeitos relacionados à disposição da primeira parte do art. 2º, CC/02, sobre todo o restante do ordenamento pátrio. Prescinde-se, aqui, de uma análise pormenorizada em, justamente, ao que se propôs no decorrer deste trabalho – sobre o *todo* normativo. A concepção do estrito positivismo literal, todavia, ficou para trás, nos idos napoleônicos.

É exatamente por essa razão, a tendência das principais correntes doutrinárias se digladiarem apenas com base em um único dispositivo, ignorando sistematicamente o restante normativo que poderia, por sua vez, aportar à teleologia da norma como um *todo* coeso, que se optou por inverter a ordem deste trabalho, baseado em uma perspectiva hipotético-dedutiva – primeiro, apresenta-se o panorama normativo, para dele mesmo extrair o que se quer dizer, inferindo-o mediante as disposições no todo ordenadas.

Não obstante, ainda que a teoria concepcionista mais se aproxime, portanto, do que fora explicitado até então - desde já norteando em que sentido delinear-se-á as inferências hipotéticas em sede de considerações finais do presente trabalho, há que se destacar que, nem a teoria natalista, nem a da personalidade condicional, deixam de intentar tutelar um rol de direitos ao nascituro que conclame a oponibilidade *erga omnes* com fins de preservar a vida do nascituro – seja tendo-a como uma mera expectativa de direito, ou como "situação jurídica" (PEREIRA e LARA, 2020, p. 41), passível de preservação.

Assim, a própria doutrina natalista, em que pese a manifesta discordância que se tem no presente para com os seus pressupostos, cuida de apresentar alternativas ao seu entendimento de ausência de personalidade jurídica ao nascituro, propondo uma espécie de "terceira via", no seguinte sentido:

No tocante à segunda parte do referido dispositivo [art. 2º, CC/02], entende-se possível explicá-la a partir da noção de situação jurídica, a qual permite a tutela de interesses jurídicos por parte do ordenamento, dispensando a intersubjetividade. Desse modo, quando o ordenamento jurídico faz referência a direitos do nascituro, trata-se de uma proteção assentada em uma situação, isto é, em “um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico”.

Fazendo uso do conceito de "situação jurídica", alinha-se ao posicionamento de que o sujeito não constitui elemento essencial à existência dessa situação, o que permitiria a tutela dessas situações pelo ordenamento, apesar da ausência de um titular (PERLINGIERI, 1999, *apud* PEREIRA e LARA, 2020).

Aqui, afasta-se, portanto, da concepção condicionalista, que se funda na *expectativa* de direitos, mediante uma condição suspensiva – que, conforme alhures, não tem a solidez necessária à oposição *erga omnes* em um juízo de ponderação - e atém-se ao conceito de "situação jurídica do nascituro" (p.38), como um conjunto de relevante de *interesses* a serem tutelados, ainda que sem titulares, o que serviria de apoio à proteção de "conjunturas" merecedoras de tutela.

Por essa razão, apontam que, com fundamento na ideia de uma desnecessidade ao reconhecimento do nascituro como pessoa, "para que se efetive a sua proteção em consonância com outros dispositivos normativos" (p. 40), por não se tratar (em sua concepção) de um sujeito de direitos, essa proteção se daria quando o legislador, normativamente, haveria reconhecido esse "centro de interesses" como passível de proteção. Assim, concluem os autores que:

[...] defender que nascituro não é pessoa não equivale a defender que ele não mereça tutela e proteção por parte do direito, nem mesmo leva, necessariamente, à defesa da descriminalização do aborto, como pensam muitos incautos. O embrião e o feto

são seres da espécie humana, estão vivos e são pessoas em potencial, fazendo jus à proteção específica por parte do ordenamento jurídico, como garante a segunda parte do art. 2º do Código Civil. Contudo, essa proteção não será enquanto titulares de direitos, sujeitos de direitos subjetivos. [...] A proteção do nascituro deve ser operada a partir de uma lógica de situação jurídica, em que interesses merecedores de tutela são protegidos pelo ordenamento jurídico independentemente da existência de um sujeito. (grifo próprio)

Ao fim, veja-se que, conforme explicitado pelos autores, nem mesmo a defesa da concepção natalista (por mais que dela por ora se discorde) é capaz de desproteger o nascituro, implicando, necessariamente, à defesa da descriminalização do aborto. Nesse sentido, reconhecem que, em algumas situações, "o resultado prático alcançado seja o mesmo de outras teorias" (p. 41), prezando apenas pelo que compreendem ser a melhor forma de extrair-se da norma, hermeneuticamente, sua disposição ao nascituro.

Em suma, à luz de todo o exposto, ainda que não se concorde com alguns dos pressupostos em que as demais correntes se sustentam, todas elas, em alguma medida, não se escamoteiam de encontrar articulações jurídicas e argumentativas sobre as formas que não se pode prescindir de uma tutela jurídica ao nascituro – inequivocamente, a este se confere alguma forma de tutela, a fim de que nasça com vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

"Há, ao nascituro, direito à vida?" - é retomando a pergunta inicial, que se evocam as considerações finais que deste trabalho conclamam, adiante pormenorizadas. À luz de todo o exposto, seja das justificativas às delimitações adotadas, da *inventariação* normativa ou das controvérsias que se sustêm, exsurge uma última pergunta – cuja resposta desta não se propõe, mas apenas a reflexão que infere: se o nascituro pudesse falar à academia, o que diria?

Se, por uma eventual bonança biológica, esse *misterioso* ente (jurídico, filosófico ou biológico, em qualquer de suas perspectivas) pudesse dizer se *quer* viver, estar-se-ia discutindo, hoje, sobre a existência do seu direito à vida, ou apenas se escolheria continuar a lutar para tolher a voz de quem, separado do mundo (e, aparentemente, de sua condição humana) por uma camada de tecidos envolventes à placenta, é incapaz de expressar-se por completo? Como pode, parte dessa mesma academia, defender o que entende pela irrazoabilidade de uma norma sancionatória, sem sequer levar em consideração todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica proposta à mais profunda análise dissecatória constitucional?

Todavia, não são todos que se escamoteiam à menção do nascituro, nem exsurgem as perguntas supra a partir de um emocionalismo que porventura permearia as considerações finais deste trabalho, mas sim de um contraponto às afirmações de NIELSSON (2020, p. 895), *in verbis*:

Quando o útero deixa de ser apenas uma possibilidade reprodutiva para abrigar um feto, este passa à compor os discursos que constituem a reprodutividade enquanto dispositivo: este passa a ser apresentado como uma criança por nascer [...] permitindo a exigência de participação de uma humanidade abstrata, **que fala em nome de alguém que não tem voz nem palavra**" (grifo próprio).

Para além do manifesto pressuposto que parece condicionar a natureza humana apenas aos que detêm voz ou palavra – o que coloca à margem desse conceito as pessoas com deficiência que não detenham tais instrumentos de condicionalidade ao alcance da personalidade, como a autora estabeleceu – em razão de tal categórica afirmação, contrapõe-se a pergunta que inaugurou estas considerações finais: e se esse ente, que *por ora* não tem “voz nem palavra”, pudesse falar – ainda que por meio do instituto da representação que ora se faz, o que diria?

O nascituro, no mais das vezes, é visto como um bode expiatório às soluções buscadas em resposta ao diagnóstico do patriarcalismo, mal comum da humanidade diagnosticado por parcela da doutrina feminista (*e.g.*, a autora supra). Não diferentemente das posturas eugênicas

nazistas⁷⁰, defende-se o totalitarismo de uma perspectiva que, ao fim, resulta no assassinato, ideológico e literal, daquele que está por nascer. Assim, sob o risco de incorrer-se no mais manifesto equívoco, explicitou-se as razões pelas quais não se pode prescindir de uma análise à tutela jurídica do nascituro, fundamentando-se em um posicionamento que lhe refira, a fim de, só então, manifestar-se das (ir)razoabilidades da norma sancionatória.

Em sede de delimitações no primeiro capítulo, ainda, expôs-se as razões da perspectiva civil-constitucional do presente trabalho, construído sobre uma análise normativa do ordenamento jurídico pátrio apenas no que se refere ao nascituro. Nascituro, este, que corresponde àquele que há de nascer, abarcando as figuras do embrião e do feto – sendo justamente nesse período, onde já apresenta batimentos cardíacos, rudimentos dos órgãos, tronco cerebral, senciência, movimentos espontâneos e estrutura cerebral completa, sem falar da carga genética individualizada desde a concepção, cuja liberalização ao seu aborto é pleiteado em sede da ADPF 442.

Alevantou-se, também, uma aparente incongruência: a mesma comunidade jurídica que se esforça ativamente para reconhecer a extensão do rol da dignidade dos direitos fundamentais aos grandes primatas, pela sua suposta similaridade genética e mental com os seres humanos (GORDILHO, 2008, *apud* DE PAULA ATAIDE JUNIOR, 2020), ativamente se utiliza das mais diversas dúvidas, refinadas em retóricas cada vez mais rebuscadas, para conseguir evitar a afirmação (do que se manifestou óbvio) ao nascituro - sua condição de personalidade humana, em contínuo desenvolvimento. Quando não o faz ativamente, se omite.

Ao mesmo tempo, a academia – *academicamente* - se digladia para saber se um feto de doze semanas, composto por material genético estritamente humano e individualizado, do qual não poderia sair um primata – e, segundo o andamento do rito que se lhe refere, parece que lhe seria melhor se essa probabilidade fosse consubstanciada em seu “favor” -, teria direito à vida, *i.e.*, também a nascer.

Feitas devidas delimitações do fundo de investigação específico, à estas adicionadas as considerações finais supra, inventariou-se o ordenamento no segundo capítulo. À luz de todo o exposto, vislumbra-se a possibilidade de ao menos concluir que, quanto mais se tende olhar

⁷⁰ Aqui faz-se referência direta às pesquisas que demonstraram a diminuição significativa de nascimento de bebês com Síndrome de Down na Europa que, ao ser diagnosticada no início da gravidez, têm apresentado até 83% de abortamentos após o diagnóstico, corroborando à redução na proporção de nascimento de bebês com esta Síndrome, entre 1980 e 2000, à taxa de 800 para 1, conforme demonstra matéria na BBC News Brasil (2023). Essa, talvez, seja uma postura eugênica de eficácia alinhada ao arianismo hitleriano (cujas condições não se comparam, mas são citadas à título de exemplo), uma vez que os restos mortais de suas vítimas não são descartados e enterrados amontoados em grandes valas, mas pequenas lixeiras biológicas, que têm passado imperceptíveis ao olho nu.

isoladamente à primeira metade da disposição do art. 2º, CC/02, insistindo-se em ater o debate civil-constitucional como, tão somente, estrito à sua literalidade, mais se adota uma hermenêutica míope sobre o tema.

A perspectiva civil-constitucional que estrutura o ordenamento vigente conclama a adoção de uma análise sistemática desse que é hierarquicamente organizado – e, em seu todo, denuncia indícios de uma inequívoca tutela jurídica ao nascituro. Não se pode, após todas as disposições normativas analisadas, inferir que nada quis dizer o legislador sobre esse ente.

Rememore-se a conclusão do que fora inventariado, dessa vez, em ordem distinta (de "baixo" para "cima" - normativo-hierarquicamente falando): para a legislação pátria, sem mencionar das previsões penais pelas razões já aduzidas, o nascituro é filho, logo descendente e ente familiar, tem direito ao reconhecimento da filiação, de ser adotado, está sujeito à curatela, tem direito à representação, capacidade sucessória e pode ser donatário. Por vezes, é nomeado como bebê, criança ou filho – todos em referência ao "antes de nascer".

A norma constitucional não define o marco temporal que determina quando se considera a inviolabilidade do direito à vida, mas a disposição supralegal explícita que, de preferência, deve ser resguardada desde a concepção. Essas mesmas disposições supralegais também norteiam (e, hierarquicamente, determinam) a forma que deve ser dada à interpretação da aplicabilidade dos direitos fundamentais: em geral, desde a concepção, sem discriminação por nascimento, vedada toda supressão ou limitação ao gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos. Impõe-se, assim, lente hermenêutica sobre a qual deve ser enxergada a própria primeira parte do art. 2º, CC/02, afastando toda tendência de restrição literal que ignora, suprime e condiciona o gozo e exercício de todos os direitos e liberdades reconhecidos ao nascituro em todo o ordenamento federal, nas medidas em que especificamente explicitados.

As disposições infraconstitucionais cuidam de arrematar a delimitação inicialmente ausente na Constituição, conferindo ao nascituro um rol extensivo de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, explicitamente intitulados como personalíssimos. Lhe reconhecem, ainda, o rol de direitos e garantias fundamentais constante no Estatuto da Criança e do Adolescente – onde manifestamente inclui o nascituro: para o ECA, nascituro é bebê, bebê é criança e criança é o sujeito das disposições de proteção integral e direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Logo, criança é pessoa – e pessoa titula *in maxime* as garantias constitucionais que se lhe referem fundamentalmente.

Por essa razão, pode-se inferir que o ordenamento infraconstitucional explicitamente insere o nascituro no rol dos descendentes protegidos especialmente pela Constituição Federal na condição de pessoa integrante da entidade familiar (art. 226, §4º). E, como o acessório segue

o principal, se é descendente, é pessoa – o direito sucessório não reconhece capacidade sucessória a coisas ou animais, diga-se. A norma federal cuidou de – em consonância com o CC/02 –, explicitar que o nascituro faz parte da família. Portanto, reconhece-o como filho, descendente e pessoa, dotada de direitos personalíssimos que restam tutelados pela norma hierárquica máxima do país.

Essas constituem apenas algumas das inferências imediatas que podem ser feitas, sem muito exercício interpretativo que lhes extraia da norma, em um breve olhar panorâmico sobre todo o ordenamento infraconstitucional federal pátrio - o que, por sua vez, conclama um retorno às primeiras perguntas que foram feitas face às disposições mais abertas da normativa constitucional e supralegal, imprimindo-lhes a conclusão devida, de que a primeira metade do art. 2º do CC/02 não é tudo (ou tão somente) o que o legislador quis dizer e tutelar ao nascituro.

Nesta toada, cumulativamente se explicita crítica que se faz à concepção natalista, que opta por dispor de uma perspectiva estritamente literal e restrita à temática que, justamente, se refere quanto a aplicação de direitos fundamentais sob o ângulo das relações privadas – e por isso usualmente nomeados direitos da personalidade. Limita, assim, a discussão (e toda a tutela jurídica relativa ao nascituro) à literalidade da primeira parte do art. 2º do CC/02. Tão incabível é essa interpretação, quanto hoje o é o positivismo napoleônico: funda-se em manifesta incompreensão dos fundamentos do direito, e consequentemente do civil-constitucional, irradiado e fundamentado na dignidade humana *in maxime*.

Conclama-se, ao fim, o mínimo de um exercício de compreensão sistemática da normatividade, que aponte à teleologia que reside por trás de tão esparsa previsão legislativa justamente sobre uma figura, ou um ente, que se insiste em questionar se estaria incluído na acepção jurídica de pessoa, como sujeito titular de direitos, ou não. Aplicar-se-á ao ordenamento, portanto, o que aponta HENKES e CAVAGNOLI (2015, p. 141): da necessidade de "rever o texto do art. 2º do CC, de modo a harmonizá-lo com o atual contexto social, político e, sobretudo, jurídico (constitucional), que preza pela dignidade humana e solidariedade intra e intergeracional".

Nesse sentido, explicitamente se confere ao nascituro a condição de pessoa – negar-lhe a personalidade jurídica implica em anular todas as demais extensas disposições federais normativas que *reconhecem* os direitos que lhe são implícitos. Lhe é reconhecido e estendido, pela lógica mais óbvia que decorre de sua condição humana, os direitos e as garantias fundamentais do homem. Cuidou, o ordenamento infraconstitucional, de especificar aqueles inclusos na disposição constitucional, sendo o nascituro, também, quem (e não mais *quê*)

abarcado pelo termo "todos", dentre os que titulam os direitos fundamentais, solidificados na inviolabilidade do direito à vida.

Por isso, se lhe retiram as opções de ser condicionado à coisa ou categoria *sui generis* no limbo entre o jurídico e o não jurídico - é, inequivocamente, pessoa para todo o ordenamento pátrio e, por isso, inequivocamente titular dos direitos e garantias fundamentais constitucionais que se lhe referem, tutelado pela imutabilidade dessa cláusula pétrea.

E considerar o nascituro como pessoa, rememore-se, relaciona-se à sua aceção como sujeito titular de direitos. À personalidade, portanto, confere-se a personalidade jurídica, no sentido que figura como aptidão para adquirir direitos (e contrair obrigações). Nesse sentido, concorda-se com o disposto por ALMEIDA (2004, p. 95), ao dizer que "[...] resta concluir que o nascituro é titular de Direitos da Personalidade, o que decorre da qualidade de pessoa, à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido, no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz".

Direito da Personalidade, esses, que tem natureza intransmissível, imprescritível, impenhorável, vitalícia e oponível *erga omnes*. Retira-se, pois, o nascituro do "limbo" que tenta defender a corrente intermediária, ao defender a figura de um sujeito *em expectativa* da consumação ao que se lhe refere, ou da categoria de coisa (*res*), que também o impediria de intitular-se como pessoa sujeito de direitos.

Ainda que fosse coisa (!), ou ente *sui generis* destituído de personalidade, poderia ser considerada a "situação jurídica", defendida por PEREIRA e LARA (2020), que, por sua vez, também conclama um exercício imperativo de ações, sejam estas prestações positivas ou negativas, similarmente impostas *erga omnes*, que intencionem efetivar a tutela dos interesses jurídicos normativamente previstos (e, conforme explicitado, *extensivamente* previstos). Com esta última concepção, ainda que dela não se concorde, vê-se que *até* a teoria natalista, mesmo mediante todas as restrições que impõe ao reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro, ao menos reconhece-lhe o "interesse jurídico de que permaneça vivo" (p. 41), repelindo as violações que buscariam findar sua existência.

Inequivocamente, ao fim, há de se perceber que se conclama, ao nascituro, que se lhe proteja a vida – seja esta na natureza de um direito fundamental que titule, uma expectativa que deve ser preservada ou um interesse jurídico explícita e normativamente previsto. Pode-se dizer, portanto, que na busca pela legalização do aborto há, deliberadamente, a adoção de uma opção pela mitigação à vida (seja como direito, expectativa de direito ou situação jurídica) - a própria razão sobre a qual se fundamenta todo o ordenamento vigente. Não se pode, assim, considerar haver razoabilidade em sua mitigação, face aos direitos de autodeterminação de outrem.

À luz de todo o exposto, não se vislumbra outra solução à controvérsia, se não ao imperativo uso da ponderação como o fiel da balança, em um exercício que sopesse as questões que lhe são relativas, afastando-as das tendenciosas (e equivocadas em seus pressupostos) manifestações que pleiteiam um aparente retorno ao absolutismo categórico da esfera privada, numa irrestrita defesa à autodeterminação corporal feminina, colocando-se a liberdade (que liberdade?) acima da vida.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Davi Padilha de. **A condição jurídica do nascituro: teoria concepcionista e a tutela dos direitos da personalidade**. 2017. 58 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas), Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2017. Disponível em. Acesso em: 28 de junho de 2023.
- ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**, [S. l.], v. 7, p. 87–104, 2004. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. **Revista de informação legislativa**, [S. l.], v. 25, n. 97, p. 181-190, jan./mar. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181825>. Acesso em 02 out. 2023.
- BERTI, Silma Mendes. Os direitos do nascituro. In: TAITSON, Paulo Franco. *et al.* (ed.). **Bioética: Vida e Morte**. 3 e.d. Belo Horizonte: PUC Minas, 2023. p. 69-93. *E-book*.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 e.d., rev., aum. e mod. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 ago. 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 28 ago. 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 1942. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 19 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.609/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm
Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art19.

Acesso em: 02 de novembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acessado em 19 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF:

Presidência da República, [1997]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 466-343-1/SP**.

PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO. DEPOSITÁRIO INFIEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

DECRETAÇÃO DA MEDIDA COERCITIVA. INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA.

INSUBSISTÊNCIA DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E DAS NORMAS

SUBALTERNAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INC. LXVII E §§ 1º, 2º E 3º, DA CF, À

LUZ DO ART. 7º, § 7, DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

(PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) [...]. Recorrente: Banco Bradesco S/A.

Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 dez. 2008. Disponível

em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE**

PRECEITO FUNDAMENTAL 442. REQTE. Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol).

INTDO. Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF: 08 de mar. 2017.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em:

21 ago. 2023.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 3 e.d. Coimbra: GESTLEGAL, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7

ed., 22 reimp., Coimbra: Almedina, 1941.

COMO queda de nascimentos de bebês com Down virou pivô da disputa entre grupos pró e contra aborto na Europa. **BBC News Brasil**. [S.l.], 21 de março de 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cd17npm922lo>. Acesso em: 18 out. 2023.

DE PAULA ATAIDE JUNIOR, Vincente. Princípios do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 30, n. 01, p.106 -136, jan./jun. 2020.

DIAS, José Francisco de Assis. O aborto na perspectiva de Norberto Bobbio (1909-2004). **Argumentos: Revista de Filosofia**, Fortaleza, ano 11, n. 22, p. 143-151, jul./dez. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 40 e.d. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 1. *E-book*.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. **Os direitos da personalidade e o nascituro**. Caderno de Ciências Sociais Aplicadas, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 107-121, jul./dez. 2005.

HENKES, Silviana Lucia; CAVAGNOLI, Carine. A tutela jurídica do nascituro: reflexões para a efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade humana. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 17, n. 17, p. 126-144, jan./jun. 2015.

NIELSON, Joice Graciele. Corpo Reprodutivo e Biopolítica: a *hystera homo sacer*. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, 2020, p. 880-910, abr./jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 24, p. 17-42, abr./jun. 2020.

SANTOS, Jaqueline Araújo dos. **De crime à Direito Humano: uma crítica à criminalização do aborto.** 2017. 56 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas), Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba. Santa Rita, 2017.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade.** 1995. 703 f. Dissertação (doutoramento em Ciências Jurídicas), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.