

O NASCITURO E O INÍCIO DA VIDA

*Fábio Luis Franco**
*José Sebastião de Oliveira***

SUMÁRIO: 1. Introdução: Conceito de nascituro. 2. Início da vida. 3. Conclusão. 4. Referências.

RESUMO: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. É o que dispõe o artigo 2º do Código Civil Brasileiro. Tal dispositivo, objeto de diversas discussões e opiniões jurídicas, em virtude de sua ambigüidade, leva-nos a alguns questionamentos que vão além de posicionamentos meramente jurídicos, atingindo também os campos da ciência, da fé e da filosofia. Nosso ordenamento jurídico protege os direitos do nascituro; mas qual é a definição de nascituro? O que é concepção? A partir de que momento há a concepção? Quando se inicia a vida? Estes questionamentos facilmente nos vêm à mente quando buscamos analisar os direitos do nascituro, sua personalidade e demais questões ligadas a ele, que neste artigo procurar-se-á analisar mediante a investigação da doutrina pátria, utilizando-se um método de pesquisa lógico-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro; Início da vida; Proteção; Direito.

THE UNBORN CHILD AND THE BEGINNING OF LIFE

ABSTRACT: “The person’s civil personality starts with the living birth, but the law provides for the rights of the unborn child since its conception”. That is what provides article 2º of the Brazilian Civil Code. Such provision, object of several juridical discussions and opinions, due to its ambiguity, leads us to some questionings that go beyond mere juridical positions, also reaching the fields of science, faith and philosophy. Our juridical ordaining protect the unborn child’s rights; but what is the definition of “unborn child”? What is conception? From what moment is there conception? When does life begin? These questions easily comes to mind when we try to analyze the

*Advogado; Docente em graduação e pós-graduação *lato sensu*; Mestrando em direito no CESUMAR - Centro Unixeritário de Maringá, área de concentração de direitos da personalidade.

**Docente aposentado de Direito Civil da UEM - Universidade Estadual de Maringá; Docente de Direito Civil do CESUMAR - Centro Unixeritário de Maringá; Docente e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do CESUMAR; Doutor em Direito pela PUC-SP - Pontificia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela UEL - Universidade Estadual de Londrina; Consultor científico *ad hoc* da UEL e UEM - Universidade Estadual de Maringá; Advogado na Comarca de Maringá-PR. E-mail: drjso@brturbo.com.br.

rights of the unborn child, its personality and the other questions related, which in this paper will be analyzed through the investigation of the fatherland doctrine by the use of a logical deductive research method.

KEYWORDS: Unborn child; beginning of life; protection; right.

EL NACITURO Y EL INICIO DE LA VIDA

RESUMEN: “La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida, pero la ley pone a salvo desde la concepción los derechos del nacido”. Es lo que dispone el artículo 2º del Código Civil Brasileño. Tal dispositivo, objeto de diversas discusiones y oponiones jurídicas, en virtud de su ambigüedad, nos lleva a algunos cuestionamientos que van además de posicionamientos meramente jurídicos, abrange también los campos de la ciencia, de la fe y de la filosofía. Nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos del nacido; pero ¿cuál es la definición de nacido? ¿A partir de qué momento ocurre la concepción? ¿Cuándo se inicia la vida? Estos cuestionamientos fácilmente nos viene a la mente cuando buscamos analizar los derechos del nacido, su personalidad y demás cuestiones ligadas a él, que en este artículo se busca analizar mediante investigación, la doctrina pátria, en el cual se utiliza el método de investigación lógico-deductivo.

PALAVRAS-CLAVE: Nacituro; Inicio de la vida; Protección; Derecho.

INTRODUÇÃO: CONCEITO DE NASCITURO

A palavra nascituro, originária do latim *nasciturus*, designa “o que há de nascer; o ser humano já concebido¹, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo”.²

Para Carvalho Santos, em sua importante obra Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, nascituro é o “que está gerado, mas ainda não nascido”.³

Maria Helena Diniz define nascituro da seguinte maneira:

1. Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo.
2. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida

¹ Observe-se que, no simples fato de se analisar o conceito de nascituro, já se depara com um outro questionamento: o que é a concepção? A partir de que momento o ser humano é considerado, realmente, já concebido? É o que se verá ainda neste trabalho.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI** – dicionário eletrônico. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. CD ROM.

³ SANTOS, J. M. Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s. d.]. p. 15. v. XXXIV.

intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais em estado potencial, somente com o nascimento com vida.⁴

2. O INÍCIO DA VIDA

É sabido que o nascituro é protegido pelo direito. Tem, aliás, por disposição expressa do artigo 2.º, do Código Civil de 2002⁵ esta proteção. Mas desde quando? A partir de que momento o ser que está no ventre da mulher e que ainda não nasceu é tutelado pelo Direito? A partir de quando o nascituro tem vida?

Para melhor se entender o início da vida, necessário se faz, de início, conceituar brevemente o que vem a ser embrião.

O Dicionário Aurélio apresenta algumas definições de embrião: *organismo em seus primeiros estágios de desenvolvimento, desde as primeiras divisões do zigoto até o nascimento*⁶ ... *o ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento... princípio, começo, origem*.⁷

A ciência, mais precisamente no campo da Embriologia⁸, caracteriza a fecundação como o processo através do qual um gameta masculino (espermatozóide) perfura as membranas do gameta feminino (óvulo) e combina-se com este formando o zigoto⁹, uma célula com dupla carga genética, que em poucas horas inicia seu processo de divisão celular, o que já configura o desenvolvimento do embrião.¹⁰

A embriologia tradicional costuma dividir em duas partes distintas o período de desenvolvimento humano entre a fertilização e o estabelecimento do corpo embrionário.

O primeiro período, que tem início com a fecundação e vai até o 14º (décimo quarto) dia, é chamado período pré-embrionário; e o período que se segue logo após é denominado período embrionário, no qual realmente se estabelece a forma do embrião.¹¹

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 334.

⁵ Código Civil de 2002, art. 2.º: “**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.**” O artigo 4.º, do Código Civil de 1916, já revogado, continha disposição equivalente: “Art. 4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

⁶ Nascimento, segundo lição de R. Limongi França: “**é a separação do filho das vísceras maternas. Pode ser natural ou artificial**”. In: **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 47.

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI – dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. CD ROM.

⁸ Ramo da biologia que estuda a formação e o desenvolvimento do ovo até a fase embrionária.

⁹ Primeira célula humana.

¹⁰ FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1850>>. Acesso em: 09 set. 2005.

¹¹ SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito – Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTR, 2002. p. 38-43.

É nesse aspecto que surge uma grande divergência entre os estudiosos: quando há a passagem de pré-embrião para embrião. Há outras posições que consideram que essa passagem ocorre na 8ª (oitava) semana, e para outras, ainda, apenas na 12ª (décima segunda) semana, ou seja, aos 3 (três) meses de gestação.¹²

Logo após esta fase até o nascimento, tem-se o denominado período fetal, em que ocorre o crescimento e elaboração das estruturas.

Nota-se, portanto, que esta divisão não é tema pacífico. Há diversas opiniões sobre quando o pré-embrião passa a ser embrião e este a ser feto. Tanto no campo jurídico quanto no campo da medicina a questão do nascituro é controvertida.

O relatório Warnock¹³ sustenta que 14 dias após a fecundação o embrião já formou o “sulco ou cinta neurológica”, portanto já está com a estrutura humana formada, não podendo mais, a partir deste momento, ser objeto de pesquisas e experimentos. Seguindo esse entendimento é que diversos juristas e cientistas adotam a primeira posição supramencionada, ou seja, a de que até o 14º dia fala-se em pré-embrião.

Por outro lado, não são poucas as críticas tecidas a este posicionamento, tendo-se em vista que a fixação do referido prazo foi realizada em função de imperativos de pesquisa, temendo-se que sejam proibidas experiências com embriões, mas que, segundo Daniel Serrão¹⁴, não tem conotação ética alguma.

Ainda segundo o mesmo pesquisador, não faz sentido o fato de se estabelecer que somente há vida a partir do momento em que se possa verificar a presença no primeiro tecido cerebral. Trata-se do mesmo ser humano antes e depois desta linha primitiva.

O termo “concepção” também possui diversos significados. Para alguns, concepção confunde-se com fecundação, que é a união do óvulo com o espermatozóide, conforme explicitado anteriormente. Entretanto, há quem entenda ser necessário mais do que a fecundação para que exista vida. Para estes, somente com a nidação, ou seja, com a implantação do ovo no endométrio¹⁵, poder-se-ia falar em vida humana, uma vez que somente a partir deste evento é que haveria viabilidade do desenvolvimento da vida.¹⁶

¹² Em sentido ainda diverso Sérgio Ferraz manifesta-se: “Conquanto o estágio atual da ciência ainda não permita uma resposta definitiva no particular, os estudos existentes apontam que, entre vinte e quatro e trinta e seis horas após a fecundação, a primeira célula individualizada – zigoto ou blastócito – começa a dividir-se, dando origem ao embrião. E esse, após seis semanas, passa a denominar-se feto”. In: **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 47.

¹³ Estudo produzido em 1984 na Grã-Bretanha por uma comissão de inquérito sobre fertilização e embriologia, instaurada no Ministério da Saúde e Segurança Social da Inglaterra.

¹⁴ Daniel Serrão é professor de Bioética e Ética Médica da Universidade do Porto em Portugal e membro do Comitê Diretor de Bioética do Conselho da Europa. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=EntrevistaIntegra&id=12>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

¹⁵ Revestimento interno do útero.

¹⁶ Em sentido contrário, Heloisa Helena Barboza afirma que, embora a maioria das modernas escolas médicas e jurídicas entenda que a gravidez tem início com a nidação, a atividade energética própria do ovo não deixa dúvidas de que existe vida desde a fecundação; de modo que justifica sua proteção jurídica. In: **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 77.

É o que apregoa Odon Ramos Maranhão, quando afirma que “é pela implantação que o ovo adquire viabilidade; caso contrário, perecerá na cavidade uterina e será eliminado imperceptivelmente à época da menstruação”.¹⁷

É este o entendimento que pode ser observado também no dicionário Aurélio, para o qual, concepção é o “*ato ou efeito de conceber ou de gerar (no útero)*”.¹⁸

Esta definição está estritamente ligada à palavra útero, de modo que desconsidera qualquer possibilidade de vida antes da nidação¹⁹, que é quando efetivamente se poderia falar em gravidez.²⁰

Seguindo esta definição, também não se considera vivo o produto da fecundação ocorrida fora do útero, que é a chamada fecundação *in vitro*, uma vez que aqui ainda não há gravidez; no entanto, este tipo de fecundação artificial não será tema do presente estudo, tendo-se em vista que o objetivo é analisar o nascituro no útero da genitora, ou seja, o resultado da chamada fecundação *in vivo*.

Contrariamente à posição supracitada, Sérgio Ferraz, citado por Willian Artur Pussi, opina:

Tão individual e particular é o genoma, mesmo em casos de gêmeos univitelinos, que se pode afirmar, sem dúvida, a impossibilidade de repetitividade (ou de ‘clonagem’ natural) do homem... **Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida;** vida diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. **Pré-embriônica a início, embriônica, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada.**²¹ (grifo nosso)

Com esta explanação, Sérgio Ferraz posiciona-se ao lado de um número cada vez maior de juristas e médicos embriologistas que entendem que o início da vida realmente se dá no exato momento da fecundação, antes, portanto, da nidação. Isto porque o zigoto possui uma carga genética própria e, apesar de ser uma

¹⁷ MARANHÃO, Odon Ramos. **Manual de Sexologia médico-legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI – dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1 CD ROM.

¹⁹ Observe-se que a nidação ocorre no sexto dia, quando o blastocisto liga-se ao endométrio, momento em que se iniciam as transformações hormonais no organismo feminino que determinam o estado gravídico. ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 111.

²⁰ Manifestando-se contrariamente à definição de gravidez desde a nidação, Dernalva da Silva Brandão afirma “**não haver rigor científico em se afirmar que as trocas materno-fetais só então teriam início**”. E continua destacando ser “**ininteligível afirmar que a mulher, já abrigo um conceito em seu corpo, ainda não concebeu**”, apud PENTEADO, Jaques de Camargo. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 15-58.

²¹ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 47.

célula única, não faz mais parte de um organismo, seja do pai ou da mãe, mas é, sim, um novo organismo em fase inicial – evidentemente, um novo ser humano.

Compactua-se aqui com o entendimento de que não há grande utilidade em se distinguir entre pré-embrião e embrião, uma vez que nada existe antes do embrião; antes dele o que existe são apenas o óvulo e o espermatozóide.

No mesmo sentido Jussara Maria Leal de Meirelles ensina:

De fato, sob o ponto de vista terminológico, parece ser conveniente e útil o emprego de palavras diversas a caracterizar os diferentes aspectos das fases de desenvolvimento embrionário. Em tal sentido, o uso do termo ‘pré-embrião’ para levar ao entendimento da fase precoce do embrião, que se desenvolve desde a constituição do zigoto até o aparecimento da linha primitiva, é perfeitamente aceitável.

Errôneo, porém, pretender-se mediante tal terminologia, significar sejam distintos os dois processos, do zigoto à linha primitiva e desta em diante, como se houvesse descontinuidade e nenhuma correlação entre ambos.²²

Reinaldo Pereira e Silva, em sua obra *Introdução ao Biodireito – investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, também se manifesta no mesmo sentido quando afirma que não tem razão quem utiliza a expressão “período pré-embrionário” em vez da expressão “período do embrião pré-implantatório”, já que da utilização daquela expressão poderia se extrair a idéia de desconsideração ética e jurídica da vida humana desde a concepção. E continua:

O período do embrião pré-implantatório, que indica uma das muitas fases do processo contínuo de desenvolvimento humano, e que também poder-se-ia, com rigor, denominar fase embrionária, revela apenas que o blastocisto, ainda não se implantou na mucosa uterina.

No que se refere ao desenvolvimento do ser humano, é importante salientar a dificuldade de estabelecer etapas exatas. Isto porque, quando se estabelece uma distinção de valor do ser humano de acordo com etapas predeterminadas, é possível concluir que um embrião em sua fase inicial ainda não é um homem tanto quanto um adolescente é “menos humano” que um indivíduo adulto.²³

²² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 126.

²³ MEIRELLES, op. cit., p. 135.

Saliente-se, ainda, que o Pacto de São José da Costa Rica²⁴ dispõe, no artigo 3º, que “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade”. Além disso, o inciso I do artigo 4º prevê que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.²⁵ Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Ademais, a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas,²⁶ traçando os contornos jurídicos do conceito de criança, assim dispõe: “Entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Da mesma maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seus artigos 1º e 2º²⁷, a proteção integral da criança e do adolescente, considerando criança, para tal finalidade, a pessoa até doze anos incompletos. Observa-se, assim, que o estatuto em foco estabeleceu um limite máximo para o conceito de criança, silenciando com relação ao limite mínimo.

Desta forma, ao se traçar um parâmetro com os tratados internacionais supradescritos, que foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988²⁸, conclui-se que a proteção da criança, no Brasil, inicia-se antes do nascimento, portanto engloba todos os seres humanos, indiferentemente de serem nascidos ou não-nascidos.

CONCLUSÃO

Em que pese às diversas opiniões sobre o assunto, o entendimento predominante está no sentido de considerar que a vida humana tem início com a fecundação, sendo este evento o marco inicial do desenvolvimento humano, que passa por diversas fases, tanto antes do nascimento como após este. Essas fases são importantes do ponto de vista terminológico, mas desprovidas de utilidade quando se quer estabelecer um início para a existência do ser humano e, por conseqüência, para sua proteção pelo direito, uma vez que tais fases nada mais são do que etapas do processo contínuo que é a vida humana, desde o zigoto até a idade adulta, quando este ciclo se completa.

Neste sentido, quando o Código Civil dispõe que a “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, tutela o ser humano desde o mais primitivo

²⁴ Ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

²⁵ Grifou-se.

²⁶ Promulgada no Brasil através do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

²⁷ ECA (Lei Federal n.º 8.069/90), arts. 1.º e 2.º: “**Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente**”. “**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**”.

²⁸ Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: “**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**”.

estágio, qual seja, o zigoto, devendo a concepção ser entendida como fecundação. Destarte, ela ocorre no momento em que se dá a fusão entre o gameta feminino e o gameta masculino, dando origem a um indivíduo totalmente diferente daqueles que contribuíram biologicamente para sua formação.

Por todo o exposto e com toda a vênua cabível, pensa-se que só se poderia negar proteção ao nascituro na fase de embrião ou de zigoto – não importando a terminologia empregada pelo operador do direito - se se considerasse que nesta fase ou nestas fases de seu desenvolvimento ele poderia ser considerado como algo, e não como alguém, como um objeto, e não um ser humano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI – dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. 1 Cd Rom.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1850>>. Acesso em: 09 set. 2005.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Manual de Sexologia médico-legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Tomo I.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

PUSSI, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, v. XXXIV. p. 15.

SERRÃO, Daniel. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=EntrevistaIntegra&id=12>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro** – aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito** – Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTR, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.