

O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil

SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA
Professora Assistente Doutora de Direito
Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Realizou-se em Bogotá, Colômbia, de 10 a 12 de agosto de 1987, o "Congreso Italo-Iberoamericano de Derecho Civil y Romano" sobre "La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano" visando à elaboração de um Código Civil Tipo, congresso esse promovido pela Universidade Externado de Colômbia e Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (Assla), com sede em Sassari, Itália.

Naquela oportunidade apresentamos a comunicação aqui reproduzida, tendo em vista a importância e atualidade do tema para a legislação constituenda da América Latina, inclusive para o Brasil, onde é tratado não só no Projeto de Código Civil, como também no Anteprojeto de Constituição Federal.

I. Considerações gerais

As controvérsias, ainda não pacificadas, acerca de o nascituro ser ou não ser pessoa, de ter ou não ter personalidade jurídica, é uma constante, na doutrina, com reflexos na jurisprudência, no tempo e no espaço.

O art. 4.º do Código Civil Brasileiro parece contraditório, pois, ao mesmo tempo em que afirma que a personalidade começa do nascimento com vida, reconhece *direitos* e *estados* ao nascituro, os quais efetivamente lhe são atribuídos através de vários de seus dispositivos. O problema do aborto, cuja maior liberação tem sido defendida por grupos sociais notadamente feministas e por alguns penalistas, deve ser acompanhado de uma

reflexão quanto ao direito à vida, ou melhor, quanto ao direito de nascer, como direito privado da personalidade, o que não tem sido feito.

O grande desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil que, nos dias atuais, atinge grande relevância através da crescente indenização de danos materiais, inclusive de danos causados a animais e do dano moral, ainda se mostra tímido quanto à indenização de danos causados ao nascituro.

Pelo menos no Brasil, a jurisprudência nega a indenização pela morte de nascituro, embora reconheça que a morte de animais, por culpa extracontratual ou por culpa contratual, deva ser indenizada.

*Deve-se também considerar o grande desenvolvimento da ciência, através das novas técnicas de fertilização "in vitro" e do congelamento de embriões humanos, o que influi no conceito atual de nascituro. O por nós proposto é o mesmo de RUBENS LIMONGI FRANÇA (in *Manual de Direito Civil*. 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 123): "é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno".*

É importante observar que, para nós, somente se poderá falar em "nascituro" quando houver nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação — momento em que a gravidez começa — que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, na fecundação "in vitro", não se considera nascituro, isto é, a "pessoa", o ovo assim fecundado, enquanto não for implantado no útero da futura mãe. Pelo menos no estágio em que a ciência se encontra hoje, a exigir a implantação no útero materno, do ovo fecundado na proveta, como condição de seu desenvolvimento, nascituro é um conceito que só existe quando há gravidez, seja ela resultado de fecundação "in anima nobili" (por inseminação natural ou por inseminação artificial) ou "in vitro". Destarte, também não é nascituro o embrião humano congelado — conforme recente técnica desenvolvida na Universidade de Monash, de Melbourne, Austrália —, que, no entanto, deve ser protegido jurídica e eticamente como pessoa virtual.

No direito estrangeiro, após estudarmos códigos civis de diversos países, entre os quais França, Itália, Espanha, Áustria, Portugal, Suíça, Argentina, Chile, Peru, Colômbia e até da China, observamos que todos eles reconhecem certa capacidade jurídica ao nascituro, desde a concepção, ainda que disponham que a personalidade comece a partir do nascimento com vida. Especial atenção merece o Código da Argentina, valiosa obra de VELEZ SANSFIELD, que estabelece o início da personalidade a partir da concepção, pois o nascituro tem certos direitos a partir de então, como se já tivesse nascido, tornando-se irrevogavelmente adquiridos se nascer com vida; considera expressamente o nascituro como pessoa por nascer, integrando o rol dos absolutamente incapazes (art. 54, 1.^o), tal como o faz o ilustre civilista brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação*

das *Leis Civis* e no *Esboço de Código Civil*. O Código Civil chileno, por sua vez, reconhece o direito à vida, que é incondicional, como um direito privado (art. 75).

Conforme muito bem demonstra o eminente Professor italiano PIÉRANGELO CATALANO — em relevante pesquisa específica intitulada “Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano”, a ser publicada na *Revista de Direito Civil* —, “deve-se admirar o esforço criativo dos juristas latino-americanos empenhados tanto na interpretação dos códigos hodiernos, quanto na elaboração de novos códigos, ao seguir a tradição romana justinianéia, contrapondo-se à interpretação germânica do direito romano”. Baseia-se o ilustre Professor italiano na análise cuidadosa do Código Civil peruano, de 1984, notável obra de CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, cujo art. 1.º considera o nascituro como sujeito de direitos para tudo quanto o favoreça, consagrando, ainda em sede de direito positivo, a tese que já sustentávamos em 1983, de que somente os direitos patrimoniais, como a doação e a herança, estão condicionados (resolutivamente) a que nasça vivo; relembra, também, o insigne romanista catalano, o Código Civil paraguaio, de 1985 — que no art. 31, tratando da representação, retoma o conceito de “pessoa por nascer” —, e o Projeto de Código Civil colombiano, de 1980, que rejeita a teoria da ficção, utilizando-se do conceito de ser humano para abranger o concebido no ventre materno (art. 35).

Ao tratarmos do início da vida, invocamos, como argumento filosófico, a doutrina aristotélico-tomista, segundo a qual, desde a concepção, o homem traz em si o germe de ser racional.

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo BOTELHA LHUZIA — in prólogo do livro *Derecho a la Vida e Institución Familiar*, de GABRIEL DEL ESTAL (Madrid, Eapsa, 1979) —, em lição lapidar, o embrião ou feto representa um ser *individualizado*, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe. Por isso, não é exato afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe.

Alcançando grande desenvolvimento nos dias atuais, a perinatologia — ramo da medicina dedicado primariamente ao feto e à criança recém-nascida — fez grandes conquistas em favor da saúde e do normal desenvolvimento do nascituro, através das técnicas de: amniocentese, transfusão de sangue na eritroblastose fetal, ultra-sonografia, etc.

Quanto à terapia médica, é possível administrarem-se medicamentos a fetos, seja fornecendo a droga à mãe, seja dissolvendo-a no líquido amniótico. Mais recentemente, em 1980, em Chicago, há notícia de nove

cirurgias intra-uterinas, bem sucedidas, indicadas nos casos de hidrocefalia e hidronefrose. Isto demonstra que a ciência se preocupa com o nascituro — seja embrião, seja feto — como ser autônomo e independente da mãe, procurando cada vez mais possibilitar-lhe o normal desenvolvimento tendo por objetivo o nascimento perfeito.

Examinadas as diversas correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica do nascituro, podemos reuni-las em três grandes grupos: doutrina natalista (considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida), doutrina da personalidade condicional, impropriamente denominada “concepcionista” (considera que a personalidade começa com a concepção, sob a condição do nascimento com vida) e doutrina verdadeira concepcionista.

Colocamo-nos entre os adeptos da última, que também tem por seguidores: JOSÉ TAVARES — in *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil* (Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1928, v. II), jurista português, e os juristas brasileiros, TEIXEIRA DE FREITAS — in *Consolidação das Leis Cíveis* (3.^a ed., Rio de Janeiro, H. Garnier Editor, 1986) e *Esboço de Código Civil* (Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952), PONTES DE MIRANDA — in *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas (Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, tomo I) e *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito de Família: Direito Parental. Direito Protectivo. (Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, tomo IX), R. LIMONGI FRANÇA — in op. cit. — ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA e ANDRÉ FRANCO MONTORO — in *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro* (São Paulo, Saraiva S/A, 1953).

Segundo pensamos, o nascituro tem personalidade desde a concepção. Quanto à capacidade de direito que não se confunde com personalidade, apenas certos *efeitos* de certos direitos, ou seja os patrimoniais materiais, dependem do nascimento com vida, como o direito de receber doação e de receber herança (legítima e testamentária). Os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. O direito a alimentos, intimamente ligado ao direito à vida, independe do nascimento e, ao contrário, a ele objetiva, conforme já se vê inquestionavelmente nos seguintes textos do *Digesto*: D. 37, 9, 1, 15, D. 37, 9,5 e D. 37, 9,6. A mesma dependência se verifica quanto ao direito à curatela e à representação. O nascituro é titular desses direitos, desde a concepção e *independentemente do nascimento com vida*.

Ainda que possa haver discordância quanto ao início da vida, do ponto de vista filosófico e religioso, pode-se prescindir de tais argumentos para afirmar que, biologicamente, não há dúvida de que a vida começa com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se inicia com a nidadação.

Juridicamente também não há como negar-se personalidade ao nascituro, o qual, em todas as legislações dos povos cultos, goza de certa

capacidade jurídica de direito e de "status", ambos elementos da personalidade, nem sempre dependentes do nascimento com vida.

A proteção ao direito à vida do nascituro, através da incriminação do aborto, também é uma constante na legislação estrangeira com poucas exceções. Se há outros interesses protegidos na incriminação do aborto, como o interesse da estirpe e interesses demográficos do Estado, na verdade o bem jurídico tutelado é, primordialmente, o direito à vida, conforme o reconhecem os autores, entre os quais se incluem VINCENZO LANZA — "Sull'oggetto del delitto di aborto e sul concetto di persona nel diritto penale" (in *Rivista di Diritto e Procedura Penali*. Milano, 1918, pp. 211-15) e EDUARDO NOVOA ALDUNATE — in "El Comienzo de la Existencia Humana y Protección Jurídica" (Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Universidad Católica de Chile. *Memoria*, n.º 46. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1969).

II. O nascituro no Código Civil Brasileiro

A despeito da redação aparentemente contraditória do art. 4.º do Código Civil, que, estabelecendo o início da personalidade civil a partir do *nascimento com vida*, concede direitos e não expectativas de direitos ao nascituro, é possível conciliá-lo consigo mesmo e com todo o sistema agasalhado pelo Código, que reconhece direitos e estados ao concebido, desde a concepção — nem sempre dependentes do nascimento com vida —, em harmonia com os diplomas legais de outros ramos do direito.

Utilizando-nos dos métodos lógico e sistemático de hermenêutica, entendemos que o art. 4.º em tela consagra a teoria *concepcionista* e não a teoria natalista, conforme tem sido erroneamente defendido pela maioria dos autores.

O nascituro é pessoa desde a concepção. Nem todos os direitos e estados a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como, por exemplo: o estado de filho (art. 458 CC), de filho legítimo (arts. 337 e 338 CC), de filho reconhecido (art. 353 CC), o direito à curatela (arts. 458 e 462 CC) e à representação (art. 462, *caput*, combinado com os arts. 384, V, e 385, todos do Código Civil), o direito à vida, ao qual se relaciona o direito a alimentos, o direito à integridade física (*lato sensu*), este último direito da personalidade no qual se compreendem o direito à integridade física *stricto sensu* e à saúde — direitos absolutos.

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 adoção, 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 entender-se, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento

sem vida, porque a segunda parte do art. 4.º 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 direitos subordinado à condição resolutiva. Fundamentam nosso entendimento os arts. 119, 1.186, 1.572, 1.778, todos do Código Civil e os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil brasileiro.

A tomada de posição de que o nascituro é *pessoa* importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável a regra de hermenêutica "excepciones sunt strictissimae interpretationis". Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido, pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras *só, somente, apenas* e outras similares, inexistentes no texto do art. 4.º que, ao contrário, refere-se genericamente a "direitos do nascituro".

Entre os direitos que também podem ser a ele atribuídos incluem-se, por exemplo: direito de ser beneficiário de estipulação a favor de terceiro (art. 1.098 CC), direito de ser beneficiário de seguro de vida (art. 1.474, combinado com o art. 1.169, ambos do Código Civil), direito a alimentos (arts. 396 a 405 do Código Civil), direito à vida (art. 1.537 CC), direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde (art. 1.538 CC).

Assim sendo, propomos que o Projeto de Código Civil brasileiro, bem como a legislação constituenda, em geral, adotem a orientação do *Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS*, estabelecendo que a *personalidade se inicie* com a concepção, e o nascituro seja expressamente considerado como sujeito de direito. Somente certos atributos de sua *capacidade jurídica*, notadamente a aquisição de direitos patrimoniais materiais, como a doação e herança, ficariam resolutivamente condicionados ao nascimento com vida.

Quanto à responsabilidade civil por dano causado ao nascituro, entendemos ser indenizável a morte do *conceptus* porque ele é pessoa, desde a concepção, apesar da redação defeituosa do art. 4.º do Código Civil, que deve ser interpretado de acordo com todo o sistema por ele agasalhado e não isoladamente. Não há razão aceitável para não se indenizar a morte do *conceptus* conforme orientação dos poucos acórdãos brasileiros que tratam da questão. Nem o mencionado art. 4.º autoriza tal entendimento.

Segundo pensamos, o fundamento legal para a indenização civil pela morte do nascituro é o mesmo para a do já nascido. Na responsabilidade civil

extracontratual ou aquiliana, os fundamentos legais são os arts. 159, CC, 1.537, CC e a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, que assim se enuncia: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Tratando-se de culpa contratual, como no contrato de transporte, por exemplo, fundamento da responsabilidade civil é o próprio contrato que acarreta a presunção de culpa, pelo transportador. Nesse sentido é o art. 17 do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro e que a jurisprudência brasileira estendeu a todo tipo de transporte oneroso como o bonde, o ônibus, o táxi e a barca.

Mesmo se se prescindia do inquestionável argumento de que o nascituro é pessoa, desde a concepção, a obrigação de reparar o dano que lhe causa a morte fundamenta-se no instituto da responsabilidade civil. O dano é moral e sua reparação — que visa a uma compensação e não a um ressarcimento — faz-se pelos mesmos critérios que norteiam a indenização pela morte de filho menor.

III. *Direito Constituendo*

A) *O nascituro no Projeto de Código Civil Brasileiro*

O Anteprojeto de Código Civil, de 1972, no art. 3.º, agasalhava dispositivo idêntico ao do art. 4.º do vigente Código Civil (“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”).

O Projeto de Código Civil — Projeto de Lei n.º 634, de 1975, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, de 17 de maio de 1984, suplemento ao n.º 47 — aprovado pela Câmara dos Deputados e ora em tramitação no Senado Federal — traz significativa inovação ao suprimir do texto anterior a expressão “desde a concepção”:

“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro.”

Justifica o preclaro autor da Parte Geral do Projeto, Ministro MOREIRA ALVES, em sua obra *A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro* (Saraiva, 1986, p. 86):

“Do art. 3.º (atual 2.º), suprimiram-se as palavras “desde a concepção”, para atender-se à objeção de que essa restrição entraria em choque com os arts. 2.007, I, e 2.008 (atuais 1.987, I e 1.988) do Anteprojeto, os quais — como ocorre com o Código vigente (art. 1.718) — admitem à sucessão os filhos ainda não concebidos (*nondum concepti*).

Em que pese ao grande respeito que devotamos ao insigne autor da *Parte Geral do Código Civil Brasileiro*, entendemos que a objeção a que pretende atender não pode ser acolhida, pois o nascituro, ou *conceptus*, não se assemelha nem se identifica com o *nondum conceptus* ou *concepturus* entre nós denominado “prole eventual”. O nascituro já é pessoa, desde a concepção, no ventre materno, sem necessidade de valer-se da ficção, o que não ocorre com a prole eventual, pessoa ainda não concebida e que, eventualmente, poderá até nunca sê-lo. Ao introduzir-se no Projeto conceito genérico de nascituro para abranger tanto o concebido, que é pessoa por nascer, como a pessoa futura ou não concebida (e que, eventualmente, nunca o será), equiparam-se dois conceitos que não se equivalem no plano biológico, nem no plano jurídico. Se há semelhança é entre pessoa nascida e pessoa concebida, conforme se vê na codificação latino-americana e na própria tradição brasileira, desde as *Ordenações Afonsinas* (Livro 3.º, Título XVIII, § 7.º), *Consolidação das Leis Cíveis* de TEIXEIRA DE FREITAS (art. 1.º), *Esboço* (art. 53 a 61 e 221 a 227) do mesmo autor, *Projeto* de FELÍCIO DOS SANTOS (art. 77, § 1.º); *Projeto Primitivo* (arts. 2.º e 5.º) e *Projeto Revisto* (art. 4.º), ambos de CLÓVIS BEVILAQUA.

Embora o digno autor da Parte Geral do Projeto pretenda não incidir na crítica retromencionada, é de se salientar que o Projeto continua a fazer distinção entre “pessoa existente”, “pessoa concebida” e “prole eventual”, pois, enquanto o *caput* do art. 1.821 legitima a suceder as pessoas existentes ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, o inciso I do art. 1.822 dispõe que podem, ainda, ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos”, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”; continua, assim, agasalhando distinção entre “pessoa existente”, “pessoa concebida” e “pessoa não concebida” (ou “prole eventual”), o que demonstra que os dois últimos conceitos não se podem fundir em um único e genérico de “nascituro”, conforme entendemos.

Aplaudimos a observação do Professor Ordinário de Direito Romano da Universidade de Roma, PIERANGELO CATALANO (*op. cit.*), no sentido de que o Projeto, ao pretender assemelhar “nascituro” e “prole eventual”, encontra suas raízes não declaradas nas teorias pandectistas da ficção e direitos sem sujeito. Como consequência, teremos de interpretar taxativamente o texto legal, só cabendo aos nascituros os direitos que expressamente lhes forem consagrados, semelhantemente ao que ocorre com outras codificações influenciadas pelos pandectistas e ao contrário do que propusemos, à luz do texto hoje vigente e na esteira do entendimento de outros autores, entre os quais o Magnífico Reitor da Universidad Externado de Bogotá, Professor FERNANDO HINESTROSA, ex-Ministro da Justiça da Colômbia (in *Studi Sassaresi*, 1970/80, p. 436), a propósito da possibilidade de se admitir a adoção de nascituro, no âmbito de aplicação do Código Civil de ANDRÉS BELLO, ainda que não prevista em lei.

Quanto aos direitos expressamente reconhecidos ao nascituro, em cotejo com as disposições hoje vigentes, é de se lamentar que o Projeto tenha suprimido a adoção de nascituro que, ao contrário do que sustentam alguns, é de grande importância quando se encontrar na situação irregular descrita pelo inciso I, item *b*, do art. 2.º do Código de Menores (Lei n.º 6.697, de 10-10-1979): isto é, privado de condições essenciais a sua subsistência e saúde por manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las.

Com efeito, o direito de subsistência (incluindo-se alimentos e adequada assistência médica pré-natal) lhe é concedido *para que nasça vivo* — como já reconhecido por ULPIANO in D. 37, 9, 1, 15 — e poderá ser consequência da adoção, como obrigação do adotante.

Contempla o projeto o direito de receber doação (art. 542); atribui o estado de filho legítimo ao concebido na constância do casamento; estabelece o reconhecimento de nascituros (art. 1.623, parágrafo único); o art. 1.803, *caput*, estatui que será dado curador ao nascituro, se o pai falecer estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder; se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (parágrafo único).

No Livro V, Direito das Sucessões, consagra inovação de primordial importância, a preencher lacuna no ordenamento, que é a outorga de capacidade sucessória ao *conceptus*, dentro da vocação hereditária, pois o Código vigente a admite de modo expresso, unicamente dentro da sucessão testamentária, conforme art. 1.718, embora a doutrina a reconheça também quanto à sucessão legítima. A prole eventual só pode adquirir por testamento, estabelecendo o projeto o prazo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que seja concebido o herdeiro esperado (art. 1.823, § 4.º), inovando em relação ao Código vigente, que não estabelece prazo algum.

Não há mais dispositivos que contemplem expressamente direitos ao nascituro, cabendo à doutrina e à jurisprudência analisar se, diante da redação do art. 3.º do Projeto — que esperamos não prevaleça —, será possível interpretação meramente exemplificativa e não tão-somente taxativa, conforme parece sugerir.

B) *Anteprojeto de Constituição Federal do Brasil*

1. A Assembléia Nacional Constituinte, instalada no ano de 1987, através da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher — Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais —, assim consignou no anteprojeto:

“Art. (...) São direitos e garantias individuais:

I — a vida, desde a sua concepção até a morte natural, nos termos da lei;”

2. No Parecer e Substitutivo da mesma Comissão, no Título I (“Dos Direitos e Liberdades Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos Individuais”), o art. 3.º, inciso I, consagra:

“Art. 3.º — São direitos e liberdades individuais invioláveis:

I — a vida, a existência digna e a integridade física e mental:

a) adquire-se a condição de sujeito de direitos pelo nascimento com vida;

b) a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebeu ou a recebeu, é responsabilidade da mulher, comporta expectativa de direitos e será protegida por lei;”

3. No Anteprojeto da mesma Comissão a matéria está assim regulada:

“Art. 3.º — São direitos e liberdades individuais invioláveis:

I — A VIDA, A EXISTÊNCIA DIGNA E A INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL:

a) adquire-se a condição de sujeito de direitos pelo nascimento com vida;”

4. Tal dispositivo — que representa lamentável, inexplicável e inaceitável retrocesso, *data venia* — fulmina o nascituro como sujeito de direitos, rompendo com a secular tradição romanística justinianéia que consagra a paridade do nascituro com o nascido, como regra geral, sendo as exceções aplicáveis a algumas partes do direito, anotando-se que não constitui ficção, mas sim constatação de uma realidade, conforme JULIANO in *Digesto* 1,5, 26, inteiramente aplaudido por TEIXEIRA DE FREITAS, na nota 221 do *Esboço de Código Civil*, repelindo crítica de SAVIGNY. Contrapõe-se, destarte, também à tendência louvável das legislações da América Latina, no sentido de se ampliarem os direitos do nascituro e não de restringi-los, muito menos de reduzi-los ao nada jurídico. É de se ressaltar que nenhum dos Projetos de Código Civil, desde TEIXEIRA DE FREITAS, até o projeto atual, pretendeu tal redução, que oscilaram entre atribuir personalidade condicional ou incondicional ao nascituro, mas sempre reconhecendo direitos em maior ou menor extensão.

Se prevalecer a norma em tela, o que esperamos não aconteça, possivelmente serão taxados de inconstitucionais quaisquer dispositivos que reconheçam direitos ao nascituro, no plano civil e nos demais ramos do direito, valendo lembrar que o próprio direito à vida — direito primordial do nascituro — protegido com relevância pela incriminação do aborto, como regra, não poderá ser invocado em seu favor.

Aguardamos, pois, que uma maior reflexão possa orientar nossos constituintes para que, se o início da personalidade for objeto de texto constitucional — o que não ocorre no projeto do Deputado Bernardo Cabral que segue, destarte, a tradição brasileira —, seja ela fixada na concepção e não no nascimento com vida.