

RELEXÕES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO ACERCA DO PRINCÍPIO *CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR*

CAVAGNOLI, Carine¹, HENKES, Silvana L. (orientadora)²

Faculdade de Direito - Universidade Federal de Pelotas

1. INTRODUÇÃO

O marco inicial da vida humana é a fecundação, pois é a partir deste momento que o nascituro tem sua carga genética plena e diferenciada a do pai e à da mãe. O nascituro é um ser individualizado e com autonomia intrínseca desde a primeira fase da evolução, e não como defendido outrora, como sendo uma parte, uma entranha do corpo materno: *pars viscerum matris*. Biologicamente, o embrião (que se forma a partir da primeira divisão do zigoto e se estende até quase o final da oitava semana, quando as suas principais estruturas já começaram a se formar) e o feto (que se estende da 8ª semana até o nascimento) são seres vivos e, portanto, têm direito à vida, ao desenvolvimento saudável, à qualidade de vida, à integridade física. Essas são as razões pelas quais o Direito Penal criminaliza condutas contra a vida do *conceptus sed non natus* em seus artigos 124 ao 127.

A partir disso, a vida por si própria, independe do nascimento e o nascituro já faz parte das relações sociais e jurídicas. Socialmente, a família e os amigos dos pais compartilham sentimentos, emoções e ações em torno da chegada do bebê: o planejamento do enxoval, a escolha do nome, os exames de ultrassonografia etc. Juridicamente, conforme salientado, o Direito Penal brasileiro, criminaliza condutas que impedem o desenvolvimento da gestação. E ainda, de acordo com Pontes de

¹ Acadêmica do 4º ano em Direito da Universidade Federal de Pelotas, membro do Grupo de Iniciação à Pesquisa (GIP – UFPel), bolsista UFPel.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, líder do Grupo de Iniciação à Pesquisa (GIP – UFPel), orientadora.

Miranda, outros dispositivos do Direito brasileiro podem e devem ser aplicados, já que o nascituro é “pessoa” e “sujeito de direitos”. O Direito Romano adotava o princípio *conceptus pro iam nato habetur*, ou seja, o nascituro deve ser considerado como já nascido, quando se tratar de seu interesse. Este princípio deveria inspirar o legislador brasileiro acerca da tutela jurídica conferida ao nascituro. Contudo, a legislação civil brasileira tão-somente resguarda os seus interesses antes do nascimento (art. 2º do Código Civil/2002), diferenciando sua tutela da pessoa nascida. Dessa forma, é necessário que o ordenamento jurídico se coadune com a realidade contemporânea, com as outras ciências e com as novas tecnologias, dirimindo os descompassos acerca da tutela da vida, em especial da sua origem. Logo, o nascituro não é um membro ou uma parte do corpo da mãe, é um ser em formação que deveria ser considerado nascido, no sentido de aquisição de direitos, (com exceção dos direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança) desde a fecundação, pois este é o marco inicial para um processo contínuo de desenvolvimento humano que, por sinal, não termina com o nascimento.

A Constituição Federal brasileira (1988), em seu art. 5º assegura a *todas* as pessoas a igualdade de direitos e em outros dispositivos garante o direito à vida, à saúde, à alimentação, já que isto está fundado em valores supremos, além de estabelecer a dignidade da pessoa humana como seu princípio basilar. Assim, pode-se compreender a partir das lições de Pontes de Miranda, que estes dispositivos são aplicáveis também ao nascituro (pessoa em formação) e não somente à pessoa nascida.

Portanto, é importante que o Direito compatibilize a tutela do pré-nato de modo que a eficácia dos seus direitos não dependa do subjetivismo do operador jurídico. Vislumbra-se na jurisprudência pátria de forma crescente, assim como em doutrinas, a adoção da teoria concepcionista em oposição à natalista, embora esta seja a adotada pelo legislador brasileiro na primeira parte artigo do 2º. Código Civil. Por aquela teoria o nascituro é pessoa desde a concepção. Para esta, é somente com o nascimento com vida que se adquire personalidade civil. Da adoção de uma ou outra decorre a maior ou menor tutela ao nascituro, ou seja, da vida.

2. METODOLOGIA (MATERIAL E MÉTODOS)

Utilizou-se como marco teórico, acerca da afirmação de quem é pessoa e sujeito de direitos, a obra de Pontes de Miranda. Foram pesquisadas diversas obras além de artigos científicos, nacionais e estrangeiros, como os estudos da Professora Silmara Juny de Abreu Chinellato, que defende a personalidade do nascituro desde a concepção sem “malabarismo” de argumentação”; os de Maria Helena Diniz sobre bioética e biodireito nos quais afirma que a vida tem valor fundamental e defende que o Direito não se desvincular das ciências da vida e da saúde; o de Márcio Accioly de Andrade o qual faz uma investigação exemplar sobre o nascituro; o de Eva María Polo Aréolvalo cujo escopo é analisar a origem e o significado do princípio *conceptus pro iam nato habetur* e, por fim, o de Keith L. Moore que estuda o desenvolvimento humano e descreve as etapas de formação da pessoa, sendo a fecundação o início da vida, a origem de um processo contínuo, do desenvolvimento humano. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método dedutivo porque a partir das lições de Pontes de Miranda, entende-se que a tutela jurídica das pessoas é aplicável às pessoas nascidas e não nascidas, porquanto pessoas e sujeitos de inúmeros direitos, ainda que sem a aquisição de uma personalidade jurídica plena.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O objetivo geral desse trabalho é demonstrar que é necessário suprir o descompasso quanto à origem da vida entre Direito e a Medicina visando ampliar a tutela jurídica da vida do nascituro. É preciso tornar eficaz os seus direitos. O Direito tem o dever de acompanhar as evoluções da vida e das demais ciências, neste sentido, os estudos das ciências médicas tiveram um avanço significativo nas últimas décadas, como o estudo da embriologia, perinatalogia e da genética. Hoje é possível, por exemplo, saber a partir da análise do DNA com poucas semanas de gestação qual é o sexo do bebê e de quantos bebês é a gestação, se eles têm alguma anomalia resultante do mau desenvolvimento tendo em vista que há mais de cinquenta espécies de intervenções cirúrgicas que podem ser feitas quando o nascituro ainda está no útero materno, isso se diagnosticadas a tempo, como a correção do lábio leporino, a hérnia diagramática, a espinha bífida, as doenças congênitas do coração.

Importa ressaltar que a pesquisa está em sua fase inicial, de modo que não se pode apresentar todos os resultados alcançados, mas já podem ser destacados alguns: 1. A vida inicia com a fecundação e o Direito não pode desconsiderar esta realidade; 2. Quem tem direito deve ser considerado pessoa/sujeito de direitos; por isso, ao nascituro devem ser ampliados os direitos inerentes à pessoa e assim, seu tratamento jurídico deve ser sedimentado no princípio da dignidade da pessoa humana, porque se visa à proteção e a tutela da pessoa, integrando-a em harmonia com o contexto social; 3. Mais do que assegurar direitos, o Direito deve se preocupar em compatibilizar os direitos entre o nascituro e o nascido, mesmo que isso não represente a aquisição da personalidade jurídica (ampla) e de capacidade de direito por aquele.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que a vida humana inicia com a fecundação, e pelo simples fato do nascituro desde a concepção já ser um ser totalmente individualizado, tendo uma carga genética plena e diferenciada, já pode ser considerado pessoa e, conseqüentemente, sujeito de direitos, de acordo com as lições de Pontes de Miranda. Assim, a Teoria Concepcionista, que outorga ao nascituro uma personalidade jurídica restrita deve ser aplicada erradicando do ordenamento jurídico a Teoria Natalista que não encontra amparo na realidade contemporânea: DNA, exames de imagem do nascituro em 3D e 4D etc. Dessa forma, uma legislação mais humana é aquela que se preocupa não somente com a vida da pessoa nascida, mas acima de tudo com a “vida” independente do estágio de sua evolução. Por isso, é necessário assegurar ao nascituro um desenvolvimento intra-uterino saudável, para que após o nascimento sua vida tenha qualidade e saúde. Ademais, o princípio constitucional da dignidade humana é um valor-guia quanto à proteção do nascituro porque é “o ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico”. Por conseguinte, o princípio *conceptus pro iam nato habetur* está em consonância com a realidade e com a necessidade de garantir e de ampliar os direitos do nascituro, mesmo que isso não represente a conquista da personalidade jurídica plena.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Márcio Accioly de, BITTAR, Eduardo C. B., Nascituro – Pessoa Humana, sujeito de Direitos. **Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Malheiros editores Ltda, 2010, pp. 136 – 149 e 239 – 266.

ARÉOVALO, Eva María Polo, “Origem y significado del principio conceptus pro iam nato habetur em derecho romano y su recepcion em derecho historico español y em el vigente Codigo Civil”. **Repositorio Universidade da Coruña (RUC)** 11, 2007. disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2521/1/AD-11-41.pdf>

CHINELATO, Silmara J. A., **Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro**, In: “Pessoa humana e direito”, Coimbra: Almeida, 2009, pp. 411 - 466.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual de Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição – 2007 pp. 4 - 65.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo VII. Campinas: Editora Bookseller – 2000, pp 207 - 235.

MOORE, Keith L. **Embriologia Clínica**. Rio de Janeiro: Elsevier editora Ltda , 8ª edição – 2008, pp. 2 - 13.