

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: APLICABILIDADE DO DIREITO À VIDA AO NASCITURO

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES: APPLICABILITY OF THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBIRTH

Alejandro Lopes Rodrigues¹

Marcos Vinicius Borges Alvarenga²

RESUMO

A vida é um direito fundamental devido a qualquer pessoa, assim como disposto na própria Constituição. Mesmo que seja um direito não absoluto, podendo ser relativizado em alguns casos, continua sendo o mais fundamental. Pois ele é o garantidor de todos os outros direitos fundamentais sustentados pela Carta Magna brasileira. Por isso existe debate sobre os direitos que pertencem aos nascituros. Diante de um debate longo sobre o início da vida humana, para definir onde se deve começar a proteção da vida de um nascituro, para que todos os seus outros direitos e garantias possam ser preservados pelo Estado e pela própria sociedade, como o direito à dignidade, à herança, à saúde, entre outros. Analisa-se aqui como tem sido a tutela do nascituro em juízo, as principais decisões e como os doutrinadores tratam o assunto. Assim se procederá a seguinte pesquisa em busca de uma melhor compreensão sobre os direitos do nascituro.

Palavras-Chave: Direito. Vida. Nascituro. Proteção. Dignidade.

ABSTRACT

Life is a fundamental right owed to any person, as provided by the Constitution itself. Even though it is a non-absolute right and can be relativized in some cases, it remains the most fundamental. Because it is the guarantor of all other fundamental rights and guarantees that support the Brazilian Magna Carta. As a result, there is a debate about the rights that belong to unborn children. Faced with a long debate about the beginning of human life, to define where the protection of the life of an unborn child should begin, so that all their other rights and guarantees can be preserved by the State and by society itself, such as the right to dignity, inheritance, health, among others. Analyzing how the protection of the unborn child has been in court, the main decisions and how scholars deal with the subject. Thus, the following research will be carried out in search of a better understanding of the rights of the unborn child.

Keywords: Law. Life. To Be Born. Protection. Dignity.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Evangélica de Goiás- Campus Senador Canedo

² Mestrando em Direito Constitucional e Sistema Constitucional de Garantias de Direito pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Atame, Brasília/DF. Bacharel em Direito pela Universidade Evangélica de Goiás. Docente na Universidade Evangélica de Goiás *Campus Senador Canedo*.

1. INTRODUÇÃO

A condição de uma pessoa ter uma vida digna diante da sociedade e do Estado está protegida pela Constituição Federal do Brasil, sendo necessária sua aplicação desde a concepção de uma nova vida. Sendo assim, os direitos e garantias fundamentais elencados principalmente no 5º artigo da Carta Magna brasileira, deve-se ter uma abrangência além daqueles que já são considerados nascidos vivos, alcançando os nascituros.

É de suma importância compreender quais são as necessidades e quais os direitos e garantias fundamentais que se estendem aos nascituros ao se evidenciar o que diz o Código Civil brasileiro sobre a personalidade jurídica que começa apenas com o nascimento com vida, porém coloca a salvo a proteção dos seus direitos desde a sua concepção.

Onde se inicia a proteção dos direitos e garantias fundamentais de um novo ser humano? Entre a teoria natalista e a teoria concepcionista, qual a mais eficiente para se aplicar a essa nova vida? Entendendo que diante de todos os direitos existe um que pressupõe uma maior proteção do Estado diante de todos os outros direitos, e que garantirá que eles possam ser usufruídos posteriormente – o Direito à Vida.

Logo, a presente pesquisa tem como objetivo principal buscar entender como o Estado tem atuado na proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, e como tem sido sua aplicação aos nascituros. E discernir qual teoria se aplica melhor para a proteção dos direitos daquele que está em plena formação.

Sendo uma pesquisa feita através de estudos de bibliografias e artigos, analisando leis, decretos e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Através dessa metodologia se analisa como os doutrinadores entendem o problema citado anteriormente e como os tribunais têm discutido sobre o tema e observa suas principais decisões e julgados.

Os direitos e garantias fundamentais vêm evoluindo durante todo período histórico da humanidade, buscando garantir que todos possam ter o mínimo de dignidade para sua sobrevivência. Destaca, no entanto, as dimensões dos direitos fundamentais ao dividi-las em três: a primeira dimensão pressupõe o direito à vida. Aquele sendo protegido e garantido permitirá que todos os outros possam ser adquiridos. Ele é qualificado como um direito civil.

A Constituição Federal do Brasil garante que o direito à vida deve ser protegido pelo Estado. Impõe limites tanto ao próprio Estado na esfera individual de cada pessoa quanto contra a intervenção de terceiros, é um direito inviolável e mesmo que seja considerado o Direito mais importante, como é dito pelo Ministro Alexandre de Moraes, ele não é considerado direito absoluto, pois em alguns casos pode ser relativizado, desde a vida do nascituro quanto à vida daquele que já é uma pessoa com personalidade jurídica (Moraes, 2024).

O nascituro é aquele que está em plena formação dentro do útero da sua genitora. Muitos doutrinadores entendem que a vida de uma pessoa se inicia desde sua concepção, sendo esse o início da proteção dos direitos fundamentais. O Código Civil, em seu Art. 2º garante essa proteção aos direitos do nascituro, mesmo que a personalidade jurídica seja adquirida apenas com o nascimento, aquele que ainda não nasceu possui direitos a serem protegidos e garantidos. Assim, o nascituro possui direito à vida, direito à herança e também direito à saúde, para que sua dignidade possa ser garantida (Brasil, 2015).

Dentro do meio jurídico é discutido quando de fato se inicia a vida humana, e entre todas as teorias duas se destacam, sendo a teoria concepcionista e natalista.

A teoria concepcionista defende que a vida se inicia desde sua concepção, antes mesmo do nascimento com vida. Por outro lado, a teoria natalista vem na defesa de que a vida e a personalidade jurídica começam apenas com o nascimento com vida. E a teoria concepcionista, de acordo com o Juiz de Direito Danniell Martins, é a teoria defendida majoritariamente pelos doutrinadores.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um momento histórico no Brasil, a passagem do Regime Militar para a democracia brasileira. E essa nova Carta Magna brasileira trouxe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, como é disposto em seu primeiro artigo (Brasil, 1988).

O Brasil é o país com maior número de alterações nas suas constituições, com um total de sete. E essa última, promulgada em 1988, mesmo sendo prolixa, é garantidora dos Direitos e Garantias Fundamentais ao descrever no Art. 5º quais são esses direitos, sendo a igualdade, a liberdade, a inviolabilidade da vida humana

entre outros direitos. Pois ela é regida por relações internacionais que possui alguns princípios, como a prevalência dos Direitos Humanos (Brasil, 1988).

Os Direitos Fundamentais podem ser divididos em dimensões, alguns doutrinadores destacam apenas três, enquanto outros destacam quatro ou cinco dimensões. Essa divisão se refere ao tempo em que cada Direito Fundamental foi ganhando sua importância. A respeito das gerações desses direitos, Danniell Adriano entende que eles não nascem em um mesmo período, mas que depende das inspirações filosóficas, das condições sociais de cada momento histórico, e assim surgem novos direitos (Martins, 2024, p. 679).

A primeira dimensão se refere aos direitos civis e políticos, podendo citar o direito à vida, à liberdade, à propriedade, e à igualdade. Entre estes uma limitação na atuação do Estado ao legislar. De acordo com Silvyo Motta, esses são os primeiros direitos fundamentais que vieram como consequência da derrota do Estado Absolutista pelo Estado Liberal. E que sua positivação se deu no século XXVII com a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776 (Motta, 2021, p. 213).

Os direitos de segunda dimensão são os denominados direitos econômicos e sociais. Surgidos no século XX, momento em que Karl Marx tem grande voz em ataque ao Estado Liberal, defendendo a igualdade material. Danniell Adriano entende que nesse momento a exigência era de que o Estado não só protegesse e garantisse os direitos civis e políticos, mas também os sociais e econômicos para que a sociedade pudesse ter uma vida digna (Martins, 2024, p. 680).

A terceira dimensão diz respeito aos direitos da coletividade ou os chamados de direitos transindividuais, os quais no entendimento de Rodrigo Padilha foram desenvolvidos para proteger toda a sociedade (Padilha, 2019, p. 243). O direito ao meio ambiente sustentável, o direito à comunicação, o direito à autodeterminação dos povos, são alguns exemplos dos direitos de terceira geração.

A Constituição Federal é garantidora de todos esses direitos ao focar nos direitos de primeira dimensão, e um dos deveres do Estado é garantir a inviolabilidade do direito à vida de qualquer pessoa.

E o principal objetivo desta pesquisa é analisar essa garantia ao nascituro, tema que será discorrido ao decorrer desse trabalho.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

O direito à vida é um direito individual em espécie, pois é direito fundamental do indivíduo e como pertence à primeira dimensão dos direitos fundamentais, se referem à liberdade de cada pessoa, impõe limitação do poder do Estado em interferir na privacidade do cidadão.

O Estado tem o dever de garantir o direito à vida para todos os cidadãos, o qual é inviolável, tanto pelo poder estatal, quanto por terceiros. O artigo 227 da Constituição Federal deixa claro que não é só dever do Estado, mas que a família tem o total dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida (Brasil, 1988).

3.1 Superioridade do Direito à Vida

Alexandre de Moraes entende que o direito à vida é o mais importante de todos, pois para que todos os outros direitos possam ser protegidos e garantidos deve-se preservar a vida do indivíduo (Moraes, 2024, p. 43).

Para o Juiz de Direito no TJ/SP, Dannel Adriano, sobre o direito à vida:

O direito à vida é, abstratamente, superior a todo outro interesse. Isso porque a vida é a fonte primária de todos os outros direitos, sendo certo que a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades previstas na Constituição (Martins, 2024, p. 700).

Se a vida é a primazia de todos os outros direitos precedentes, é necessário que a sua proteção comece desde a concepção, como resguarda o artigo 2º do Código Civil brasileiro cujo objetivo é proteger os futuros direitos daquele que está em sua fase de desenvolvimento e que não possui autonomia para buscar seus direitos e garantias (Brasil, 2002).

Quando se trata das garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, não são elas referentes a um grupo específico de pessoas, mas para todos sem distinção, isso equivale a igualdade. E a vida precisa ser garantida a todos, desde a sua concepção até o fim de sua existência, pois o nascituro, o nascido vivo, a criança, o adolescente, o jovem, o adulto e os idosos são detentores desse direito fundamental e irrenunciável (Brasil, 1988).

3.2 Criminalização dos Atentados Contra a Vida

O Código Penal em concordância com a Constituição Federal em relação à proteção da vida humana criminaliza atos atentatórios contra esse direito fundamental. Por exemplo, o crime de homicídio previsto no artigo 121 do CP, impõe ao autor do homicídio simples uma pena de seis a vinte anos de reclusão, se este crime for cometido na modalidade de qualificado a sua pena será de doze a trinta anos de reclusão (Brasil, 1940).

O aborto, que é o ato de interromper a vida e o desenvolvimento do nascituro, também é criminalizado. Previsto no Código Penal brasileiro, dos artigos 125 a 127 e pode ter penas de detenção ou de reclusão ao proteger o bem jurídico do feto que ainda não nasceu (Brasil, 1940).

A própria Constituição Federal institui o Tribunal do Júri para que os crimes dolosos contra a vida sejam julgados, instituto disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF/88 e evidencia sua importância no meio jurídico brasileiro (Brasil, 1988).

Fica coerente que a vida não pode ser um bem desprotegido, mas que merece toda atenção do Estado, em todas as suas esferas. A punição do atentado contra a vida é uma forma de prevenir que esses atos aconteçam de forma abundante no meio da sociedade. Tanto pelo próprio Estado em razão de sua função, quanto por particulares. Ao se evitar que uma vida seja interrompida, é a garantia do desenvolvimento da sociedade futura.

3.3 Relativização do Direito à Vida

Embora a vida seja considerada inviolável, sua proteção é relativa e não absoluta. A própria Constituição Federal reflete essa relativização. Alexandre de Moraes observa que a proteção da vida, embora ampla, não é irrestrita (Moraes, 2024, p. 42), por exemplo, a pena de morte é vedada no Brasil, exceto em casos de guerra declarada (Brasil, 1988).

No que diz respeito à vida do nascituro, essa relativização também se aplica. Em situações de estupro, o aborto não é punido ao se reconhecer a necessidade de proteção da autonomia da gestante diante de um ato violento e não consensual. Além disso, quando a vida da gestante está em risco, o aborto pode ser autorizado para preservar sua saúde, mesmo que isso implique interromper a vida do nascituro.

Tais circunstâncias são regulamentadas pelo Código Penal brasileiro, que prevê o aborto em casos de risco à vida da gestante e em situações de gravidez resultante de estupro (Brasil, 1940).

4. DEFINIÇÃO LEGAL DO CONCEITO DE NASCITURO.

Não existe um dispositivo legal que traga o conceito e a definição do que seja o nascituro. No entanto, garante seus direitos fundamentais e assim se buscará a definição de qual é o conceito de nascituro no ordenamento jurídico.

O nascituro é aquele que foi concebido e que possui vida própria, e está em sua fase de desenvolvimento dentro do útero da mulher. Majoritariamente, os doutrinadores entendem que o início da vida humana se dá desde sua concepção (Martins, 2024, p. 701). Ou seja, no momento em que ocorre a fecundação é formado o zigoto, sendo a primeira célula de um novo ser humano, com um DNA único, com suas próprias características (Oliveira, 2017, p. 108).

O Código Civil brasileiro em seu Art. 2º prevê a defesa dos direitos do nascituro desde sua concepção, sendo assim fica evidente que o nascituro já é um ser detentor de direitos (Brasil, 2002).

E para que se possua plena proteção de seus direitos e garantias fundamentais é necessário ser uma pessoa, como dispõe o Art. 4º, inciso II da Constituição Federal, a prevalência dos Direitos Humanos. Ou seja, se o nascituro tem a resguarda desses direitos, ele é uma pessoa humana (Brasil, 1988).

Fica evidente que o nascituro é uma figura jurídica importantíssima, o qual necessita de debates profundos acerca de seus direitos e garantias fundamentais. Pois, quando se discute a vida e a dignidade daquele que ainda não é um nascido vivo, a dignidade da gestante também entra na mesma esfera das discussões, pois ela, como a genitora, sofrerá todas as possíveis consequências decorrentes da gravidez.

Mesmo que o nascituro seja um ser humano em formação, tem seus direitos resguardados pela Constituição Federal e por outros dispositivos legais, terá a plena observação de todos seus direitos quando vier a ser um nascido vivo, tutelado a ele uma vida digna de acordo com o Art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

5. DOS PRINCIPAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO NASCITURO

Ao nascituro seus direitos são tutelados pelo Estado desde a sua concepção, como é descrito no Art. 2º do Código Civil. Mesmo que a sua personalidade jurídica seja adquirida apenas no nascimento com vida, põe a salvo as garantias dos seus direitos fundamentais e necessários. Sendo assim, terá a sua dignidade humana protegida como princípio fundamental inscrito na Constituição Federal.

5.1 Direito à Vida

Quando se trata do direito à vida existe um debate acerca de onde se inicia a vida humana e é de suma importância para que se possam aplicar os direitos e garantias fundamentais referentes à proteção da vida ao nascituro ou àquele que é um nascido vivo. E o seu início é uma das questões com mais conflitos nos meios religiosos, filosóficos e científicos. Existem algumas correntes de pensamento acerca do início da vida de um ser humano que procuram definir seu real começo (Padilha, 2019, p. 247).

Rodrigo Padilha traz em sua doutrina as seguintes correntes de pensamento referente ao ciclo inicial da vida:

a) teoria concepcionista – A fecundação do óvulo pelo espermatozoide já é o suficiente para determinar o início da vida. O art. 4, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/1992), prevê a tutela dos direitos desde a concepção. O art. 2.º do CC/2002 caminhou no mesmo sentido, assim como o Código Civil argentino (art. 70), suíço (art. 31), francês (art. 2), venezuelano (art. 17), dentre outros; b) teoria da nidação – Após a fecundação, o óvulo fecundado (ovo) inicia um deslocamento lento das trompas (local da fecundação) para o útero. Chegando ao útero, ele precisa se fixar para a gravidez poder evoluir. Esse processo de fixação chama-se nidação e ocorre entre 4 e 15 dias após a fecundação. Nesse passo, como o embrião não pode se desenvolver fora do útero, o início da vida estaria ligado à efetiva nidação; c) teoria do sistema nervoso central – Para essa teoria, o sistema nervoso, essencial ao cidadão, seria determinante para fixar o início da vida. Para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, “vida, no sentido de existência em desenvolvimento de um indivíduo humano, começa, de acordo com reconhecidas descobertas biológico-fisiológicas, no décimo quarto dia depois da concepção”¹⁹ (destacamos). A partir deste momento, “as células, antes multipotentes, começam a se diferenciar e a se converter em oligopotentes, dando causa à formação da placa neural e de outros tecidos, e o feto passa a ter capacidade eurológica de sentir dor e prazer”; d) teoria da pessoa humana tout court – Esta expressão francesa, que significa “sem nada mais a acrescentar”, importa no entendimento de que a transição da “pessoa humana em potencial” para a pessoa humana com capacidade de existir fora do útero materno, isto é,

“pessoa humana efetiva”, ocorre entre a 24ª e a 26ª semana de gestação. A Suprema Corte norte-americana e o Comitê Nacional de Ética francês se utilizam deste critério. No Brasil, nossa Suprema Corte tem julgado entendendo que não deve ser considerado crime a interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre de gestação; e) teoria natalista – A pessoa somente existe a partir do seu nascimento com vida, ou seja, somente com a primeira inalação do ar atmosférico temos vida. Para essa posição, o nascituro não é pessoa (Padilha, 2019, p. 247).

Daniel Adriano considera o entendimento majoritário doutrinário de que o início da vida se dá com a fecundação - a teoria da concepção dominante, e não o pensamento de que a vida começa com o nascimento - a teoria natalista (Martins, 2024, p. 701).

Diante disso fica evidente que o direito fundamental à vida deve ser preservado e garantido desde o início da vida humana, ou seja, desde a sua concepção. O próprio Código Civil brasileiro em seu Art. 2º garante que a personalidade jurídica só se adquire com seu nascimento com vida, porém é garantido os direitos do nascituro desde concepção, o que reforça o entendimento majoritário do início da vida humana.

5.1.1 Abortos autorizados pelo Código Penal

E para preservar os direitos do nascituro, para que não haja interferência na sua individualidade, a prática de aborto é vedada pela legislação brasileira, salvo em alguns casos específicos. O Código Penal brasileiro autoriza apenas dois casos de aborto. Maria Helena Diniz classifica-os como aborto terapêutico e aborto sentimental (Diniz, 2022, p. 32).

O aborto terapêutico é aquele que ocorre quando a vida da gestante está em risco por causa da gestação, sendo a única solução para salvar a vida da genitora, prevista no inciso I do artigo 128 do Código Penal (Brasil, 1940).

Já o aborto sentimental é o decorrente de uma gravidez não consensual, por motivo de um crime cruel, o estupro. E para que a gestante não se sinta culpada, essa prática não é punida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo prevista no inciso II do artigo 128 do Código Penal. Em ambos os casos é uma relativização do direito à vida do nascituro, para que a dignidade da pessoa humana, ou seja, da gestante, seja preservada e protegida (Brasil, 1940).

Existe mais uma modalidade que foi discutida pelo STF, na ADPF/54, que se refere ao feto anencéfalo. O bebê anencéfalo não possui muito tempo de vida após o

parto, podendo suportar horas ou alguns dias de vida, por isso, em decisão não unânime é que a prática de aborto do feto anencéfalo seja considerada fato atípico (STF, 2012).

5.1.2 Abortos vedados pelo Código Penal

Seguindo os conceitos de aborto definidos por Maria Helena Diniz, seguem-se mais quatro tipos:

ECONÔMICO – quando os pais não possuem condições financeiras de prover a subsistência do filho; EUGÊNICO – quando o nascituro tem doenças ou anomalias físicas ou mentais; ESTÉTICO – quando a mãe não deseja sofrer os efeitos da gravidez em seu corpo; HONORIS CAUSA – realizado quando a gestante quiser ocultar a gravidez da sociedade, como no caso de adultério ou de menor que tem medo da reação dos pais (Diniz, 2022, p. 32).

As formas mencionadas são vedadas pelo Código Penal brasileiro, pois nesses casos não tem um bem jurídico maior para ser protegido que necessita da interferência na vida do feto que está em desenvolvimento.

Condições econômicas não são justificativas plausíveis para que a vida de uma criança que ainda não nasceu seja ceifada. Já a prática de aborto eugênico, apenas uma modalidade é permitida e discutida anteriormente - o aborto do feto anencéfalo, mas as outras duas modalidades são vedadas. Questões estéticas e a gestação proveniente de adultério ou de menor são causas não permitidas pela legislação do Brasil. Os abortos vedados pela legislação brasileira estão previstos nos artigos 124-127 do Código Penal (Brasil, 1940).

Ao permitir o aborto, um bem jurídico está em discussão, a vida e a dignidade da gestante, diferente dos casos mencionados anteriormente. A vida do nascituro deve ser preservada e continuar superior a qualquer outro direito que esteja em questão.

Peter Singer entende que a mesma proteção que a criança tem diante do Estado e da sociedade, é devida ao nascituro (Singer, 2002, p. 148), pois ambos são seres humanos e portadores de direitos e garantias fundamentais. O Estado tem o dever de defender a vida dos fetos, e não permitir que haja interferência na vida do nascituro.

5.2 Direito à Herança

Quando se trata de sucessão no Código Civil brasileiro, o nascituro não é excluído, pois ele é parte para recebimento de herança ou ser incluído no testamento, um direito grantido ao ser concebido, como disposto nos artigos 1.784, 1.798-800, §3º (Brasil, 2002).

Porém esse direito só será totalmente eficaz com seu nascimento com vida, enquanto o feto estiver em sua formação dentro do ventre da genitora terá apenas expectativa de todos os seus direitos, como é tratado no §3º do artigo 1800 que diz o seguinte “Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador” (Brasil, 2002).

Sobre a sucessão do nascituro, Maria Helena Diniz diz o seguinte:

A capacidade sucessória do embrião, implantado no útero após o óbito de seu pai, ou a do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquire, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), seu quinhão será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento (CPC, art. 650) ou nomeia-se-lhe um curador ao ventre, se, p. ex., a gestante enviudar e não tiver condições de exercer o poder familiar (CC, art. 1.779). Se nascer vivo, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do falecimento do autor da herança (CC, art. 1.800, §3º). Se nascer morto, a sucessão será ineficaz (Diniz, 2022, p. 528).

A autora deixa claro que o nascituro possui sua garantia na herança, mas para que possa alcançar a sua eficácia é necessário o seu nascimento com vida, para resguardar o que traz o Art. 2º do Código Civil, que o nascituro adquire sua personalidade jurídica com o nascimento com vida, deixando protegido todos os seus direitos desde sua concepção, incluindo o direito à herança (Brasil, 2002).

5.3 Direito à Saúde

A saúde do nascituro é um dos direitos mais importantes que devem ser resguardados, não somente a sua vida, mas que possa nascer sadio. Assim o Estado tem o dever de criar políticas públicas para garantir a efetivação desse direito, como é disposto no Art. 7º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Brasil, 1990).

É também um direito fundamental garantido na Constituição Federal, que dispõe o seguinte: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

6. A TUTELA EM JUÍZO DO NASCITURO.

A tutela do nascituro em juízo refere-se à proteção dos seus direitos diante do Poder Judiciário, para que direitos e garantias fundamentais possam ser assegurados. Mesmo que o nascituro não tenha personalidade jurídica, lhe é garantido esses direitos desde sua concepção, como é disposto no Art. 2º do Código Civil de 2002 (Brasil, 2002).

Alguns dos direitos que devem ser tutelados em juízo se referem à garantia do desenvolvimento digno, pois é assegurada ao feto a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional como, por exemplo, o direito à saúde, direito de estabilidade da gestante que, conseqüentemente, é um direito que além de proteger a genitora protege também o nascituro. Direito à herança, mesmo que se deva concretizar apenas com o nascimento com vida, já é garantido ao feto. E o principal e fundamental para que todos os outros direitos possam ser exercidos, o direito à vida (Brasil, 1988).

Como já comentando anteriormente, existem debates sobre a defesa dos direitos e garantias fundamentais do nascituro, de onde se inicia a vida humana, sendo que duas teorias são mais fortes, a teoria natalista e a teoria concepcionista.

6.1 Teoria Natalista

No campo da ciência jurídica, é de grande relevância determinar o momento em que se inicia a vida de uma pessoa, pois é a partir desse marco que se define o início de sua personalidade civil e, conseqüentemente, de sua personalidade jurídica. Tal definição impacta diretamente na extensão e na proteção dos direitos da pessoa em formação.

A teoria natalista, amplamente defendida por muitos doutrinadores brasileiros, estabelece que a personalidade jurídica só inicia com o nascimento com

vida. Isso significa que, segundo essa teoria, a vida de uma pessoa se considera iniciada no momento em que o período gestacional se conclui e o recém-nascido respira pela primeira vez fora do útero materno. Dessa forma, o nascituro (o ser humano em formação) possui apenas uma expectativa de direitos durante a gestação, os quais se concretizam de fato se ele nascer com vida.

6.2 Teoria Concepcionista

Por sua vez, a teoria concepcionista adota o entendimento de que a vida humana tem início no momento da concepção. Assim, não se exige o nascimento com vida para que o nascituro seja sujeito de direitos, sendo-lhe assegurada tutela jurídica desde a fecundação, especialmente no que se refere à proteção de seus direitos fundamentais.

7. PRINCIPAIS DECISÕES DO STF E STJ ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO.

No meio jurídico, com todas as discussões acerca dos direitos e garantias fundamentais do nascituro, sobre vida, saúde, alimentação, herança, etc., o Poder Judiciário vem decidindo muitos casos polêmicos como, por exemplo, a ADPF n° 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse capítulo se fará algumas análises de decisões do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

7.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54

No Supremo Tribunal Federal (STF) foi proposta em 2004, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), a qual teve como representante, o advogado Luís Roberto Barroso (Oliveira, 2017, p. 125).

Esta ADPF foi a mais polêmica julgada pelo STF que foi decidida a inconstitucionalidade da tipificação do aborto do anencefalo aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Brasil, 1940).

O anencefalo é o feto que possui uma limitação no desenvolvimento no cérebro, “marcada pela ausência parcial do encéfalo”, o qual ocorre no início da

gestação e a proposta da ADPF n. 54 visava permitir o aborto nos casos do feto com essa anomalia, descaracterizando como crime previsto no Código Penal brasileiro (Oliveira, 2017, p. 126).

A autora referida ao analisar a seguinte Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, levanta um debate acerca dos direitos do feto anencéfalo evidencia que a anomalia se caracteriza por má formação parcial e não total, e que o nascituro poderá nascer e viver por horas, dias, semanas ou até anos, pois que essa anomalia não se caracteriza como justificativa plausível para a permissão da prática do aborto (Oliveira, 2017, p. 126).

Cheila Aparecida Oliveira em seu livro “A Inviolabilidade da Vida Humana Embrionária” diz o seguinte:

Em primeiro lugar, reitera-se que a “inviolabilidade do direito à vida” preenche uma função extraordinária na sociedade, pois além de ser um valor moral é o manancial elementar de todos os outros bens jurídicos, garantido-a o Estado tem a base para exercer concretamente a sua obrigação de assistência integral ao ser humano, por meio dos seus Poderes, pois de nada adianta garantir outros direitos fundamentais como a liberdade, a legalidade, a autonomia, se a vida não estivesse incluída entre os mesmos (Oliveira, 2017, p. 125).

Nota-se que a autora presa pela plena proteção do direito à vida do feto, mesmo que se trate de um feto anencéfalo, pois continua sendo uma vida humana que possui uma anomalia e que não é fundamento para a expulsão do feto. Ressalta ainda que a internalização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 (Pacto de San José da Costa Rica), traz o respeito à vida desde a sua concepção.

Mas em 2012, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi julgada procedente, alegando a inconstitucionalidade da caracterização do aborto do feto anencéfalo como um crime previsto no Código Penal brasileiro, *in verbis*:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (STF, 2012, APDF. 54).

Fica evidente que o direito à vida não se caracteriza como absoluto, mas relativo. Alguns doutrinadores não concordam com a posição do STF nessa decisão, alegando que o Direito à Vida não pode ser relativizado, pois é um direito superior

aos outros, sendo este necessário para a aquisição dos demais direitos e garantias fundamentais.

E por fim, a maior crítica contra a decisão do STF em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, é de que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida, pois as anomalias ou outras limitações no nascituro não caracterizam motivo legal para que o aborto seja necessário, pois se trata de uma vida humana, tendo totalmente os seus direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, principalmente em seu Art. 5º (Brasil, 1988).

7.2 Decisão do Superior Tribunal de Justiça em relação ao *Habeas Corpus* n. 932495/SC

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da sua Quinta Turma negou o pedido de um *Habeas Corpus*, no qual uma gestante com mais de 30 semanas de gestação pediu que fizesse uma analogia da ADPF nº 54 com o seu caso, ao descobrir que o feto possui uma Síndrome de Edwards³ e cardiopatia grave, *in verbis*:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. SALVO-CONDUTO. INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. SÍNDROME DE EDWARDS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INVIABILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA INTERPRETAÇÃO FIRMADA NA ADPF 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE RISCO OBJETIVO À VIDA DA GESTANTE. I – Não cabe habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, ressalvada a hipótese de concessão da ordem de ofício. Precedentes. Por se tratar de questão cujo perecimento do direito em tese se consuma em um pequeno espaço de tempo, de forma excepcional, o óbice foi superado para análise do mérito. II – A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº. 54 parte da premissa da inviabilidade da vida extrauterina. O caso dos autos, contudo, embora o feto esteja acometido de condição genética com prognóstico grave, com alta probabilidade de letalidade, não se extrai da documentação médica a impossibilidade de vida fora do útero. III – Não há nos autos elementos objetivos que indiquem o risco no prosseguimento da gestação para a paciente que, em tese, poderia levar à caracterização da excludente do art. 128, inciso I, do Código Penal. Ordem de habeas corpus denegada (STJ, 2024, HC. Nº 932495).

³ A Síndrome de Edwards, também conhecida como Trissomia 18, é uma doença genética rara que afeta o desenvolvimento do corpo. É causada por uma cópia extra do cromossomo 18. O seu portador tem baixo peso ao nascer, defeitos congênitos, incapacidade intelectual, anomalias físicas, problemas nos órgãos internos. O diagnóstico pode ser feito antes ou após o nascimento e o exame pode ser feito por meio de cariótipo, que organiza os cromossomos em pares e durante a gestação, é possível realizar uma amostra do líquido amniótico ou uma biópsia do viló corial.

Percebe-se que a vida do feto, mesmo com alteração em sua genética, foi protegida pela decisão do STJ. O relator Min. MESSOD AZULAY NETO, entendendo que não se poderia fazer analogia à ADPF n. 54, negou o pedido de *Habeas Corpus*, ao relatar que não ignora o sofrimento e a dor que a gestante sofreu, mas que não era possível identificar nenhuma questão de excludente de ilicitude devendo, no entanto, ser negado tal pedido, pois no caso não se trata, em nenhuma hipótese, de aborto legal que se encontra no Código Penal e nem se adequa à questão decidida pelo STF no julgamento da ADPF n. 54.

Em crítica às decisões do STF, Cheila Aparecida Oliveira diz o seguinte:

Por meio do ativismo judicial, o STF tem deixado de lado a interpretação da verdadeira essência íntima da Constituição, do próprio DNA constitucional, sem despertar para suas responsabilidades, morais, jurídicas e intergeracionais de mantenedor do Estado Democrático de Direito, ameaçando recomendações, pactos internacionais, princípios e direitos fundamentais básicos, como direito à vida, que a própria essência da humanidade (Oliveira, 2017, p. 116).

Por fim, percebe-se que de fato os direitos e garantias fundamentais do nascituro devem ser resguardados e protegidos pelo Estado. Sendo que a própria Constituição Federal limita o poder do Estado na intervenção da privacidade dos cidadãos. E assim, a vida de toda pessoa seja respeitada e que não seja relativizada em casos não relevantes. Como também é disposto na Constituição Federal, no caso de guerra declarada, caso de alta relevância, o direito à vida poderá ser relativizado, ou também nos casos em que se trata de aborto, quando existe um risco de vida da gestante, o aborto necessário pode ser provocado sem que nenhuma pena seja imposta.

8. CONCLUSÃO

Entende-se que a proteção da vida humana tem um início, e que esse início vem sendo debatido há muitos anos no meio jurídico e em outras ciências. Chegou-se a conclusão de que a vida precisa ser tutelada desde sua concepção, para garantir que os nascituros possam ter sua dignidade humana resguardada, principalmente contra as políticas favoráveis ao aborto. Fica evidente que essa prática causa problemas psicológicos para a gestante que aborta e para o desenvolvimento da sociedade, pois uma vida foi interrompida.

Com essa questão ficou o questionamento de como tem sido a aplicação dos direitos e garantias fundamentais aos nascituros. Com isso foi preciso definir onde se inicia a vida humana, para que se possa definir onde o Estado precisa começar a proteger a vida de uma pessoa que ainda não nasceu.

Foi constatado que a maioria dos doutrinadores entende que a vida humana se inicia desde a sua concepção e não quando o nascituro nasce. Prevalecendo a teoria concepcionista ao invés da natalista. O Código Civil brasileiro de 2002 defende os direitos do nascituro desde sua concepção, mesmo que sua personalidade jurídica seja adquirida apenas com seu nascimento com vida.

Logo, fica evidente que não se pode chegar a uma definição se os direitos do nascituro têm sido realmente protegidos, principalmente seu direito à vida, mesmo que se trata de um direito que deve ser priorizado, é o mais necessário para que os outros possam ser efetivados na vida de uma pessoa. A vida pode ser realmente um direito relativo, como já citado várias vezes anteriormente, o aborto necessário, aborto terapêutico e agora a ADPF 54.

Com base em todo o exposto, conclui-se que a vida é fundamental desde o seu princípio, ou seja, desde a sua concepção. Mas o Poder Judiciário não tem aplicado muitas vezes de fato o que diz a Constituição e os pactos internacionais. Porém, por outro lado, se vê uma aplicação desses direitos em defesa ao nascituro ao resguardar sua dignidade humana e o desenvolvimento humano. Por isso é necessária que se aprove uma Lei para proteger por completo todos os direitos do nascituro. Assim como se tem o Estatuto da Criança e do Adolescente, é fundamental uma legislação em favor do nascituro, para que as decisões não fiquem oscilando uma hora em favor e outrora ferindo os preceitos fundamentais.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm/. Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm/. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 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: dez. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, DF: **Diário Oficial da União**, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm/. Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF: **Diário Oficial da União**, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm/. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. Acórdão Eletrônico DJe-080, Divulgado em 29-04-2013, Publicado em 30-04-2013. Brasília, DF: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, RTJ v. 00226-01, p-0001. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%2054%22&base=acordaos&sino_nimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true/. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Acórdão Eletrônico HC 932495**, Relator: Messod Azulay Neto. 06 de agosto de 2024. DJe/STJ n° 3932. Brasília, DF: Código de Controle do Documento c24adb8f-a0ee-4f69-a3f6-28865e9a25aa. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20932495/>. Acesso em: 07 dez. 2024.

DINIZ, Maria H. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur., 2022. E-book. p.528. ISBN 9786555598612. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598612/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

MARTINS, Danniell Adriano Araldi. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODVIN, 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. p.I. ISBN 9786559776375. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776375/>. Acesso em: 22 out. 2024.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2021. E-book. p.1. ISBN 9788530993993. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993993/>. Acesso em: 22 out. 2024.

PACTO DE São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), assinado em 1969, ratificado pelo Brasil em 1992 através do Decreto 678/1992. Inclui uma reserva que afeta a autoridade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) **para** realizar visitas e investigações “in loco” nos países membros. **Exige a** aprovação prévia do Estado brasileiro para tais ações, com base na premissa de proteção da soberania nacional. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://cj.estrategia.com/portal/pacto-san-jose-costa/>. Acesso em: 15 dez. 2024.

OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A Inviolabilidade da Vida Humana Embrionária**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2019. E-book. p.i. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988319/>. Acesso em: 22 out. 2024.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. p.266. ISBN 9786559646166. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646166/>. Acesso em: 22 out. 2024.

SINGER, Peter. **Ética prática**. [Trad. Jeferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.