

# BIOÉTICA E DANO PRÉ-NATAL

*Silmara Chinelato e Almeida*

**Sumário:** 1. *Bioética: Aspectos fundamentais.* 1.1 *Origem do vocábulo.* 1.2 *Conceito e etimologia.* 1.3 *Objeto da Bioética e direitos de personalidade do nascituro.* 2. *Conceito de Nascituro.* 3. *Condição jurídica do nascituro: três correntes fundamentais.* 4. *Nascituro e direitos da personalidade: o dano pré-natal.* 4.1 *Direito à vida.* 4.2 *Direito à integridade física.* 4.3 *Pesquisa em seres humanos.* 5. *Conclusões. Bibliografia.*

## **1. Bioética: aspectos fundamentais.**

### **1.1 Origem do vocábulo.**

Para ELIO SGRECCIA<sup>1</sup>, um dos mais respeitados estudiosos de Bioética, Diretor do Centro de Bioética de Milão, atribui-se ao oncólogo VAN RENSSLAER POTTER o emprego, pela primeira vez, do vocábulo *bioética*, em 1970, no artigo *The Science of survival* e, em 1971, na obra *Bioethics: bridge to the future*.<sup>2</sup>

Adverte SGRECCIA que, embora POTTER tenha sido o primeiro a utilizar o vocábulo *bioética*, ela nasceu, em seu sentido próprio, nos Estados Unidos e não apenas nesta obra.

POTTER diagnosticou a preocupação presente na comunidade internacional, nas discussões científicas e da sociedade ci-

---

<sup>1</sup> *Manual de Bioética I - Fundamentos e Ética Biomédica.* São Paulo, Edições Loyola, 1996. Traduzido por Orlando Soares Moreira do original *Manuale di bioetica I. Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 1988. O autor apóia-se em C. Viafora (org.), *Vent'anni di bioetica: idee protagonisti istituzioni*, Padova, 1990 e D. Gracia, *Fundamentos de bioética*, Madrid, 1989.

<sup>2</sup> "Bioethics: the science of survival". In: *Perspectives in Biology and Medicine*, 1970, 14(1), p. 127-53. *Bioethics: bridge to the future.* New York, 1971.

vil: o perigo que representa, para a sobrevivência de todo o ecossistema, a separação entre as duas áreas do saber – o científico e o humanista.

Segundo ele, o único caminho possível para a iminente catástrofe, é uma ponte entre as duas culturas: a científica e a humanístico-moral.

A ética não deve, segundo POTTER, se referir somente ao homem, mas, sim, à biosfera em seu conjunto, para cada intervenção do homem sobre a vida em geral. A bioética deve se ocupar em unir a ética e a biologia, os valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência de todo o ecossistema .

A bioética tem a tarefa de ensinar como utilizar o conhecimento em âmbito científico-biológico. Não basta para tanto o “instinto” de sobrevivência, mas elaborar uma *ciência* da sobrevivência, que o autor identifica com a bioética.

POTTER enfatiza a necessidade de se superar a tendência pragmática do mundo moderno que aplica imediatamente o saber sem uma mediação racional e muito menos moral. A aplicação do conhecimento científico pode ter conseqüências imprevisíveis sobre a humanidade, até pelo efeito da concentração do poder biotecnológico nas mãos de poucos.

Em conclusão à análise do pensamento de POTTER, SGRECCIA anota a ênfase dada por este autor à situação de alarme que movimenta a bioética e a preocupação crítica quanto ao progresso da Ciência e da sociedade, expressando a dúvida sobre a capacidade de sobrevivência da humanidade justamente por efeito do progresso científico, o que constitui um paradoxo.<sup>3</sup>

## **1.2 Conceito de Bioética e etimologia.**

O conceito que encontra boa aceitação por parte da Doutrina, inclusive por ELIO SGRECCIA, é o contido na *Encyclopedia of Bioethics*, de 1978: “*estudo sistemático da conduta humana*

---

<sup>3</sup> Vide p. 24 da obra de Elio Sgreccia.

no âmbito das ciências da vida e da saúde considerada à luz de valores e de princípios morais”.<sup>4</sup>

Adverte SGRECCIA que o âmbito das ciências da vida e da saúde compreende, por isso, a consideração da bioesfera, para além da Medicina, como as que se referem aos problemas demográficos e ambientais.

No Congresso Internacional realizado em Erice, em fevereiro de 1991, cujo tema foi *New trends in forensic haematology and genetics. Bioethical problems*, foi elaborado o denominado *Documento de Erice* no qual, enfatizando-se a metodologia interdisciplinar, sua aplicação ao “reino biológico”, mais amplo do que o da Medicina, aceita-se o conceito da *Encyclopedia of Bioethics*.

Para MARCO SEGRE, Professor titular do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da USP, Bioética “é a parte da Ética, ramo da Filosofia, que enfoca as questões referentes à vida humana (e, portanto, à saúde). A Bioética, tendo a vida como objeto de estudo, trata também da morte (inerente à vida).”<sup>5</sup>

Adverte o ilustre Professor que a Macrobioética trata de matérias como a Ecologia, visando à preservação da espécie humana no planeta. A Medicina Sanitária se dirige à saúde de determinadas comunidades ou populações e a Microbioética se volta fundamentalmente para o relacionamento entre os profissionais de saúde e os pacientes e entre as instituições – públicas ou privadas – e estes e, ainda, entre as instituições e os profissionais de saúde.

Acentuando a origem etimológica do vocábulo, REGINA FIUZA SAUWEN e SEVERO HRYNIEWICZL lembram que Bioética consiste no esforço em estabelecer um diálogo entre a ética e a vida, já que, em grego *bíos* significa vida e *éthiké*, ética.

<sup>4</sup> *Encyclopedia of Bioethics*, I, Reich editor, p. XIX, apud Elio Sgreccia, op. cit. p. 43.

<sup>5</sup> *Definição de Bioética e sua relação com a Ética, Deontologia e Diceologia*. In: *Bioética*. Marco Segre e Cláudio Cohen organizadores, São Paulo, Edusp, 1995, p. 22-29.

Para os autores, ambos professores da Universidade Gama Filho (RJ): *“Bioética é um estudo interdisciplinar, ligado à Ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular.”*<sup>6</sup>

Já no conceito que os autores propõem se alude à interdisciplinidade, tônica da Bioética, a que se referem todos os Doutrinadores, entre os quais se incluem SGRECCIA e SEGRE.

### **1.3 Objeto da Bioética e direitos de personalidade do nascituro.**

ELIO SGRECCIA acentua que seus estudos têm a opção qualitativa de perfilhar, como referência, a antropologia personalista desenvolvida no pensamento clássico patrístico, adotada por Santo Tomás de Aquino e reavivada por outros pensadores, também relevantes, como J. MARITAIN, E. MOUNIER, E. GILSON, G. CAPOGROSSI e A. GEMELLI *“que foram buscar na força da razão, não prejudicada, mas sustentada pela fé cristã, os critérios de avaliação ética.”*

Em lição lapidar, acentua SGRECCIA a grande diretriz de sua obra: *“Esta escolha não pode ser ideológica: a pessoa humana continua sendo uma grandeza que transcende, no mistério de sua liberdade e responsabilidade, até mesmo o esforço de autocompreensão e é o fim, e não o meio, do agir ético.”*

Não se chegou, ainda, a um consenso sobre qual seja o objeto da Bioética, conforme adverte ELIO SGRECCIA.

Alguns propõem que ela deva tratar predominantemente dos problemas surgidos com as aplicações da genética ou da bioengenharia. Outros, que ela deva compreender também os temas da ética médica tradicional.

Também lavra dissenso quanto aos critérios fundamentais. Deveria ser uma filosofia da ciência médica ou deveria oferecer a

---

<sup>6</sup> O Direito *in vitro*. Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

descrição evolutiva dos problemas e horizontes éticos trazidos pelo progresso inevitável da Humanidade? Deveria ter como tendência, enquanto ética, a orientação normativa do agir do médico?

Anota o autor a vasta bibliografia sobre Bioética, ampla mas ainda não sistematizada, na qual se colhem as diferenças apontadas nas indagações supra. A extensão das fontes existentes e o conhecimento multidisciplinar são desafios de quem pretende enfrentar a matéria.

Observa SGRECCIA que o tratado de bioética tem hoje três grandes momentos que, no nosso modo de ver, relacionam-se com o próprio objeto: a) bioética geral, b) bioética especial, c) bioética clínica.

A bioética geral trata das fundações éticas, estudo dos valores e princípios originários da ética médica e sobre as fontes documentais (direito internacional, deontologia, legislação).

A bioética clínica ou de decisão examina no caso concreto da práxis médica, quais os valores em jogo e por quais caminhos se poderá encontrar a linha de conduta sem modificar tais valores.

Observa o autor que não se pode separar a bioética clínica da geral, ainda que se possa reconhecer que os casos concretos apresentem quase sempre múltiplos aspectos que devem ser avaliados.

A bioética especial é que mais nos interessa nesta oportunidade, pois relaciona-se com o assunto por nós eleito: direitos de personalidade do nascituro. Analisa os grandes problemas, enfrentados no âmbito médico e no biológico: engenharia genética, aborto, eutanásia, experimentação clínica em seres humanos.

Uma das questões fundamentais da bioética relacionadas à pessoa humana é o conceito e natureza do embrião pré-implantatório e do já implantado.

A tomada de posição do cientista ou doutrinador repercutirá no tema a que nos propomos enfrentar, sem pretender exauri-lo: Direitos de Personalidade do Nascituro.

O termo pré-embrião – empregado por alguns como MAC LAREN, membro do Comitê inglês Warnock – não é científico e é discriminatório.

Quanto a não ser científico, manifestou-se RENÉ FRYDMAN no IV Congresso Latino Americano de Esterilidade e Fertilidade, realizado em São Paulo, de 26 a 30 de junho de 1993, na Mesa de Discussões “*Reprodução Assistida - Aspectos legais, éticos e morais*” da qual participamos.

Enfatizou o renomado especialista francês em reprodução assistida, que de embrião já se trata. O termo técnico correto é *embrião pré-implantatório*.

Fica claro para nós que a intenção às vezes velada e às vezes declarada é descaracterizá-lo como ser humano, possibilitando a manipulação genética de modo mais amplo. Por isso é discriminatório.

Quanto à humanidade do embrião pré-implantatório e sua natureza de pessoa humana manifestam-se inúmeros autores das várias áreas da Ciência.

Na Filosofia e Bioética, citamos, exemplificativamente, além de ELIO SGRECCIA, MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO<sup>7</sup>, da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, ANTONIO TARANTINO, Diretor do Centro de Bioética e Direitos Humanos da Università di Lecce.<sup>8</sup>

Entre os médicos, citamos, por todos, JÉRÔME LÉJEUNE<sup>9</sup>, descobridor das causas da síndrome de Down, e ANGELO SERRA.<sup>10</sup> No Brasil, merece relevo a obra de GENIVAL VELOSO FRANÇA.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Entre seus vários estudos, citamos *O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito*. Separata da revista *O Direito*, ano 123.<sup>o</sup>, 1991, IV, Lisboa

<sup>8</sup> *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro* (coordenador). Studi Giuridici - sezione di Filosofia del Diritto e della Politica, Università degli Studi di Lecce. 1. Ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>9</sup> Confronte-se *Genética Humana e Espírito*. Conferência pronunciada no Senado Federal, no dia 22.8.91. Publicação do Senado Federal, Brasília, 1992. Nesta conferência o autor sintetiza as teses defendidas em outras obras.

As recentes técnicas de reprodução assistida propiciaram o surgimento dos denominados “direitos de quarta geração” – os derivados dos efeitos da pesquisa biológica, conforme NORBERTO BOBBIO.<sup>12</sup>

Trouxeram, ainda, um grande benefício para as Ciências, possibilitando uma nova reflexão acerca da natureza ontológica, biológica e jurídica do embrião pré-implantatório.

Com a natural perplexidade que esta nova realidade causou, vemos como aspecto positivo, que o centro das discussões e das dúvidas desloca-se do nascituro – cuja natureza ontológica, biológica e jurídica hoje se aceita com menos dificuldade, para quem a vislumbrava, do que outrora – para o embrião pré-implantatório.

## 2. Conceito de Nascituro.

O tema nascituro é pouco tratado no Brasil, ao contrário do que ocorre em outros países. É relevante e atual, tendo em vista as novas técnicas médicas de reprodução humana assistida ou fertilização assistida e a engenharia genética que propiciam o aflorar dos denominados *direitos de quarta geração*, conforme propõe NORBERTO BOBBIO.

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação *in vitro*, que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do embrião *in anima nobile*, para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida.

---

<sup>10</sup> Sgreccia. *Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto, e alla teologia*. In: *Nuova genetica e embriopoesi umana*, Serra A. e Sgreccia, E., Di Pietro M. L. coordenadores. Vita e Pensiero, Milano, 1990. P. 69-70. Em obra anterior o autor também tratou do assunto:

*Quando comincia un essere umano*. In: *Il dono della vita*. E. Sgreccia, coordenador. Vita e Pensiero, Milano, 1987, p. 99-105.

<sup>11</sup> *O Direito Médico*. 6. ed., Fundo Editorial Bik, 1994.

<sup>12</sup> *A era dos Direitos*. 9.ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992. Tradução por Nelson Coutinho do original *L'età dei diritti*, Giulio Einaud Editore, 1990.

A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação. Há a propósito, uma Recomendação (de n.º 1.046, de 24.9.1986) do Conselho da Europa dirigida aos países-membros – mas esperando alcançar os demais – no sentido de proibição de experiências que visem a criar seres em laboratório (ectogênese), o que representa louvável preocupação.

Com raízes no Direito Romano, o conceito tradicional de nascituro pressupõe a concepção *in vivo*. Há necessidade, no entanto, de que a legislação futura, civil e penal – na esteira da lei alemã, de 03 de dezembro de 1990, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1991 – proteja especificamente o embrião pré-implantatário, assim denominado, enquanto *in vitro* ou crioconservado.

Definir a natureza jurídica e ética do embrião pré-implantatário é um dos temas cruciais da Bioética e do BioDireito, tema tratado com profundidade por MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO.<sup>13</sup>

Entre os autores que integram corrente doutrinária expressiva que defende sua qualidade de pessoa – já mencionados, exemplificativamente, na Parte I, n.º 3 supra – citamos, entre os juristas, além de BIGOTTE CHORÃO, GÉRARD MÉMETAU.<sup>14</sup>

Entre os médicos, invoque-se, por todos, JÉRÔME LEJEUNE, premiado geneticista francês, descobridor das causas da síndrome de Down.<sup>15</sup> Em seus vários trabalhos, demonstra o ilustre cientista, que, desde a fecundação, a carga genética é plenamente diferenciada em relação à do pai e à da mãe, sendo o nascituro, desde a primeira fase de evolução, ser individualizado.

Corrente minoritária, movida por interesses utilitaristas, notadamente relacionados com os de manipulação genética,

---

<sup>13</sup> Op.cit.

<sup>14</sup> *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque.* In: Revue trimestrielle de Droit civil, octobre-décembre 1990, p. 611 e ss.

<sup>15</sup> Op.cit.

pesquisa em embriões e destruição dos denominados “*embriões excedentes*”, sustenta não ter ele esta qualidade, devendo ser considerado como *res*, ao menos até o décimo quarto dia a partir da fecundação. Muitos especialistas em reprodução humana assistida defendem esta corrente que, ao que parece, teve seus primeiros adeptos entre médicos dos Estados Unidos da América do Norte.<sup>16</sup>

Corrente intermediária, embora não lhe reconheça a qualidade ética e jurídica de pessoa, não o considera como *res*. Seria uma pessoa *in fieri* ou pessoa virtual e por isso, merecedora de respeito e proteção jurídica.<sup>17</sup>

Cumpra observar que o direito constituindo poderá considerar como nascituro o embrião pré-implantatário. Dadas suas peculiaridades, parece-nos deva a legislação regular de modo diferente os direitos do nascituro implantado *in vivo* e o embrião pré-implantatário, que poderá ser denominado nascituro pré-implantatário, o que não lhe retira a qualidade de ser humano.

### **3. Condição jurídica do nascituro: três correntes fundamentais.**

A despeito de inúmeras teorias sobre o início da personalidade e a condição jurídica do nascituro – muito bem sintetizadas por PONTES DE MIRANDA<sup>18</sup> – podemos reduzi-las, ao menos no Brasil, em três correntes fundamentais: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista.

A primeira delas – natalista – encontra grande número de adeptos que afirmam que a personalidade civil começa do nascimento com vida, alicerçando-se na primeira parte do artigo 4º do Código Civil que estatui: “*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

---

<sup>16</sup> Sobre o assunto consulte-se E. Sgreccia, op. cit., p. 73-78.

<sup>17</sup> Neste sentido, Ascensión Cabrera Infante., Professora titular de Filosofia do Direito, Moral e Política da Universidade de La Coruña, em palestra proferida no Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, São Paulo, no dia 02 de junho de 1999.

<sup>18</sup> *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t.I.

Mencionada corrente não explica, no entanto, porque o mesmo artigo 4º reconhece *direitos* e não expectativas de direitos ao nascituro os quais, assim como os *status*, efetivamente lhe são atribuídos ao longo do Código, como, por exemplo: *status* de filho (art. 458) de filho legítimo, segundo a terminologia adotada antes da Constituição Federal de 1988 (art. 337 e 338), direito de ser reconhecido antes do nascimento (parágrafo único do artigo 357 do Código Civil e parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente), direito à curatela (458 e 462), à representação (462, caput combinado com arts. 383, V e 385), direito de ser adotado (372).

Baseia-se, também, a corrente natalista, na errônea afirmação de que no Direito Romano o nascituro não era considerado pessoa, o que foi muito bem contestado pelo professor Titular de Direito Romano, PIERANGELO CATALANO, da Universidade de Roma (La Sapienza) em pesquisa específica a respeito da condição jurídica do nascituro, no Direito Romano, em suas várias fases.<sup>19</sup>

A segunda corrente, denominada da personalidade condicional, reconhece a personalidade, desde a concepção, com a condição de nascer com vida. Constitui a corrente adotada por CLÓVIS BEVILAQUA no art. 3º de seu Projeto de Código Civil.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> "Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro)". In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 45/7-15, ano 12, julho a setembro de 1988.

<sup>20</sup> Assim se expressa Clóvis Bevilacqua in Projecto do Código Civil Brasileiro - Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Projecto primitivo e revisto. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1: "Onde a verdade? Com aqueles que harmonizam o Direito Civil consigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação de aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa, como o fizeram os códigos e projectos acima citados, de acordo com os quaes se mostra Raoul de la Grasserie."

O notável civilista pátrio embora tenha-se aproximado bastante da teoria concepcionista, deixa à margem de suas indagações os Direitos da Personalidade – entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida – direitos absolutos, incondicionais, não dependentes, pois, do nascimento com vida.

Não se poderá afirmar, porém, que CLÓVIS BEVILAQUA, enquanto doutrinador, fosse adepto da teoria da personalidade condicional, pois ao comentar o artigo 1537 do Código Civil, afirma que a indenização em caso de homicídio se estenderá aos filhos nascidos e nascituros, equiparando-os.<sup>21</sup>

É mister observar que o Projeto Bevilacqua, bem como o Código Civil brasileiro vigente, são datados de época em que entre nós não estava plenamente divulgada e alicerçada a Doutrina dos Direitos da Personalidade, falha na qual não incide o Projeto de Código Civil atual (Projeto nº 634-B, de 1975 - arts. 11 a 21).

A terceira corrente doutrinária é por nós denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da Personalidade condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.

Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentamos em nossa tese de Doutorado e em trabalhos posteriores, que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como *enunciado negativo de uma con-*

---

<sup>21</sup> *Código Civil Comentado*. 5. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1938, v. 4.

*dição resolutiva*, isto é, o nascimento *sem* vida, porque a segunda parte do artigo 4º. do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem *direitos* (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

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.

Fundamentam nosso entendimento os artigos 119, 1.186, 1.572, 1.778, todos do Código Civil e os artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil, que cuidam da posse em nome do nascituro, como medida cautelar (ou processo de jurisdição voluntária, como preferem alguns processualistas).

Convém ressaltar importante contribuição dada pelo R. voto vencido do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek, no RE nº. 99.038-1-MG – j. em 18.10.83, DJ, 5, out. 1984. Ementário n. 1352-2 – quanto à não-taxatividade dos direitos do nascituro, razão por que entendia ser nula a compra e venda de ascendente a descendente, sem o consentimento do filho nascituro, por seu representante legal.

Entre os adeptos da corrente concepcionista, além de nós, incluímos: TEIXEIRA DE FREITAS<sup>22</sup>, PONTES DE MIRANDA<sup>23</sup>, R. LIMONGI FRANÇA,<sup>24</sup> ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA e ANDRÉ FRANCO MONTORO<sup>25</sup>, IVES GANDRA DA SILVA

---

<sup>22</sup> *Consolidação das leis civis*, 3. ed. Rio de Janeiro, H. Guarnier, 1886 e *Esboço do Código Civil*, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

<sup>23</sup> *Tratado de direito privado; Parte Geral - Introdução - Pessoas físicas e jurídicas*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t.1, e *Tratado de direito privado; Parte especial - Direito de família - Direito parental - Direito protectivo*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t.II.

<sup>24</sup> *Manual de Direito Civil*. 3. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

<sup>25</sup> *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1953.

MARTINS<sup>26</sup>, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO,<sup>27</sup> JOSÉ TAVARES,<sup>28</sup> MARIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO<sup>29</sup>, Professor da Universidade Católica Portuguesa, que muito tem contribuído para nossas reflexões. A RUBENS LIMONGI FRANÇA – de quem nos confessamos sempre discípula – se deve a estrutura fundamental da corrente concepcionista.

A tomada de posição no sentido de que o nascituro é pessoa importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são concedidos pelo Código Civil e outros diplomas legais, uma vez que se afasta na espécie, porque inaplicável, a regra de interpretação *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao nascituro, outro postulado hermenêutico, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras *só, somente, apenas* e outras similares, inexistentes no artigo 4.º que, ao contrário, refere-se genericamente a *direitos* do nascituro.

Entre os que não são expressamente previstos, inclui-se o direito a alimentos, reconhecido ao *conceptus* desde o Direito Romano, conforme textos do Digesto 37, 9.1 (*De ventre in possessionem mittendo, et curatore ejus*).

De fundamental importância, porque diretamente relacionado ao direito à vida e à integridade física- ambos Direitos da Personalidade – o direito a alimentos do nascituro, que visa à adequada assistência pré-natal, foi objeto de trabalho específico,

---

<sup>26</sup> "Fundamentos do Direito Natural à vida". In: *Revista dos Tribunais* v. 621:27-30.

<sup>27</sup> *O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do direito Português. Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 8, p.75-89, Forense, 1990. Consulte-se, também, do ilustre civilista, a valiosa obra, de leitura obrigatória para os estudiosos da *Parte Geral do Direito Civil, Direito Civil. Introdução*. 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999

<sup>28</sup> *Os Princípios fundamentais do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1928, v.2.

<sup>29</sup> *O Problema da natureza...cit.*

de nossa lavra – *Direito do Nascituro a Alimentos: do Direito Romano ao Direito Civil*.<sup>30</sup>

#### 4. Nascituro e Direitos da Personalidade: o dano pré-natal.

Conforme leciona R. LIMONGI FRANÇA<sup>31</sup>, direitos da personalidade “são as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.”

Uma vez mais pedimos vênia para nos fundamentar nas lições deste preclaro mestre ao tratar da natureza dos Direitos em tela. Conforme adverte o eminente civilista, a despeito de ser a lei a forma fundamental de expressão do Direito, outras existem, complementares, como reconhecido no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Criticando a posição positivista de Adriano De Cupis<sup>32</sup> adverte: “Assim, além de Direitos Privados da Personalidade definidos em lei, outros há reconhecidos pelo costume e pelo Direito Científico. É o caso do Direito ao Nome, do Direito à Imagem, Do Direito Moral do Escritor.”

“O fundamento próximo da sua sanção é realmente a estratificação no Direito Consuetudinário ou nas conclusões da Ciência Jurídica. Mas o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o Direito Natural.”<sup>33</sup>

A despeito de o Código Civil não ter tutelado sob tal denominação e de modo sistemático, os Direitos da Personalidade, reconhece-os, sim, em vários dispositivos, como os artigos 1.537 a 1.553 (“Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”).

---

<sup>30</sup> Revista da Procuradoria Geral do Estado de S. Paulo, v. 34: 169-185. O mesmo artigo encontra-se publicado na Revista de Direito Civil n.º 54: 52-60.

<sup>31</sup> *Manual de Direito Civil*, 3.ed., SP, RT, 1981 e *Direitos da Personalidade*. Coordenadas Fundamentais. Revista dos Tribunais, v. 56:9-16.

<sup>32</sup> *Os Direitos da Personalidade*. Livraria Moraes, Lisboa, 1961. Tradução de Adriano Vera Jardim.

<sup>33</sup> *Direitos da Personalidade*. Coordenadas Fundamentais. Cit., p.1.

Cumpra anotar o relevante papel da Jurisprudência na tutela dos Direitos da Personalidade, ao considerar a existência de alguns deles não previstos expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, como o direito à imagem, hoje consagrado no artigo 5.º incisos V, X e XXVIII, a da Constituição Federal. O reconhecimento – inclusive por parte do Supremo Tribunal Federal, conforme o demonstra acórdão inserto na RT 558/230, prolatado no R.E. n.º 91.328-9-SP –, do direito à imagem, com base nos ensinamentos da Doutrina nacional e estrangeira, atesta que não só a lei é forma de expressão do Direito.

Assentado que os Direitos da Personalidade são plenamente acolhidos no ordenamento jurídico brasileiro, em cuja abrangência se incluem a Doutrina ou Direito Científico, a Jurisprudência e a Lei – sendo irrelevante que não o sejam sob tal denominação, pelo Código Civil – 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 concebida, no ventre materno e ainda não ter sido dada à luz.

Divergindo apenas em parte – e não em substância – da classificação tripartite dada por R. LIMONGI FRANÇA, nas obras retro mencionadas, aos Direitos da Personalidade, classificamos em quatro categorias fundamentais, colocando o Direito à Vida, como categoria autônoma, não-integrante do Direito à Integridade Física, por ser um Direito condicionante, do qual dependem todos os demais.

Consideramos, destarte, a seguinte divisão quadripartite: Direito à Vida, Direito à Integridade Física, Direito à Integridade Moral e Direito à Integridade Intelectual.

#### **4.1 Direito à Vida.**

O Direito primordial do ser humano é o direito à vida, por isso denominado direito condicionante, já que dele dependem os demais. Como bem esclarece ANTONIO CHAVES, em lição lapidar: *“Existe um conjunto de normas que podem ser rastreadas em*

*todas as legislações, quando não explícitas, nelas contidas implicitamente e que são tão essenciais que mal se concebem separadas do próprio conceito de civilização e de acatamento à pessoa humana. O respeito à vida e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer.”*<sup>34</sup>

Ainda que o direito à vida não fosse tutelado pelo sistema jurídico, sua natureza de Direito Natural legitimaria a imposição *erga omnes*.

A Constituição Federal assegura no caput do artigo 5º – que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais – a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção.

O inciso XXXVIII do mesmo artigo, reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a licença à gestante, com a duração de cento e vinte dias, no artigo 6º, inciso XVII, a; proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro .

Cumprе salientar que até o texto final da Constituição vigente, a questão do início da vida foi objeto de inúmeras polêmicas – se a partir da concepção ou do nascimento – a que nos referimos em *O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituendo*.<sup>35</sup>

A definição expressa do início da vida, ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, embora pareça-nos que a Constituição Federal protege inequivocamente o nascituro.

No âmbito do Direito Penal, tutelam o direito à vida os artigos 121 a 127 que incriminam o homicídio, o aborto e o infanticídio.

---

<sup>34</sup> *Tratado de Direito Civil, Parte Geral*, 1. ed., SP, RT, 1982, v.1, t.1., p.435.

<sup>35</sup> *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1989, p. 39-52.

Anote-se que, conforme observa com propriedade WALTER MORAES, trata-se de exclusão de punibilidade, não, de exclusão de antijuridicidade. Por esta razão, segundo ele, o juiz não teria legitimidade para autorizar o aborto.<sup>36</sup>

No Direito Internacional o direito à vida do nascituro é expressamente previsto pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de S. José da Costa Rica, além de ter sido objeto das Recomendações de números 934/82, 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa.

O Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) foi ratificado pelo Brasil aos 25 de setembro de 1992 e ingressou no Direito interno através do Decreto nº 678, de 06.11. 92.

Estabelece no Capítulo II (Direitos Cívicos e Políticos), artigo 4º – Direito à vida: “*1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*”

A seu turno, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, considera em seu preâmbulo: “*Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento;*”

Conforme não passou despercebido a ORLANDO GOMES<sup>37</sup>, ao civilista o exame da significação, natureza e

---

<sup>36</sup> “Autorização judicial para o aborto”. In: *Revista de Jurisprudência do TJSP* v. 99: 19-29. Esta questão divide os penalistas. No mesmo sentido da tese defendida por Walter Moraes, veja-se o amplo estudo de Ricardo Henry Marques Dip intitulado *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico. Alvará para matar*. Revista dos Tribunais, S. Paulo, v. 85, n. 734, p. 517-40, dez., 1996.

<sup>37</sup> “Considerações sobre a liberalização do aborto”. In: *Escritos Menores*. Saraiva, 1981, p. 244-260.

consequências do aborto tem de ser feito à luz dos Direitos da Personalidade. Se se entende que o feto é *pars viscerum matris* – que no texto de Ulpiano, no Digesto<sup>38</sup>, se referia à defesa do interesse da mulher divorciada e do nascituro, frente ao marido, conforme observa PIERANGELO CATALANO<sup>39</sup> – o problema consistirá em saber se a mãe tem o direito de dispor livremente de seu corpo.<sup>40</sup>

A solução oposta, é a dos que entendem que há no feto outra vida sobre a qual não se consente livre disposição.

Esta é, no nosso modo de ver, a solução que encontra respaldo na Biologia e Genética e no Direito dos povos cultos. Como demonstrado pelos biólogos e geneticistas, a carga genética já está plenamente diferenciada, desde a fecundação, não se confundindo com a do pai nem com a da mãe, conforme leciona, com propriedade o biólogo JOSE BOTELLA LLUSIA no prólogo do livro de autoria de Gabriel del Estal, *Derecho a la Vida e Institucion Familiar*<sup>41</sup>, encontrando ressonância nas lições do

---

<sup>38</sup> Ulpiano. D. 25.4.1.1. *Partus enin antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.*

Tradução de Mário Curtis Giordani: “o filho, antes do parto, é uma porção da mulher ou de suas vísceras”.

*O código civil à luz do Direito Romano. Parte Geral.* 2. Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.

<sup>39</sup> In: *Revista de Direito Civil*, v. 45:7-15.

<sup>40</sup> Nos Estados Unidos da América o caso *Roe v. Wade*, de 1973, consagrou a tese no sentido de que o aborto é um direito constitucional da mulher, fundado na 14<sup>a</sup> Emenda que tutela o direito à privacidade. Esta tese, no entanto, sofreu inúmeras críticas, tanto por parte da sociedade civil, como de juristas, entre os quais, alguns defensores do aborto, mas não sob tal fundamento. As decisões posteriores da Suprema Corte dos EUA indicam um enfraquecimento da tese consagrada em *Roe v. Wade*, uma vez que impõe limitações ao exercício do direito de abortar, inexistentes naquela decisão. A respeito, consultem-se: *Akron x Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983), *Tornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986) e *Webster v. Reproductive Health Services*, 109 S.Ct. 3040 (1989). *Hodgson v. Minnesota*, 58 U.S.L. W. 4979 (6/26/90) e *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 58 U.S.L.W. 4979 (6.26.90) discutem aborto da menor e problemas relativos ao consentimento dos pais.

<sup>41</sup> Eapsa, Madrid, 1979.

médico francês JÉROME LEJEUNE, especialista em Genética Fundamental e Professor da Universidade René Descartes de Paris, bem como partícipe da “*Audição Pública sobre problemas jurídicos e éticos da genética humana com especial referência aos problemas relacionados com a engenharia genética*”, destinada a fundamentar as Resoluções do Parlamento Europeu sobre o assunto. O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto – representa apenas um *continuum* do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança à adolescente, e de adolescente a adulto.

No mesmo sentido, o Conselho da Europa, na Recomendação 1046/86, nº.5, consigna: *Fin dalla fecondazione dell’ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicché no si possono fare distinzioni durante le prime fasi del suo sviluppo.*”

Na Recomendação 1.100/89, nº 7, enfatiza: “*l’embrione umano pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione pre-implantatorio, embrione, feto) manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo e, tuttavia, mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica.*”

A lição de TERTULLIANO, na *Apologetica*, 9.8. – “*homo est et qui est futurus, etiam fructus omnis iam in semine est*” – parece sempre oportuna.<sup>42</sup>

Cumprе salientar a importante contribuição dada por V. acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, quanto ao reconhecimento do direito à vida do nascituro e a necessidade e possibilidade de assegurá-lo através da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

---

<sup>42</sup> *Apologia del Cristianesimo. La Carne di Cristo*. Introduzione e note di Claudio Moreschini. Texto latino a fronte. Titolo originale: *Apologeticum de carne Christi*. 2.edizione. Biblioteca Universale Rizzoli. Classici della Bur, Milano, 1996.

Trata-se de acórdão proferido, por votação unânime, na Apelação Cível número 193.648-1, julgada aos 14 de setembro de 1994, sendo Relator o eminente Desembargador Renan Lotufo (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, v. 150: 90-95 e Revista dos Tribunais v. 703: 60-63).

O reconhecimento do direito à vida, desde à concepção, mais propriamente denominado, *direito de viver* por Santos Cifuentes<sup>43</sup> importa, em regra, posição contrária ao aborto.

Em circunstâncias como o perigo de vida da mãe, cede o direito à vida do nascituro, em favor daquela que, já integrada na família e na sociedade, e que talvez tenha a dela depender outras pessoas, o que caracteriza estado de necessidade, reconhecido pelo Direito Penal, bem como configura legítima defesa, consagrada no inciso I do artigo 160 do Código Civil.

Em recente pesquisa jurisprudencial pudemos concluir que embora haja poucos acórdãos que analisaram casos concretos nos quais se pede indenização pela morte de nascituro, as decisões caminham para a o reconhecimento do direito àquela. Inverte-se, assim, a tendência dos acórdãos da década de 70 e parte da de 80.<sup>44</sup>

Com grande satisfação e certeza de que a jurisprudência futura irá trilhar novos caminhos, melhor ponderando o fundamento jurídico, legal e ético que sustenta a personalidade do nascituro, registramos acórdãos mais novos que, no nosso modo de ver, analisaram e decidiram adequadamente .

A Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na Apelação Cível 190.169-3, julgada aos 10 de maio de 1995, v.u., sendo Relator o Juiz Tenisson Fernandes, concedeu indenização por dano moral em decorrência da morte de nascituro. Eis a ementa:

---

<sup>43</sup> *Los Derechos Personalísimos*. 1. Ed., Lerner ediciones, Buenos Aires, 1974.

<sup>44</sup> A pesquisa ampla deste assunto encontra-se em nosso livro *Tutela Civil do Nascituro*, Saraiva, 2.000 (no prelo), com prefácios de Carlos Alberto Bittar e Mário Emílio Bigotte Chorão.

*Indenização – dano moral. Morte de nascituro. Art. 1.537,II do Código Civil. Fixação.*

*Em indenização por dano moral decorrente da morte de feto, admissível a aplicação do art. 1.537,II do CC, em analogia aos casos de homicídio praticado contra menor impúbere, considerando-se razoável o critério que estabelece quantum indenizatório em número de salários mínimos, correspondentes aos meses que mediariam entre o evento danoso e a data em que o nascituro completaria vinte e cinco anos de idade.<sup>45</sup>*

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Segunda Câmara, na Apelação Cível 194.026.779, sendo Relator Juiz Geraldo Cesar Fregapani assim decidiu por unanimidade, aos 17 de novembro de 1994: *Acidente de trânsito. Indenização por dano moral. Induvidosos os sofrimentos, angústia e tensão, por longos oito meses, diante de gravidez com possível prejuízo da vida e/ou integridade física do nascituro, há dano moral indenizável.*

O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro também assentou a indenizabilidade de dano moral pela morte de nascituro, em acidente de trânsito. Trata-se da Apelação Cível n.º 4.227/94, julgada aos 24 de agosto de 1994, por votação unânime, pela Quinta Câmara, sendo relator o juiz Bernardino Machado Leituga.

O mesmo Tribunal acolhe igual diretriz na Apelação Cível n.º 2804/95, julgada aos 13 de junho de 1995, sendo relator juiz Antonio Eduardo F. Duarte. A tese consagrada do cabimento da indenização por dano moral, em virtude de morte do nascituro, foi tomada por unanimidade. O voto vencido cingiu-se apenas ao *quantum*. Por sua relevância, transcrevemos a ementa:

*Atropelamento. Perda do nascituro. Responsabilidade objetiva. Indenização.*

*A morte de um filho em gestação, não importa o motivo, toca profundamente a mulher em seu ponto mais sublime: a maternidade. Atinge um grau elevado na escala de valores morais.*

---

<sup>45</sup> In: *Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, v. 58-59:199-2201.

*A brusca interrupção da gravidez constrange, causa dor e profundo sofrimento. Decorrente de ato ilícito, a perda do nascituro deve integrar o dano moral a ser reparado.*

O acórdão mais recente é do Rio de Janeiro, no qual se analisa a questão como dano moral causado aos pais pela morte de filho nascituro, em virtude de colisão de veículo com o transporte coletivo do qual a gestante era passageira. Reconheceu-se o direito à indenização aos pais como direito próprio, considerando-se o sofrimento pela perda do filho.

Trata-se de Acórdão unânime da 18.a Câmara Cível do TJRJ, AC 3.309/98, cujo Relator é o Des. Nascimento Póvoas, j. aos 26 de maio de 1998, v.u., in DJ.RJ de 13.08.98, p.202.

Vê-se que a indenização pela morte de nascituro pode ser sustentada quer sob o fundamento da transmissibilidade do dano moral – para os defendem a tese da personalidade do nascituro – quer sob fundamento de dano moral causado aos pais, como direito próprio, para os que não reconhecem a personalidade.

#### **4.2 Direito à integridade física.**

Desde a Antigüidade Clássica grega, Hipócrates e Aristóteles preocuparam-se com a Embriologia, ciência que informa a Perinatalogia – ramo da Medicina dedicada primariamente ao feto e ao recém-nascido. Ela, por sua vez, alcança hoje grande desenvolvimento através de novas técnicas como a amniocentese, a ultra-sonografia, a transfusão de sangue, na eritroblastose fetal (incompatibilidade sangüínea entre a mãe e o feto).

Estão em franco desenvolvimento, também, as cirurgias intra-uterinas das quais foi precursor Michael R. Harrison, da Universidade da Califórnia, S. Francisco, desde 1981, para corrigir uma obstrução da bexiga (uropatia obstrutiva), que o cirurgião conseguiu drenar, evitando, assim, a morte logo ao nascer.

Em 1989, Harrison foi o primeiro a operar um feto portador de hérnia do diafragma que causa o desenvolvimento parcial ou mesmo impede o desenvolvimento do pulmão. Esta mesma técnica

– que se encarta nas cirurgias a céu aberto – foi adotada com sucesso pelo Professor Bargy, do Hospital Saint-Vincent de Paul, em Paris.

Em São Paulo, destacando-se o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo em São Paulo, a Escola Paulista de Medicina, a Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, a Medicina Fetal desenvolve-se de modo relevante, através da técnica de catéteres, aplicada a encefalocentese (drenagem do cérebro), em caso de hidrocefalia e a do cordocentese (coleta de sangue do feto através da punção do cordão umbilical, para detectar doenças).

A diversidade de técnicas médicas intra-uterinas, inclusive cirurgias, indica que a Ciência se preocupa com o nascituro em qualquer fase de desenvolvimento, como ser autônomo e independente da mãe, procurando cada vez mais possibilitar-lhe o normal desenvolvimento, tendo por objetivo o nascimento perfeito.

Se o nascituro é pessoa, biológica e juridicamente, se sua integridade física e sua saúde não se confundem com as da mãe, ainda que com ela o concebido mantenha relação de dependência, não há como negar-lhe direito à integridade física e a saúde e deixar de inclui-lo no conceito de *ofendido* do artigo 1538 do Código Civil. Porque o direito à integridade física *lato sensu* – onde se incluem a integridade física *stricto sensu* e a saúde – é do nascituro e não da mãe, não é lícito a ela opor-se a tal direito.

Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do *conceptus* nem a submeter-se à intervenção médica que vise a dissolver medicamento no líquido amniótico que o feto engole instintivamente. Ainda que, na prática, tal recusa possa ensejar situações de fato de difícil solução, no ponto de vista jurídico ela se nos apresenta clara e inequívoca, ensejando responsabilidade civil e penal: não cabe à mãe dispor de direito à saúde que não é seu, mas, sim, do filho nascituro.

A proteção à saúde e à vida pré-natal é reconhecida pelo Direito Norte-Americano, não obstante consagre a liberalização

do aborto, o que parece um contra-senso, já apontado por diversos autores.

Cumpramos observar a tendência atual de restringir tal direito o que é demonstrado pelas decisões posteriores ao caso *Roe v. Wade*, de 1971, conforme já se apontou em nota supra.

Mesmo esta decisão reconhece que o aborto não é um direito absoluto pois devem ser considerados outros interesses. Em nome destes têm sido autorizados hospitais a fazer transfusões de sangue no feto, sem considerar as objeções religiosas dos pais. O direito à saúde e à vida do nascituro, nessas circunstâncias, tornam-se superiores ao direito de liberdade religiosa.

A Suprema Corte de New Jersey assim decidiu em *Hoener v. Bertinato* (1961) e em *Raleigh V. Fitkin Paul Morgan Memorial Hospital* (1964), conforme relatado por William J. Maledon.<sup>46</sup>

A indenização de danos pré-natais, no Direito Estrangeiro, não é nova. Mesmo em sistemas jurídicos que estabelecem o início da personalidade a partir do nascimento com vida, como o artigo 1º do Código civil Italiano.

A despeito de tal norma, uma notória sentença do Tribunal de Piacenza, de 3.7.1950 – in *Foro Italiano*, 1951, I, §987 – declara a responsabilidade dos pais, perante os filhos, quando lhes transmitam uma doença, através da concepção, como a sífilis, que lhes reduza a capacidade física.

No mesmo sentido, decisão de 1952, da Suprema Corte Federal Alemã, concede indenização a uma criança a quem foi transmitida a mesma doença, por transfusão à mãe grávida, de sangue contaminado.

A despeito do § 1º do B.G.B. estabelecer que a personalidade começa a partir do nascimento, o fundamento da decisão é o § 823 segundo o qual quem com dolo ou culpa causa dano à vida, ao corpo, a saúde à liberdade, à propriedade ou outro direito de outrem, é obrigado a ressarcir o dano.

---

<sup>46</sup> *The law and the unborn child: the legal and logical inconsistencies*. Notre Dame Lawyer, 46, p. 348-372.

A questão volta a ser discutida, nos Estados Unidos da América do Norte, fundada na alegação de *wrongful conception* ou *wrongful birth* ou *wrongful life*. Nestas ações judiciais por “dano de concepção por erro” e “dano de nascimento por erro”, os interessados alegam prejuízo pela falha da contracepção ou da esterilização, o que resultou em concepção indesejada, obrigando o casal a criar uma criança não esperada.

No Brasil há inúmeras ações judiciais propostas por mulheres que engravidaram – sem que o quisessem – pela inocuidade de pílula anticoncepcional que tomavam, uma vez que, por fraude cometida por terceiros, os medicamentos eram feitos de farinha.<sup>47</sup>

Nas ações nas quais se alega “dano de vida por erro” é a própria criança quem é autora da ação, por ter nascido em circunstâncias prejudiciais. Argüi dano que só poderia ter sido evitado se o autor da ação não tivesse sido concebido ou tivesse sido abortado – supondo-se que o aborto fosse enquadrado nas hipóteses previstas em lei.<sup>48</sup>

A pergunta fundamental que se deve fazer e a Bioética fornece caminhos para as devidas ponderações, é: a própria existência pode ensejar um dano?

Decorrente da premissa de que o nascituro tem personalidade desde a concepção – comprovada pela gravidez, conforme exigência das Ordenações Filipinas, em harmonia com o Direito Romano e com respaldo nos artigos 877 e 878 do CPC, nas ações de posse em nome de Nascituro – no nosso modo de

---

<sup>47</sup> As ações movidas contra o laboratório que fabricava as pílulas anticoncepcionais têm tido algumas decisões favoráveis, em sede de ações cautelares ou de tutela antecipada. Não se conhece, ainda, decisão de mérito proferida em ação principal. Segundo notícias amplamente divulgadas pela imprensa, as cartelas de anticoncepcionais teriam sido furtadas do laboratório e, para grande prejuízo das consumidoras, colocadas no mercado de consumo.

<sup>48</sup> Sobre *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, consulte-se de H. Tristram Engelhardt, *The Foundations of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1996.

ver, não é necessário aguardar o nascimento com vida para o ajuizamento da ação.

Há casos em que a lesão ao direito à integridade física e à saúde deve cessar, sob pena de obstar o nascimento perfeito.

Capacidade processual o nascituro tem, através de representação e com a intervenção do curador ao ventre (*curator ventris*). O interesse de agir é o dano iminente ou a lesão consumada, bem como o nexo causal cuja prova hoje é de relativa facilidade.

Cumpra acrescentar que, mesmo em épocas distantes em que ela não o era, a Suprema Corte de Columbia (DDC), em decisão pioneira e seguida, depois, pois 29 Estados, enfatizou a necessidade de se decidir o direito material que não poderia ser afastado pela dificuldade relativa da prova. Trata-se do caso *Bonbrest v. Kotz*, de 1946, no qual se requeria indenização por danos causados ao nascituro durante o parto, por erro médico, concedida pela Corte que, afastando a premissa, reconhecida falsa, de que o feto é parte do corpo da mãe, assentou ser ele independente dela, sem se indagar de sua viabilidade.

### **4.3 Pesquisa em seres humanos.**

Outra questão que deve ser analisada à luz do direito à integridade física – e, por vezes, até do direito à vida – é a que envolve pesquisa em seres humanos.

No Brasil, a Resolução n.º 01/88 do Conselho Nacional de Saúde aprova as normas de pesquisas em saúde. O Capítulo V regulamenta e impõe grandes restrições à pesquisa em mulheres em idade fértil, mulheres grávidas, pesquisa em conceptos, pesquisa durante o trabalho de parto, no puerpério e na lactação, bem como a pesquisa em óbito fetal.

As pesquisas não devem expor o nascituro – embrião ou feto – a risco maior que o mínimo, exceto quando o procedimento possa salvar a vida da mulher (art. 34). Serão permitidas pesquisas em grávidas com benefício terapêutico relacionado com a gravidez quando:

“1) objetivarem melhorar a saúde da grávida com um risco mínimo para o embrião ou feto, ou

2) objetivarem aumentar a viabilidade do feto com um risco mínimo para a grávida.” (art; 35).

A pesquisa em fetos poderá ser feita “apenas quando o procedimento experimental assegure máxima segurança para a gravidez, o feto e a grávida”, conforme dispõe o artigo 40.

Vê-se que a Resolução preocupa-se não só com a mãe, como também com o nascituro.

A mesma preocupação foi agasalhada nas *Diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos* publicadas em Genebra, 1993, pelo Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas, vinculado à Organização Mundial da Saúde (CIOMS/OMS), anexadas à Resolução brasileira n.º 1/88.<sup>49</sup>

Dispõe a diretriz n.º 11: “seleção de gestantes ou nutrizes como participantes de pesquisas”

*Em nenhuma circunstância, gestantes ou nutrizes devem participar de pesquisas não-clínicas, a não ser que a pesquisa tenha apenas riscos mínimos para o feto ou lactente e que seu alvo seja obter novos conhecimentos sobre a gravidez ou lactação. Como regra geral, gestantes ou nutrizes não devem participar de nenhum teste clínico, exceto aqueles planejados para proteger ou melhorar a saúde de gestantes, nutrizes, fetos ou lactentes, e para os quais mulheres que não estão grávidas ou amamentando não seriam participantes adequadas.”*

Nos Comentários feitos sobre a Diretriz – os quais acompanham o texto- são dados alguns exemplos de adequação de pesquisa: estudo para testar a segurança e eficácia de um medicamento para reduzir a transmissão perinatal da infecção pelo HIV, da mãe para a criança; teste para detectar anormalidades fetais,

---

<sup>49</sup> O inteiro teor do texto, traduzido por Rita Brossard de Souza Pinto, encontra-se no exemplar periódico Revista *Bioética*, editada pelo Conselho Federal de Medicina, volume 3, n.º 2, 1995, p. 94-126.

testes de tratamentos para condições associadas ou agravadas pela gestação, como náusea e vômito, hipertensão ou diabetes.

Enfatiza-se, no entanto, que os riscos para as participantes e para os nascituros ou lactentes devem ser minimizados, dentro dos limites permitidos por um bom desenho de pesquisa.

## 5. Conclusões.

Deve-se à Bioética a crescente preocupação com o nascituro como ser autônomo e individualizado, independente da mãe.

Devem ser indenizados, a partir da concepção – e não, apenas do nascimento com vida – os danos pré-natais, isto é, os causados à pessoa em sua vida intra-uterina.

Na pesquisa em seres humanos, nascidos e nascituros, devem ser considerados os riscos e benefícios que advirão a cada um. Tratando-se de nascituro, devem-se sopesá-los em relação a ele e à gestante, conforme acertadamente fazem as respectivas normas éticas adotadas no Brasil.

Os direitos da personalidade das pessoas nascidas e nascituras em muito contribuem para as reflexões da bioética pois ambos privilegiam o ser humano como um fim em si mesmo, princípio agasalhado no artigo 1.º, III da Constituição Federal ao estabelecer que é fundamento da República a dignidade da pessoa humana, cláusula geral de interpretação, conforme bem acentua Gustavo Tepedino<sup>50</sup>.

## Bibliografia

AMARAL, Francisco dos Santos. *O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do direito Português*. Revista Brasileira de Direito Comparado, v.8, p.75-89), Forense, 1990.

———. *Direito Civil. Introdução*. 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

---

<sup>50</sup> "Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas". In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999, p.55-72.

- BEVILAQUA, Clóvis. *Projecto do Código Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Projectos primitivo e revisto*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1.
- . *Código Civil Comentado*. 5. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1938, v. 4.
- BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *O Problema da Natureza e tutela jurídica do Embrião Humano à luz de uma concepção Realista e Personalista do Direito*, Separata da Revista *O Direito*, Ano 123, 1991, IV, Lisboa.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. Ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, do original *L'età dei diritti*, Giulio Einaud Editore, 1990.
- CAMBRÓN Infante, Ascensión. *Bioética e Reprodução Assistida*. Palestra proferida no Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. São Paulo, 02 de junho de 1999.
- CATALANO, Pierangelo. “Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro)”. In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 45: 7-15, ano 12, jul./ set. de 1988.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil. Parte Geral*, 1. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1082. V.1., t.1.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo, Editora Saraiva, 2.000 (no prelo).
- . *Direito do Nascituro a alimentos: do Direito Romano ao Direito Civil*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de S. Paulo, v. 34: 169-185. O mesmo artigo encontra-se publicado na Revista de Direito Civil n.º 54: 52-60.
- . “O nascituro no Código Civil e no nosso Direito constituendo”. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, coordenado por Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1988, p.39-52.

- . “Direitos de Personalidade do nascituro”. In: *Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil*. Revista do Advogado, edição da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), n. 38, dezembro de 1992, p. 21-30.
- . *Aborto e Planejamento Familiar*. Conferência sobre População e desenvolvimento (Cairo, setembro de 1994). Parecer exarado na Comissão “*Temas Atuais*” do Instituto dos Advogados de São Paulo, agosto de 1994. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Divisão Jurídica da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, n. 15, ag./nov. de 1996, p. 217-24.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. “Pesquisa em seres humanos. Diretrizes Nacionais e Internacionais para pesquisa em seres humanos”. In: *Bioética*. Brasília, vol. 3, n.º 2, 1995.
- DEL ESTAL, Gabriel. *Derecho a la Vida e Institucion Familiar*. Eapsa, Madrid, 1979
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico. Alvará para matar*. Revista dos Tribunais, S. Paulo, v. 85, n. 734, p. 517-40, dez., 1996.
- ENGELHARDT, H. Tristram. *The foundation of Bioethics*. 2.nd ed., New York, Oxford University Press, 1996.
- FARIA, Anacleto de Oliveira & MONTORO, André Franco. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1953.
- FRANÇA, Genival Veloso. *O Direito Médico*. 6. ed., Fundo Editorial Bik, 1994.
- GIORDANI, Mário Curtis. *O código civil à luz do Direito Romano*. Parte Geral. 2. Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.
- GOMES, Orlando. “Considerações sobre a Liberalização do Aborto”. In: *Escritos Menores*, Saraiva, 1981, p.244-260
- LEJEUNE, Jérôme. *Genética Humana e Espírito*. Conferência proferida no Senado Federal.

- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- . “Direitos da Personalidade. Coordenadas fundamentais”. In: *Revista dos Tribunais* 567: 9-16.
- MÉMÉTEAU, Gerard. “La situation juridique de l’ enfant conçu. De la rigueur classique à l’ exaltation baroque”. In: *Revue trimestrielle de Droit civil*, octobre-décembre 1990, p. 611 e ss.
- MORAES, Walter. “Autorização judicial para o aborto”. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, v. 99:19-29
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; Parte Geral - Introdução - Pessoas físicas e jurídicas*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t.1.
- . *Tratado de direito privado; Parte especial - Direito de família - Direito parental - Direito protectivo*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t.II.
- SAUWEN, Regina Fiuza.& HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro. Da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I- Fundamentos e Ética Biomédica*. São Paulo, Edições Loyola, 1996. Tradução de Orlando Soares Moreira do original *Manuale di Bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica*. Milano, Vita e Pensiero, 1988.
- SEGRE, Marco. “Definição de Bioética e sua relação com a Ética, Deontologia e Diceologia”. In: *Bioética*. Marco Segre & Cláudio Cohen, organizadores. São Paulo, Edusp, 1995, p. 23-9.
- SERRA, Angelo. “Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto, e alla teologia”. In: *Nuova genetica e embriopoesi umana*, Serra A. & Sgreccia, E., Di Pietro M. L. coordenadores, Vita e Pensiero, Milano, 1990. p. 69-70.

- . “Quando comincia un essere umano”. In: *Il dono della vita*. E. Sgreccia, coordinador. Vita e Pensiero, Milano, 1987, p. 99-105.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra. “Fundamentos do Direito Natural à vida”. In: *Revista dos Tribunais*, 623:27-30.
- TARANTINO, Antonio. *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro (coordenador). Sutdi Giuridici- sezione di Filosofia del Diritto e della Politica, Univesità degli Sutdi di Lecce*. 1. Ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996.
- TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1928, v.2).
- TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro, H. Guarnier, 1886.
- . *Esboço do Código Civil*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.
- TEPEDINO, Gustavo. “Direitos Humanos e relações jurídicas privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999, p. 55-71.
- TERTULLIANO. *Apologia del Cristianesimo. La Carne di Cristo*. Introduzione e note di Claudio Moreschini. Testo latino a fronte. Titolo originale: *Apologeticum de carne Christi*. 2.edizione. Biblioteca Universale Rizzoli. Classici della Bur, Milano, 1996.