

## //NOTÍCIAS

# Migalhas

### A TUTELA DA VIDA EMBRIONÁRIA

Mário Luiz Delgado

O direito à vida é objeto de autônoma e específica tutela constitucional, abrangendo sob o seu manto protetor todo aquele que pertencer à espécie humana, donde se conclui, realmente, pela existência de um 'direito de nascer'.

terça-feira, 6 de maio de 2014

**“O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica”. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - Processo: 436/07.6TBVRL.P1.S1)**

Qualquer reflexão que façamos no tocante à tutela da vida humana biológica, no âmbito dos direitos da personalidade, não pode deixar de tomar partido sobre a extensão dessa tutela, a abranger apenas as pessoas já nascidas ou se abarcaria também o embrião. Em outras palavras, quando a Constituição assegura o “direito à vida”, garantiria o direito à vida desde a concepção?

As ponderações a seguir feitas passarão ao largo de todas as discussões que envolvem a personalidade jurídica do nascituro e do embrião. Não defenderemos aqui nem a corrente natalista, nem a concepcionista, mesmo porque pouco nos importará, para fins do nosso estudo, ser ou não o embrião dotado de personalidade jurídica. O que nos interessa saber é se esse embrião pertence ou não à espécie humana.



Tal questão, como sustentamos há muito tempo, somente comporta uma única resposta e tal resposta somente pode ser afirmativa, quer se trate de embrião corpóreo ou extra corpóreo. Afinal de contas, tratando-se de embrião humano, a nenhuma outra espécie poderia pertencer senão à espécie humana.



**Prezado(a),**

para preservar as informações contidas no periódico, é necessário estar logado na intranet para carregar os links.

### ÍNDICE

Notícias	01
Jurisprudência - STJ	03
Legislação	05

### EXPEDIENTE

Centro de Apoio Operacional  
das Promotorias de Justiça Cíveis

Av. Marechal Câmara, 370 - 6º andar  
Centro - CEP 20020-080  
Telefones: 2550-9124 | 2550-9305  
E-mail: cao.civel@mprj.mp.br

Coordenação  
Luciana Maria Vianna Direito

Subcoordenação  
Ana Paula Baptista Villa

Supervisora  
Ana Christina Aragão Costa

Colaborador  
Leonardo Nery da Costa Bastos

...

Projeto gráfico  
STIC - Equipe Web



Respondida a essa primeira questão, resta a segunda e mais tormentosa: o direito da personalidade, fundamentado em cláusula pétrea constitucional (art 5º), ou seja o direito à vida, tutelaria também o embrião?

Para a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, “se a proteção constitucional do direito à vida refere-se ao ser humano, ao *humanum genus*, nem se há duvidar que o embrião está incluído na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano”<sup>1</sup>.

Entretanto muitas são as posições em sentido contrário, havendo quem defenda não haver o constituinte se manifestado sobre o termo “a quo” dessa cláusula constitucional pétrea, o que permitiria à legislação infraconstitucional definir quais seriam os termos iniciais do direito fundamental à vida, possibilitando, assim, a título exemplificativo, a edição de normas permissivas ou descriminalizantes do aborto, como, aliás, já o faz o nosso atual Código Penal em certas hipóteses excepcionais.

Para que possamos nos manifestar sobre o tema, antes de mais nada, é preciso que estejamos atentos à exata dicção constitucional:

“Art. 5º **Todos** são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

A priori o vocábulo todos parece compreender, não apenas as pessoas já nascidas, mas também o embrião e o feto. O que implicaria sustentar a existência de um “direito à vida”, ou “direito de nascer”, como direito da personalidade, o que nos levaria à consequência lógica de que o aborto terapêutico “violenta o sentimento filosófico do ordenamento jurídico, é inconstitucional e contradiz o direito civil”<sup>2</sup>.

Reforçam esse entendimento as normativas do direito internacional. O Pacto de São José de Costa Rica, por exemplo, estabelece que para os efeitos dessa Convenção “pessoa é todo ser humano”, e que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida “a partir do momento da concepção” (art. 1º, § 2º, e art. 4º).

Nesse sentido destaca, com propriedade, Carmen Lúcia Antunes Rocha no trabalho já citado anteriormente:

“Em geral, os sistemas jurídicos afirmam que ser considerado pessoa em direito, vale dizer, dotar-se de personalidade para os fins de titularizar direitos, depende do nascimento com vida. Todavia, quanto aos direitos humanos, os direitos que cada ser humano titulariza não se há fazê-los depender da personalidade[...] Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana. E, de pronto, há que se antecipar que o princípio da dignidade, que se expressa de maneira relevante quanto à pessoa humana, não se circunscreve a ela, senão que haverá que ser respeitado para a espécie humana, tomada esta em sua integralidade. [...] O embrião é, parece-me, inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”.

Não temos dúvida que o direito à vida é objeto de autônoma e específica tutela constitucional, abarcando sob o seu manto protetor todo

aquele que pertencer à espécie humana, donde se conclui, realmente, pela existência de um “direito de nascer”, de que é titular todo ser humano como tal concebido, não havendo como se admitir qualquer vulneração ao embrião e ao nascituro. Por isto, ressalta Lorenzetti, “tem se reconhecido a proibição de procedimentos experimentais que tenham como objeto os embriões, salvo os que tenham por finalidade o benefício do próprio embrião, ou os estudos que não o danem. Uma afirmação correta, é a predominância que tem o direito relativo à vida íntima, e o início da vida é um aspecto dela, dentro do ordenamento”<sup>3</sup>. É praticamente consenso na doutrina que a dignidade da pessoa humana é atingida sempre que o ser humano for rebaixado a objeto, tratado como uma coisa. E as coisas têm preço e não dignidade, máxima kantiana já repetida à exaustão em todos os trabalhos que tratam do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>. Daí falar-se em coisificação do ser humano como antítese da dignidade.

Confrontando o direito do conceito ao nascimento em oposição ao direito ao aborto, em princípio não hesitaremos em sustentar a prevalência do primeiro, salvo quando estiverem em jogo outros interesses maiores.

Todos os princípios, positivados ou não no texto constitucional, podem ser limitados por outros princípios com os quais entrem em colisão, exigindo-se, portanto, que sejam submetidos a regras de ponderação, sobre as quais remetemos o leitor à clássica obra de Robert Alexy<sup>5</sup>. Havendo colisão entre princípios ou entre garantias fundamentais, além da operação de ponderação, cabe ao intérprete recorrer também a um outro princípio como critério solucionador, que é exatamente o “princípio da proporcionalidade”, também chamado de “princípio dos princípios”<sup>6</sup>. Comparando o peso de cada bem jurídico e de cada um dos princípios em jogo, o legislador ou o intérprete decidirá, no caso concreto, a qual deles dará prioridade<sup>7</sup>.

Voltando à questão específica do aborto, e aproveitando as lições de Lorenzetti sobre o direito argentino, podemos afirmar que “em nosso Direito Penal, o aborto está penalizado porque se atenta contra o bem personalíssimo da vida do óvulo fecundado, ou do embrião, ou do feto, segundo seja. Não o é quando seja praticado por um médico diplomado, com o consentimento da mulher grávida, se é feito com a finalidade de evitar um perigo para a vida ou a saúde da mãe, e se este perigo não pode ser evitado por outros meios [...] Também não é punível o aborto, se a gravidez provém do uso de violência ou de um atentado ao pudor cometido sobre a mulher retardada ou demente”<sup>8</sup>.

Nessas hipóteses excepcionais, teremos de um lado o direito à vida do conceito e de outro o direito à saúde física ou psíquica da mãe, emanção direta do direito à vida. Realizando uma operação de ponderação e balizamento, para a correta aplicação de cada um desses direitos, o intérprete fará prevalecer o direito (à vida e à saúde) da mãe sobre o direito do conceito. A “primazia do direito à vida do vivente sobre o direito de nascer do nascituro”, como bem coloca Franco Modugno. O direito à integridade física, operando a combinação direito à vida - direito à saúde, justifica a interrupção da gravidez, nas situações de risco à saúde da mãe, ainda que apenas à saúde psíquica<sup>9</sup>.

O mesmo entendimento pode ser aplicado à interrupção da gestação de fetos anencefálicos, como aliás decidiu o STF no julgamento da ADPF

54. Não se podendo, todavia, confundir com a situação do “aborto eugênico”<sup>10</sup>, que atenda a interesses particulares e egoísticos da gestante e que não pode ser tolerado em hipótese alguma<sup>11</sup>, por infringir, não somente o direito à vida do conceito, mas também o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Já o aborto por razões econômicas não encontra justificativa na seara ético-jurídica, pois na operação de balanceamento teríamos de um lado uma situação existencial do ser humano concebido e de outro uma situação patrimonial da gestante, sendo certo e indubitável a primazia dada pelo ordenamento às situações existenciais. Agora se a situação econômica comprometer a saúde psíquica da mãe, aí estaremos diante de outra situação concreta, a merecer adequado e particularizado exame para que se conclua pela possibilidade de interrupção ou não da gravidez.

1 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47.

2 LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 470.

3 Idem.

4 Vide, por todos, SARLET, Ingo W. “Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

5 ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

6 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

7 Esse balanceamento, em última instância será feito pela Corte constitucional que, valendo-se do juízo de razoabilidade, fará a comparação entre a pluralidade de valores envolvidos em uma certa fatispécie com a concreta relação meios-fins que o legislador haja instituído em determinada lei.

8 Op. cit., p. 471.

9 Cf. MODUGNO, Franco. “I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale”. Torino, G. Giapicheli Editore, 1995, p. 9/19 e 87/108.

10 A eugenia trata da reprodução e do aperfeiçoamento da raça. No aborto eugênico a interrupção da gravidez tem como matiz filosófica a preservação da qualidade de vida do ser, cujo nascimento deve ser obstado sempre que forem detectados problemas somáticos que comprometam essa qualidade.

11 Sobretudo nos tempos atuais, onde o chamado “direito à diferença”, tido como direito fundamental de quarta geração, vem ganhando cada dia mais força.

## //JURISPRUDÊNCIA - STJ

### PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO DE PROFISSIONAL REFERENCIADO - LEGITIMIDADE PASSIVA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE – PRECEDENTES

A Operadora de plano de saúde ostenta legitimidade passiva ad causam em demanda cujo objeto é a responsabilização civil por suposto erro médico de profissional por ela referenciado, porquanto a cooperativa tem por objeto a assistência médica e celebra contrato com seus associados, regulamentando a prestação de seus serviços de maneira padronizada, por meio dos médicos e hospitais a ela filiados. Precedentes. [AgRg no REsp 1319848 -- 2012--0023374-5 de 11 de junho de 2014](#)

### STF JULGADOS EXTRAÍDOS DO INFORMATIVO nº 537 - STJ

#### **DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CHAMAMENTO AO PROCESSO EM AÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO MOVIDA CONTRA ENTE FEDERATIVO. RECURSO REPE-TITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).**

**Não é adequado o chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC) da União em demanda que verse sobre fornecimento de medicamento proposta contra outro ente federativo.**

Com efeito, o instituto do chamamento ao processo é típico das obrigações solidárias de pagar quantia. Entretanto, a situação aqui controvertida representa obrigação solidária entre os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e a União, concernente à prestação específica de fornecimento de medicamento. Neste contexto, por se tratar de hipótese excepcional de formação de litisconsórcio passivo facultativo, não se admite interpretação extensiva do referido instituto jurídico para alcançar prestação de entrega de coisa certa. Além do mais, a jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC) não é adequado às ações que tratam de fornecimento de medicamentos, por ser obstáculo inútil ao cidadão que busca garantir seu direito fundamental à saúde. Precedentes citados do STJ: AgRg no AREsp 13.266-SC, Segunda Turma, DJe 4/11/2011; e AgRg no Ag 1.310.184-SC, Primeira Turma, DJe 9/4/2012. Precedente do STF: RE 607.381 AgR-SC, Primeira Turma, DJe 17/6/2011. [REsp 1.203.244-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9/4/2014.](#)

#### **DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA.**

**O reconhecimento, por sentença transitada em julgado, de que elidiu a falência o depósito do valor principal do título executivo extrajudicial cujo inadimplemento baseou o pedido de quebra (art. 1º, § 3º, Decreto-Lei 7.661/1995) não torna prevento o juízo para um segundo pedido de falência fundado na execução frustrada (art. 2º, I, do Decreto-Lei 7.661/1945) do título executivo advindo**

**daquela sentença quanto aos juros e a correção monetária.** O juízo da falência é indivisível porque competente para todas as ações sobre bens e interesses da massa falida, conforme enfatizava o art. 7º, § 2º, da antiga Lei Falimentar (Decreto-Lei 7.661/45), norma repetida no art. 76 da atual Lei de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005). O objetivo da vis atrativa do juízo falimentar é submeter a universalidade dos bens do devedor comum a um regime único, evitando que apareçam duas ou mais falências paralelas em juízos diferentes, para que, assim, haja paridade no tratamento dos créditos. É necessário, portanto, que, para se instaurar o juízo universal da falência, seja efetivamente decretada a falência pelo juízo competente. Na hipótese em análise, houve reconhecimento do depósito elisivo do primitivo pedido de quebra, por sentença transitada em julgado, desaparecendo a possibilidade de decretação da falência com fundamento no título de crédito, não se tendo, por isso, instaurado o juízo universal da falência. Efetivamente, o fato de existir uma execução frustrada, advinda de um título judicial nascido de uma ação falimentar extinta pelo depósito elisivo parcial, não tem o condão de determinar a distribuição, por prevenção, de um segundo pedido de falência, pelo fato de que não mais existe a possibilidade de ocorrerem falências em juízos diferentes. [REsp 702.417-SP](#), Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 11/3/2014.

## DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM DOAÇÃO INOFICIOSA.

**O herdeiro que cede seus direitos hereditários possui legitimidade para pleitear a declaração de nulidade de doação inoficiosa (arts. 1.176 do CC/1916 e 549 do CC/2002) realizada pelo autor da herança em benefício de terceiros.** Isso porque o fato de o herdeiro ter realizado a cessão de seus direitos hereditários não lhe retira a qualidade de herdeiro, que é personalíssima. De fato, a cessão de direitos hereditários apenas transfere ao cessionário a titularidade da situação jurídica do cedente, de modo a permitir que aquele exija a partilha dos bens que compõem a herança. [REsp 1.361.983-SC](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/3/2014.

## JULGADOS EXTRAÍDOS DO INFORMATIVO nº 538 - STJ

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA PESSOA JURÍDICA FALIDA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

A constatação posterior ao ajuizamento da execução fiscal de que a pessoa jurídica executada tivera sua falência decretada antes da propositura da ação executiva não implica a extinção do processo sem resolução de mérito. Por um lado, a sentença que decreta a falência apenas estabelece o início da fase do juízo concursal, ao fim do qual, então, ocorrerá a extinção da personalidade jurídica. Não há, portanto, dois ou mais entes com personalidade jurídica a concorrerem à legitimidade passiva da execução, mas uma pessoa jurídica em estado falimentar. A massa falida, como se sabe, não detém personalidade

jurídica, mas apenas personalidade judiciária, isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela pessoa jurídica ou contra ela no Poder Judiciário. Trata-se de universalidade que sucede, em todos os direitos e obrigações, a pessoa jurídica. Assim, deve-se dar oportunidade de retificação da denominação do executado – o que não implica alteração do sujeito passivo da relação processual –, sendo plenamente aplicável a regra do art. 284 do CPC: “Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”. Esse entendimento também se extrai do disposto no art. 51 do CC: “nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua”. Por outro lado, à luz do disposto no art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 (“Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”), além da correção da petição inicial, é igualmente necessária a retificação da CDA. Outrossim, a extinção do processo sem resolução de mérito violaria os princípios da celeridade e da economia processual. Por fim, trata-se de correção de “erro material ou formal”, e não de “modificação do sujeito passivo da execução”, não se caracterizando afronta à Súmula 392 do STJ: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”. Precedentes citados: REsp 1.192.210-RJ, Segunda Turma, DJe 4/2/2011; REsp 1.359.041-SE, Segunda Turma, DJe 28/6/2013; e EDcl no REsp 1.359.259-SE, Segunda Turma, DJe 7/5/2013. REsp 1.372.243-SE, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 11/12/2013.

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA DECISÃO QUE RESOLVE INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL.

O agravo do art. 522 do CPC é o meio adequado para impugnar decisão que resolva incidentalmente a questão da alienação parental. A Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. A decisão que, de maneira incidente, enfrenta e resolve a existência de alienação parental antes de decidir sobre o mérito da principal não encerra a etapa cognitiva do processo na primeira instância. Portanto, esse ato judicial tem natureza de decisão interlocutória (art. 162, §2º, do CPC) e, por consequência, o recurso cabível, nessa hipótese, é o agravo (art. 522 do CPC). Cabe ressaltar que seria diferente se a questão fosse resolvida na própria sentença, ou se fosse objeto de ação autônoma, como prevê a Lei 12.318/2010, hipóteses em que o meio de impugnação idôneo seria a apelação, porque, nesses casos, a decisão poria fim à etapa cognitiva do processo em primeiro grau. REsp 1.330.172-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/3/2014.

## **DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.**

É inviável o conhecimento de apelação interposta contra decisão que resolva incidentalmente a questão da alienação parental. O referido equívoco, na hipótese, impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, o qual se norteia pela ausência de erro grosseiro e de má-fé do recorrente, desde que respeitada a tempestividade do recurso cabível. Por sua vez, pode-se dizer que haverá erro grosseiro sempre que não houver dúvida objetiva, ou, em outras palavras, quando (i) a lei for expressa ou suficientemente clara quanto ao cabimento de determinado recurso e (ii) inexisterem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível para impugnar determinada decisão. Assim, não se admite a interposição de um recurso por outro se a dúvida decorre única e exclusivamente da interpretação feita pelo próprio recorrente do texto legal, ou seja, se se tratar de uma dúvida de caráter subjetivo. Nesse contexto, não obstante o fato de a Lei 12.318/2010 não indicar, expressamente, o recurso cabível contra a decisão proferida em incidente de alienação parental, os arts. 162, § 2º, e 522, do CPC o fazem, revelando-se, por todo o exposto, subjetiva – e não objetiva – eventual dúvida do recorrente. Por fim, no caso de fundada dúvida – até mesmo para afastar qualquer indício de má-fé – a opção deverá ser pelo agravo, cujo prazo para interposição é menor que o da apelação, e que não tem, em regra, efeito suspensivo. REsp 1.330.172-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/3/2014.

---

## //LEGISLAÇÃO

- [LEI 12965 DE 2014 - MARCO CIVIL DA INTERNET](#)

- [Jurisprudência - Revista IBDFAM](#)

---