

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CAMPUS PROF. ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

**A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO: UMA ANÁLISE
BIBLIOGRÁFICA NO CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Naiara Cardoso de Brito

PARNAÍBA-PI
2010

NAIARA CARDOSO DE BRITO

**A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO: UMA ANÁLISE
BIBLIOGRÁFICA NO CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada à
Universidade Estadual do Piauí, como
exigência parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito, sob
orientação da professora Maria do
Rosário Pessoa do Nascimento.

PARNAÍBA-PI
AGOSTO-2010



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO: UMA ANÁLISE BIBLIOGRÁFICA NO
CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

de

NAIARA CARDOSO DE BRITO

Resultado: APROVADA

Professora Orientadora Maria do Rosário Pessoa
Nascimento

Professor Examinador João Batista Silva da Costa

Professor Examinador Jairon Costa Carvalho

Dedico esse trabalho aos meus pais, Antônio e Elizete.

Agradeço à minha orientadora, Professora Maria do Rosário Pessoa do Nascimento, pela atenção e ajuda que me foi dada nesses meses de desenvolvimento do presente trabalho. Agradeço à Salete, bibliotecária da faculdade, pela paciência.

“Alguns homens vêem as coisas como elas são e se perguntam por quê. Outros sonham com coisas que nunca existiram e se perguntam por que não.”

George Bernard Shaw

RESUMO

O presente trabalho desenvolveu um estudo partindo de alguns questionamentos sobre o início da vida: "O que é a vida?", "Qual a origem da vida?" e "Quando começa a vida?", assunto discutido no primeiro capítulo. O segundo capítulo faz uma abordagem jurídica global a respeito do nascituro, onde se analisam aspectos históricos sobre o nascituro, em nível de Direito Comparado, especificamente no Brasil. Apontam-se alguns conceitos inerentes ao tema segundo as prescrições do Código Civil brasileiro. Discutem-se as três teorias sobre o início da personalidade. No terceiro capítulo, realizou-se um estudo aprofundado sobre a tutela jurídica do nascituro, onde se ressaltam vários direitos do nascituro previstos no ordenamento jurídico pátrio. Buscou-se demonstrar neste trabalho a necessidade de tutelar os direitos do nascituro. Observou-se a crescente tendência da proteção jurídica do nascituro através da aprovação do Estatuto do Nascituro na Comissão de Seguridade Social e Família, em tramitação na Câmara dos Deputados, onde foi discutida a necessidade de proteção do nascituro.

Palavras-chave: vida, embrião, feto, nascituro, tutela jurídica

ABSTRACT

This work developed a study considering some questions about the beginning of life: "What is life?", "What is the origin of life?" and "When does life begin?", subject discussed in the first chapter. The second chapter has a global juridical approach concerning the unborn child, where historical aspects are analyzed in Comparative Law, specifically in Brazil. Some concepts related to the theme are mentioned according to the Brazilian Civil Code. Three theories about the beginning of personality are discussed. In the third chapter, a profound study about the juridical protection of the unborn child and several rights due to the national law are highlighted. This work aimed to demonstrate the necessity of protecting the rights of the unborn child. It was observed the increasing tendency of the juridical protection to the unborn child through the approval of the *Estatuto do Nascituro na Comissão de Seguridade Social e Família* (statute which concern the rights of the unborn child), in course in Congress where the protection of the unborn child was discussed.

Key-words: life, fetus, embryo, unborn child, juridical protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I	
1. QUESTIONAMENTOS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	11
1.1 O que é a vida?.....	11
1.2 Qual a origem da vida?.....	12
1.3 Quando começa a vida humana?.....	16
CAPÍTULO II	
2. O NASCITURO.....	20
2.1 Noções Conceituais.....	20
2.2 O nascituro na História.....	20
2.3 O nascituro no Direito Comparado.....	22
2.4 Conceitos no Código Civil.....	23
2.5 Teorias sobre o início da personalidade.....	26
CAPÍTULO III	
3. A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO.....	29
3.1 Direito à vida.....	29
3.1.1 O Aborto.....	29
3.2 Direito à filiação.....	30
3.3 Direito ao reconhecimento.....	30
3.4 Direito a alimentos.....	31
3.5 Direito à integridade física.....	32
3.6 Direito à curatela.....	32
3.7 Direito a receber doação.....	33
3.8 Direito à adoção.....	33
3.9 Direito de suceder.....	34
3.10 Indenização civil por morte causada ao nascituro.....	35
3.11 Dano moral causado ao nascituro.....	36
3.12 Da posse em nome do nascituro.....	37
3.13 Estatuto do nascituro.....	37
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42
ANEXOS.....	44

INTRODUÇÃO

A questão central que se coloca para o presente trabalho é como o nascituro, ser concebido, mas ainda não nascido, posto que a Lei ainda não o considera pessoa, possa ter seus direitos salvaguardados e como o ordenamento jurídico brasileiro tem enfrentado o proposto questionamento.

É muito comum que seja concedido ao nascituro apenas expectativa de direitos, mas ninguém nega que o nascituro tenha direito à vida e não mera expectativa. Em meio a esta discussão, apesar da polêmica doutrinária existente, já existem julgados concedendo ao nascituro a proteção legal desde a concepção.

Inicia-se o trabalho com questões sobre o início da vida humana, a fim de mostrar os estudos mais atuais sobre o tema. No segundo capítulo faz-se a apresentação da figura do nascituro, ante um apanhado histórico, em uma análise da situação do nascituro em outras civilizações. Discutem-se algumas teorias sobre o início da personalidade, como: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista. Segundo a teoria natalista, o nascituro teria mera expectativa de direitos, a personalidade iniciaria a partir do nascimento com vida. A teoria da personalidade condicional defende que o nascituro teria direitos que estariam subordinados a uma condição suspensiva consistente no nascimento com vida. A teoria concepcionista, influenciada pelo direito francês, defende que o nascituro é sujeito de direitos desde o momento da concepção.

O art. 2º do Código Civil vigente diz: "A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Da parte final desse dispositivo já se presumem alguns direitos do nascituro, embora de forma implícita, como será abordado no terceiro capítulo.

Pretende-se demonstrar que o nascituro tem seus direitos tutelados e que, como um ser humano em formação, em breve, terá condições de assimilar sua condição de pessoa humana com a de pessoa jurídica. A condição de nascituro pertence a um dos estágios jurídicos da vida do homem e da mulher, o que justifica a proteção dada pela legislação, e pela sociedade, àqueles que virão ao mundo num curto espaço de tempo.

O presente trabalho poderá ser utilizado por outros pesquisadores, operadores do Direito ou de outras áreas do conhecimento, visando a contribuir para o desenvolvimento da ciência.

CAPÍTULO I

1. QUESTIONAMENTOS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA

1.1 O que é a vida?

Por mais simples que pareça a pergunta, os cientistas ainda não definiram claramente o tema. O conceito de vida é muito amplo e admite diferentes definições. Para os biólogos conceituar “vida” significa uma árdua tarefa, então incorporam diferentes idéias, listam características, para decidir se um sistema orgânico é vivo ou não-vivo.

Segundo Amabis e Martho (2004, p. 3), a matéria formadora do ser vivo é constituída por átomos, assim como as entidades não-vivas, sendo ambos regidos pelas mesmas leis naturais. Para os autores, o que diferencia um ser vivo de um ser não-vivo é a existência de determinados elementos químicos (carbono, hidrogênio, oxigênio, nitrogênio, e em menores quantidades fósforo e enxofre) que se ligam quimicamente formando as moléculas constituintes dos seres vivos.

Conforme os estudiosos da Biologia, como os autores acima citados, de modo geral, considera-se um ser vivo aquele que apresentou os seguintes fenômenos, ou como a definição diz “transformações complexas”, para a sua existência: *Metabolismo*, consumo, transformação e armazenamento de energia; *Reação*, a capacidade de avaliar as propriedades do ambiente que o rodeia e de agir em resposta a determinadas condições; *Movimento*, pode referir-se a movimento próprio ou interno; *Crescimento*, isso se dá devido, principalmente, ao crescimento do número de células no corpo; *Reprodução*, a capacidade de gerar entidades semelhantes a si próprias; *Hereditariedade*, a transmissão de um conjunto de instruções em código (DNA) aos seus descendentes.

S. J. Whicken (1987), citado por Amabis e Martho (2004, p. 7), definiu vida como “*uma hierarquia de unidades funcionais que, através da evolução, tem adquirido a habilidade de armazenar e processar a informação necessária para sua reprodução*”.

Para Amabis e Martho (2004, p. 7), a evolução biológica caracteriza o ser vivo, por cujo mecanismo os seres vivos ajustam-se ao meio ambiente desenvolvendo características que os ajudam na sua adaptação. A Teoria da

evolução foi proposta por Charles Darwin e Alfred Wallace em meados do século XIX e ficou conhecida como “seleção natural”.

Até aqui tentamos conceituar “vida” sob o ponto de vista biológico. Contudo, o constitucionalista José Afonso da Silva (2006, p. 197) afirma que “*vida*” “*não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica*”, mas também na sua acepção biográfica mais compreensiva. Acrescenta que sua significativa riqueza é de difícil apreensão porque implica em algo dinâmico, que incessantemente se transforma sem perder sua própria identidade.

Segundo Aurélio de Buarque de Holanda Ferreira: Vida (do latim *vita*) corresponde a

conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte.

Dessa forma entendemos como José Afonso da Silva (2006, 197) que a vida “é mais um processo que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte”. Nesse entendimento, a vida é sempre associada à morte, onde esta configura como o fim e aquela o início. Então uma definição simples de vida seria: o estado contrário à morte.

1.2 Qual a origem da vida?

A origem da vida é uma das grandes questões da humanidade abordada por pesquisadores das mais diversas áreas, há milênios. Tais questões, basicamente, são: fomos criados pelo poder divino, a partir do pó? Fomos criados a partir de um ser já existente? Viemos da evolução de outro ser vivo?

Atualmente, há evidências científicas de que o mundo surgiu a cerca de 4,6 bilhões de anos e que não era um ambiente propício à existência de vida.

Nos comentários de Amabis e Martho (2004, p. 22), a Terra era muito quente, a ponto de acontecer erupções vulcânicas violentas, até que o planeta tornou-se uma imensa bola de fogo. Além disso, era bombardeada por corpos vindos do espaço. Para os autores, até meados do século XVII, as pessoas acreditavam que o mundo teria sido criado por um ser supremo. Mas, com o avanço do conhecimento, essa teoria começou a ser questionada.

Aristóteles defendia a "teoria da geração espontânea" ou "teoria da abiogênese". Como lembra Amabis e Martho (2004, p. 25) esta fora a primeira teoria científica de origem da vida. De acordo com essa teoria, existiriam dois princípios: um passivo, que é a matéria e outro ativo, que é a forma. Dentro de certas condições esses dois princípios se combinariam, dando origem à "vida".

Sônia Lopes, (2006, p. 26), referindo-se à teoria aristotélica, afirma que a carne podre gerava larvas de moscas. Lembra que Jan Baptist van Helmont chegou a dar uma "receita" de como produzir seres vivos, bastando, para tanto, colocar uma camisa suada e suja em um local protegido; passados alguns dias apareceriam ratos. Durante a idade média a teoria da geração espontânea contou com ilustres defensores como René Descartes e Isaac Newton.

Um dos primeiros opositores da teoria da geração espontânea foi o médico italiano Francesco Redi. Segundo Sônia Lopes (2006, p. 26), ele demonstrou experimentalmente que só aparecem larvas de moscas na carne podre quando esta é deixada em contato com moscas. A experiência de Redi favoreceu a biogênese, teoria que defendia que a vida se origina somente de outra vida preexistente.

Amabis e Martho (2004, p. 26) lembram que, entre 1673 e 1723, Anton van Leeuwenhoek usou um microscópio e descreveu seres que não são visíveis, a olho nu, cuja experiência empolgou os adeptos da abiogênese que entendiam esses seres como surgidos por geração espontânea.

Sônia Lopes (2006, p. 28) relata que, em 1745, um cientista inglês chamado John Needham realizou experimentos fervendo substâncias nutritivas e deixando-as em repouso em frascos fechados com rolhas. Passados alguns dias, o pesquisador examinou essas soluções, ao microscópio, e observou a presença de microorganismos. A partir desse experimento ele defendeu que os microorganismos ali presentes surgiram por geração espontânea uma vez que os frascos estavam fechados e que aquela solução nutritiva continha uma força "vital".

Conforme Sônia Lopes (2006, p. 28), em 1770, o pesquisador Lázaro Spallanzani repetiu os experimentos de Needham fazendo algumas mudanças. Ele ferveu as substâncias nutritivas por aproximadamente uma hora em balões de vidro e os fechou hermeticamente. Passados alguns dias, abertos os frascos, não foi observada, ao microscópio, a presença de microorganismos. Afirmara, então que Needham não havia fervido a substância por tempo suficiente para matar os organismos existentes. Defendeu Needham que ao ferver por muito tempo a substância ela teria perdido a força vital. Em meio à discussão a teoria da geração espontânea ganhou novas forças.

Amabis e Martho (2004, p. 28) relatam, ainda, que somente em 1864 quando o cientista francês Pasteur exibiu seu material na Academia de Ciências de Paris, a Teoria da Geração espontânea perdeu sua força. Pasteur preparou um caldo de carne e submeteu-o a uma cuidadosa técnica de esterilização, com aquecimento e resfriamento. Uma vez esterilizado, o caldo de carne era conservado no interior de um balão "pescoço de cisne". Devido ao longo gargalo do balão de vidro, o ar penetrava no balão, mas as impurezas ficavam retidas na curva do gargalo, impossibilitando a passagem de microrganismo até o caldo de carne. Assim, a despeito de estar em contato com o ar, o caldo se mantinha estéril, provando a inexistência da geração espontânea.

Ultrapassando a teoria da geração espontânea, confirma-se então que todo ser vivo é proveniente de outro ser vivo, a partir do que surge a indagação se é preciso um ser vivo para originar outro ser vivo. Daí surge outra questão: de onde e como apareceu o primeiro ser vivo? Para explicar a questão, Sônia Lopes (2006, p. 30) apresenta pelo menos três hipóteses.

A Teoria Criacionista é a mais antiga, segundo a qual a Terra teria sido criada há poucos milhares de anos atrás por um ser superior. Até hoje existem muitos adeptos devido ao forte cunho religioso apesar de já ter sido provado que a Terra foi formada há muito mais tempo. A segunda hipótese é a da "panspermia" ou "origem extraterrestre", que defende que a Terra foi povoada por seres já existentes em outros planetas e que foram trazidos por meio de esporos aderidos a meteoritos que caíram e continuam caindo neste planeta. Segundo a autora, esta hipótese não esclarece muito a questão, pois poderia surgir outra pergunta: "E como a vida surgiu nesse outro planeta?"

A terceira hipótese refere-se à “teoria da evolução química” ou “teoria da evolução molecular”, proposta por Haldane e Oparin, em 1936. Segundo esta teoria na atmosfera primitiva existiriam compostos inorgânicos que combinados teriam formado moléculas orgânicas simples, que por sua vez se combinaram e formaram moléculas orgânicas mais complexas que dariam suporte para a formação de estruturas com capacidade de autoduplicação e metabolismo. Oparin não pôde provar sua hipótese.

Segundo Amabis e Martho (2004, p. 32) só em 1953, Stanley Miller realizou em laboratório uma experiência colocando num balão de vidro: metano, amônia, hidrogênio e vapor de água, e submeteu-os a aquecimento prolongado. Uma centelha elétrica de alta tensão cortava continuamente o ambiente onde estavam contidos os gases. Depois de uma semana, Miller comprovou o aparecimento de moléculas de aminoácido no interior do balão. A experiência de Miller comprovou a veracidade da hipótese de Oparin e Haldane.

Na década de 60, iniciaram-se estudos com moléculas de ARN (ácido ribonucléico), também chamadas de ribozinas. Estas moléculas são capazes de se auto-replicar e catalisar reações químicas. Esses estudos ajudaram a elucidar como devem ter sido as primeiras formas de vida na Terra. Para que exista vida hoje é necessário que o ARN e o ácido desoxirribonucleico (ADN) codifiquem as informações necessárias para a produção de proteínas, mas também que proteínas catalisem as reações de produção de moléculas de ADN e ARN. Após esses estudos houve resposta para questão: *“O que teria surgido primeiro, os ácidos nucleicos ou as proteínas?”*. Acredita-se que o ARN tenha servido como modelo e catalisador nas reações de auto-replicação enquanto que o ADN e as proteínas das células se desenvolveram mais tarde. (Enciclopédia Britânica Barsa, 1999, livro 14, p. 373)

Outras teorias são desenvolvidas continuamente onde os cientistas buscam uma explicação para origem da vida. Dessa forma é possível constatar, não obstante inúmeras pesquisas, que a origem da vida é um questionamento ainda sem resposta.

1.3 Quando começa a vida humana?

Haverá do ponto de vista biológico, um momento, no desenvolvimento do feto, que passe a defini-lo como pessoa? Há tempos os estudiosos de Medicina e Biologia tentam achar respostas para essa questão.

O tema fascinava Platão, Hipócrates e Leonardo da Vinci que dedicaram anos de suas vidas estudando o assunto. Durante a Idade Média, imperava a teoria de que a vida só começava com o nascimento, essa teoria atualmente está descartada, partindo da idéia de que as células são formas de vida esta começaria no momento da fecundação do óvulo. (Enciclopédia Britânica Barsa, 1999, livro 14, pág. 372)

Para o Professor Kurjak (MD, PhD, Medical School University of Zagreb, Sveti Duth Hospital, Croatia), "o zigoto é um indivíduo humano atual e não simplesmente um potencial, do mesmo modo que uma criança é uma pessoa humana com potencial para desenvolver a maturidade."

Em 1827 Karl Ernest Von Baer, considerado o pai da embriologia moderna, defendeu que a vida humana começa na concepção, isto é, no momento em que o espermatozóide entra em contato com o óvulo, fato que ocorre já nas primeiras horas após a relação sexual. Hoje os cientistas conseguem analisar todos os passos de desenvolvimento embrionário desde o momento da fecundação até o nascimento da criança. (Enciclopédia Britânica Barsa, 1999, livro 2, pág. 281/282)

A concepção ocorre na trompa de Falópio, a partir daí o óvulo passa cerca de uma semana "viajando" pela trompa até chegar ao útero. A união do óvulo com o espermatozóide chama-se fecundação. Ao se unirem, óvulo e espermatozóide fundem seus cromossomos e de tal fusão surge o ovo ou zigoto. Nesse momento já são determinados o sexo e as particularidades do indivíduo, pois estes cromossomos são estruturas situadas no núcleo celular que contém os genes. (Enciclopédia Britânica Barsa, 1999, livro 7, pág. 95)

Após a fusão, o zigoto se divide e se dirige à cavidade uterina onde se implanta. Nesta zona de implantação surge mais tarde a placenta através da qual o feto irá nutrir-se e respirar. (Enciclopédia Britânica Barsa, 1999, livro 7, pág. 95)

De todas essas informações, conclui-se que o estágio embrionário começa com a implantação e termina quando os órgãos estão definidos, pelo menos de forma rudimentar. Até a 12ª semana de gestação aquele "ser" que se encontra no ventre da mãe chama-se embrião, a partir de então passa a chamar-se feto.

Tabela Marcos da Gestação Inicial

Semanas	Eventos desenvolvimentais
Estágio Germinal	
1	Fertilização; início da diferenciação.
2	Maior diferenciação; implantação.
Estágio Embrionário	
3	Ausência do período menstrual; o teste de gravidez é positivo; âmnio, córion e cordão umbilical começam a se desenvolver; começa a se formar o tubo neural
4	Está totalmente desenvolvida a placenta; tem início um batimento cardíaco primitivo; o tubo neural se fecha (de outra forma ocorre a espinha bífida); começam a se desenvolver os olhos, os vasos sanguíneos e os pulmões; o comprimento total é de quase 6mm.
5	Aparecem boca rudimentar, brotos de braços e pernas, e apêndices semelhantes a dedos; o cérebro se divide em três seções principais: prosencéfalo, mesencéfalo e rombencéfalo; começam a se desenvolver os nervos periféricos.
6	Desenvolvem-se nariz e orelhas rudimentares; as estruturas faciais se fundem (ou podem ser constatados defeitos faciais).
7	Começam as pálpebras; o gene que determina a condição masculina "é acionado" e tem início a cadeia de eventos que resultam na genitália masculina.
8	Podem ser distinguidos ovários e testículos; é estabelecida, de forma inicial, a estrutura do sistema nervoso; o ultra-som abdominal pode detectar a presença do embrião; o comprimento total é superior a 2,5 cm.

A Tabela acima foi extraída do livro "A criança em desenvolvimento", Helen Bee; trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. - 9ª Ed. – Porto Alegre : Artmed, 2003.

Como explica Helen Bee (2003, pág. 78), durante a gestação, o feto passa por uma série de transformações, "refinando" os sistemas primitivos de órgãos. O sistema nervoso, que no período anterior apresentava-se de forma mais rudimentar, se desenvolve de maneira mais completa durante a vida do feto, proporcionando maior crescimento referente a tamanho e peso. Se o embrião sobrevive ao primeiro estágio desenvolvimental, que é cheio de riscos, nas primeiras dez semanas, o desenvolvimento em geral continua de modo tranqüilo.

Tabela Marcos de Desenvolvimento Fetal

Semanas	Eventos desenvolvimentais
8 – 12	Alguns reflexos são visíveis, como o de susto e o de sugar; há movimento dos braços e das pernas; há expressões faciais primitivas; o comprimento total na 12ª semana é de aproximadamente 10 cm, sendo a cabeça responsável por cerca da metade deste comprimento.
13 – 16	Início do 2º trimestre; genitália externa totalmente diferenciada e detectável; pele e pelos verdadeiros; desenvolvimento do esqueleto ósseo; aparecem movimentos de respirar e engolir.
17 – 20	A mãe percebe pela primeira vez os movimentos do bebê; os batimentos cardíacos são audíveis através do estetoscópio; vinte semanas é o limite inferior usual de viabilidade, com um peso de aproximadamente 460 gramas, mas a grande maioria dos bebês nascidos tão pequenos não sobrevive.
21 – 28	Os olhos se abrem por volta da 28ª semana; aumenta a gordura subcutânea; começa a mielinização da medula espinhal, pálpebras e sobrelhas estão totalmente formadas; maior desenvolvimento do sistema circulatório; peso médio de 1300 gramas. Boa chance de sobreviver se nascer agora
29 – 37	A gordura subcutânea aumenta ainda mais; os finos pelos que antes cobriam o corpo começam a desaparecer; começa a mielinização das células cerebrais.
38	Nascimento

A Tabela acima foi extraída do livro "A criança em desenvolvimento", Helen Bee; trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. - 9ª Ed. – Porto Alegre : Artmed, 2003.

Após um breve apanhado sobre o desenvolvimento embrionário, passa-se a analisar as idéias, mais aceitas e discutidas pela comunidade científica, sobre o início da vida, do ponto de vista abordado por Jaqueline Mendes. (Revista Istoé, 2009):

a) No momento em que o espermatozóide entra no óvulo - entre 12 e 48 horas após a relação sexual, quando nasce o zigoto, uma identidade genética, se tiver condições de desenvolvimento, dará origem a um novo indivíduo. A essa fase da gestação, muitos estudiosos dão o nome de "primeiro momento";

b) Com o início da atividade cardíaca - para alguns cientistas, a vida humana começa por volta da quarta semana de gestação quando o coração começa a bater;

c) com a formação do sistema nervoso central - na quinta semana, o embrião já apresenta movimentos involuntários, o que indica atividade do sistema nervoso, característica primordial para a vida humana;

d) com o início da atividade cerebral - considerando que uma pessoa é dada como clinicamente morta no momento em que seu cérebro pára de trabalhar, alguns pesquisadores apontam o início da vida para o instante em que as ondas cerebrais começam a entrar em ação: oitava semana;

e) com a nidacão (ou implantação) - momento em que o embrião se firma na parede do útero. A partir daí, iniciam-se os movimentos celulares que farão surgir todos os órgãos do corpo, dando, assim, forma humana ao embrião. O processo começa próximo ao quinquagésimo dia de gravidez;

f) com o surgimento do feto - grande parte dos estudiosos defende a teoria de que a vida humana se inicia na nona semana da gestação, quando o embrião evolui a feto, com a formação básica dos órgãos. Deste momento em diante, o feto praticamente só aumentará de tamanho.

Outras teses são desenvolvidas continuamente onde os estudiosos de Medicina e Biologia buscam descobrir o momento em que o feto passa a ser considerado "pessoa" e constata-se que este ainda é um questionamento sem resposta.

CAPÍTULO II

2. O NASCITURO

2.1 Noções conceituais

O Dicionário Brasileiro Globo (2005) define nascituro como aquele que "há de nascer; concebido, mas ainda não dado à luz". Segundo Madeira (2005, p. 11) a origem da palavra encontra-se no verbo latino "*nascor, eris, nasci, natus sum*" (nascer).

Para Limongi França, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2006, p. 82), nascituro é "*o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno*".

2.2 O nascituro na História

- **Na Grécia**

Almeida, citada por Siniscalchi (2005, p. 5), relata que na Grécia reconhecia-se a capacidade do nascituro. Esta afirmação é baseada em uma antiga história contada por Plutarco, segundo o qual, Polydecte morreu cedo, sem filhos, e acreditava-se que Licurgo seria rei. E o foi, mas somente enquanto não se sabia da gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que a notícia foi divulgada Licurgo declarou que, se a Rainha tivesse um filho, seria dele a coroa. Desse momento em diante, ele administrou o reino apenas na qualidade de tutor.

Segundo Siniscalchi (2005, p. 5), quanto ao aborto, Cuello Calón, Licurgo e Sólon o puniam com penas pecuniárias como reparação de danos à família. Em Atenas não há conhecimento de punição ao aborto, essa "injustiça" justifica-se pelo temor que havia naquela época quanto à fome e à explosão demográfica. Em Tebas e Mileto o aborto era radicalmente punido, até mesmo com pena de morte. Platão defendia o aborto eugênico, que tem a finalidade de melhorar, "purificar" a raça humana. Aristóteles, que contribuiu grandemente para o estudo da embriologia, também defendia o aborto eugênico e o ligado ao controle demográfico.

Siniscalchi (2005, p. 6) explica que o aborto seria considerado crime somente se praticado após quarenta dias pelo homem e, três meses, se praticado pela mulher; pois se acreditava que o nascituro já possuía alma. Apesar de divergirem

em relação à legislação, proibição e punição do aborto, apresentavam uma concepção inovadora para aquela época: reconhecia-se o nascituro como pessoa e assegurava-lhe direitos.

- **No Direito Romano**

Segundo Madeira (2005, p. 6), os juristas romanos já atribuíam ao "*qui in utero est*" vários direitos como o direito à vida, à sucessão, a alimentos, a ser imitado na posse, à aquisição dos diversos status ou das dignidades.

Da mesma autoria, o termo latino "*nasciturus*" não era utilizado na terminologia romana, pois em termos etimológicos significa "*o que há de nascer*" e abrangeria até o que ainda não foi concebido, que não existe no útero da mãe, o que a doutrina atual chama de *prole eventual* ou *concepturus*, aquele que ainda há de ser concebido.

Conforme Madeira (2005, p.16), nas fontes jurídicas romanas, encontra-se inúmeros termos e expressões que se referem ao nascituro: *partus, qui est in ventre, qui in utero est, conceptus, uterus, venter, animans, filius, postumus* e outros. O nascituro algumas vezes é evocado de maneira implícita como nas expressões *is qui est in ventris* (aquele que está no ventre) e *is qui est in utero* (aquele que está no útero). Estas duas expressões são freqüentemente usadas nas fontes como a mais concreta forma de referir-se ao nascituro.

Siniscalchi (2005, p. 6) explica que em Roma haviam algumas condições exigidas para o reconhecimento do neonato: a) *Forma humana*: não era suficiente o nascimento com vida, era necessário que possuísse forma humana, não preenchendo este requisito não seria considerado pessoa; b) *Completa separação das vísceras*: enquanto não se separar da mãe não era tido como pessoa, era considerado como uma parte do corpo da mãe; c) *Viabilidade*: precisava ter forma humana e saúde suficiente para sobreviver. Além disso, não poderia ser escravo ou, após a queda do Império Romano, ser servo, que apesar de ser diferente de escravo, também era considerado coisa, ou seja, poderia ser alienado junto com o feudo.

- **No Brasil**

Siniscalchi (2005, p. 7) diz que a legislação brasileira foi e é influenciada por decisões internacionais. Na época da elaboração de uma legislação própria, o

Direito Nacional foi regido seguindo as Ordenações do Reino de Portugal, principalmente as Filipinas, influenciadas pelo Direito Romano.

A autora explica que em Portugal, somente a partir do nascimento com vida, adquiriam-se direitos, esse princípio foi adotado também pela legislação brasileira. Antes da vigência dessa legislação, doutrinadores como Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua defendiam que a doutrina concepcionista deveria ser acolhida pelo Direito brasileiro.

Conforme Siniscalchi (2005, p.7), o artigo 2º do Projeto de lei, de Coelho Rodrigues, afirmava que o nascituro era absolutamente incapaz de exercer atos da vida civil. No artigo 221 do seu esboço, Teixeira de Freitas escreve que *“desde a concepção no ventre materno começa a existência das pessoas naturais, e, antes do nascimento, elas podem adquirir alguns direitos como se já tivessem nascidas”*. Clóvis Beviláqua, em seu anteprojeto, manifestou-se dizendo que *“a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”*.

Siniscalchi (2005, p. 7) adverte que tanto no Projeto de Teixeira de Freitas quanto o Projeto revisto de Clóvis Beviláqua empregam-se o termo “ser humano” em vez de “homem” e que esses doutrinadores divergiam sobre o momento em que o nascituro deveria ser reconhecido.

2.3 No Direito Comparado

Consideramos importante fazer uma abordagem sobre o nascituro no Direito Comparado, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é influenciado pelas legislações internacionais. Assim, analisaremos alguns ordenamentos que, em maioria, defendem a teoria natalista.

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p.196) o direito francês e holandês defendem que não basta o nascimento com vida, faz-se necessário que o recém nascido seja “viável”, ou seja, apto para a vida. Se nascer vivo, sua capacidade remontará à concepção.

O Código Civil Argentino, em seu artigo 7º, assim se expressa: “Desde a concepção, no seio materno, começa a existência da pessoa; e, antes de seu nascimento, podem adquirir alguns direitos, como se houvesse nascido”, ou seja, a concepção já dá origem à personalidade. Segundo a autora, o Código Húngaro segue o mesmo pensamento.

Siniscalchi (2005, p. 6) explica que a Espanha (como Uruguai e Alemanha) segue o mesmo princípio da legislação brasileira. O Código Espanhol também sofreu influências do Direito Romano, principalmente no que se refere à deformação humana do feto, o *monstrum*, para adquirir personalidade é necessário que o recém nascido tenha forma humana e tenha vivido vinte e quatro horas. O aborto é permitido para salvar a vida, preservar a saúde física e mental da mãe, quando tiver havido estupro ou o feto for defeituoso.

Segundo Siniscalchi (2005, p. 6) o Código Civil Italiano e Português se pronunciam em favor da teoria natalista. O Código Português separou o aborto em um título no Código Civil: *Dos Crimes contra a Vida Intra-Uterina*. Em Portugal o aborto não é punível se for realizado para salvar e preservar a saúde física e psíquica da mãe; quando o feto for defeituoso, e for realizado nas primeiras vinte e duas semanas de gravidez; e ainda, se a vítima tiver sofrido estupro e interromper a gravidez antes das doze primeiras semanas.

Segundo a mesma autora, México, Chile, Colômbia, Peru, Suíça e China também seguem a mesma linha de raciocínio da Legislação Brasileira: a personalidade só é adquirida com o nascimento, mas os direitos do nascituro são protegidos desde a concepção.

Segundo a autora, a maioria das legislações internacionais vigentes adota a doutrina natalista e permite o aborto com restrições. Citando Rita Simon, lembra que a "Turquia, EUA (com exceção de alguns Estados), Romênia e China admitem qualquer tipo de aborto. Na Turquia essa taxa é de 2,8 mulheres em grupo de 1000; enquanto que no Brasil, onde só o é permitido para salvar a vida da mãe e em casos de estupros, o número chega a 36, no mesmo grupo de 1000 mulheres em idade fértil".

2.4 Conceitos no Código Civil

- **Pessoa**

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p.117) é de grande importância verificar qual a aceção jurídica de "pessoa", que para a doutrina tradicional é o ente físico, ou coletivo, suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de

direitos. Por sua vez, sujeito de direitos seria aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica.

Citando Kelsen, a autora, ressalta que o conceito de sujeito de direitos não é tão importante para a descrição do Direito, sendo apenas um conceito auxiliar com a finalidade de facilitar a exposição do direito. Para ele, a pessoa natural ou jurídica, que têm direitos e obrigações, é um conjunto desses direitos e obrigações, cuja unidade expressa o conceito de pessoa. A personificação desse conjunto seria a unidade, ou seja, a pessoa.

Diniz (2006, 118) explica que no pensamento kelseniano, pessoa não é um indivíduo ou uma comunidade de pessoas, mas a unidade personificada das normas jurídicas que impõe deveres e lhe assegura direitos. Portanto, para Kelsen pessoa é a construção da ciência do direito, afastando o dualismo: direito objetivo e direito subjetivo.

A mesma autora (2006, 146) explica que os civilistas e as legislações ainda não chegaram a um acordo para a denominação da pessoa humana como ente jurídico. Lembra que o Código atual adotou a expressão “pessoa natural”, que para Teixeira de Freitas dá a entender que existem “pessoas não-naturais”, o que não é verdade. Propôs então que se usasse a expressão “ser de existência visível”, nomenclatura adotada pelo Código Argentino, o que não satisfaz, pois apenas faz alusão à corporalidade humana.

Diniz (2006, p. 147) esclarece que “pessoa física” é uma expressão adotada pela França e Itália e que no Brasil é usada para regulamentar imposto sobre a renda. A expressão “pessoa individual” para ela é imprópria, pois desnatura o homem, desconsiderando seus atributos morais e espirituais que integram a sua personalidade. Seguindo a orientação, a legislação em vigor aderiu à denominação “pessoa natural” como designação do ser humano na sua acepção atual.

- **Personalidade e Capacidade**

O artigo 2º do Código Civil diz: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com a vida, mas a Lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro*”. A questão da personalidade é de grande importância, pois, é a partir da sua aquisição, que o homem se torna sujeito de direitos. Para Diniz (2006, p. 119) a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, estendendo-se a todos os

homens, consagrando-se na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Segundo Gagliano (2006, p. 81) personalidade jurídica é a *“aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”*. Para ele, o surgimento da personalidade ocorre a partir do nascimento com vida, ou seja, no momento em que inicia o funcionamento do aparelho cardio-respiratório, mesmo que o recém nascido faleça minutos depois. Ao adquirir a personalidade jurídica o ente passa a ser sujeito de direitos.

Gagliano (2006, p. 88) explica que, adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de exercer direitos e obrigações. Toda pessoa tem capacidade de direito, já que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição, mas nem toda pessoa possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas. Se a pessoa puder atuar pessoalmente diz-se que possui capacidade de fato ou de exercício; reunidos os dois atributos, diz-se que possui capacidade civil plena.

Assim, como preceitua Diniz (2006, p.119), capacidade é a medida jurídica da personalidade. Segundo a autora, para ser “pessoa” basta que o ser humano exista, mas para ter capacidade esse ser humano precisa preencher requisitos que comprovem que pode agir por si.

Orlando Gomes, citado por Gagliano (2006, p. 88), faz a diferenciação entre personalidade e capacidade, dizendo que

a capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. A capacidade de fato condicionada à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a reciprocidade não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Nesse sentido, Silvio Salvo Venosa, citado também por Stolze Gagliano (2006, p. 89), diz que, também não se deve confundir capacidade com legitimidade, pois

a legitimação consiste em averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar e vender. Contudo o art. 1132 do CC estatui: “os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.

Venosa, citado por Gagliano (2006, p. 89) explica que desse modo, o genitor que geralmente tem a capacidade genérica para praticar todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem ao filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se os demais filhos não concordarem com ele. Sem a anuência dos filhos não estará legitimado. Segundo o autor, num conceito processual legitimação “é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação à determinada relação jurídica. A legitimação é um *plus* que se agrega à capacidade em determinadas situações.”

2.5 Teorias sobre o início da personalidade

A doutrina não é pacífica quando o assunto é a personalidade do nascituro. O artigo 2º do Código Civil diz: “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Portanto nega a personalidade, mas garante-lhe a proteção de direitos desde a concepção.

Stolze Gagliano (2006, p. 82) explica que a Lei exige do recém nascido que este dê sinais de vida, mesmo que por alguns segundos, para que possa adquirir personalidade. Se nascer morta não adquiriu personalidade, portanto, não recebe nem transmite direitos. Se sobreviver, mesmo que por um dado momento, recobra-se a personalidade, adquire e transmite direitos.

Há na doutrina três correntes sobre a personalidade do nascituro: teoria natalista, da personalidade condicional e concepcionista.

- **Teoria Natalista**

Para Gagliano (2006, p. 83), a teoria natalista pressupõe que a personalidade seria adquirida somente a partir do nascimento com vida; na condição de nascituro

ele tem uma expectativa de direitos. Esta teoria não admite que o nascituro tenha personalidade simplesmente por não existir e ainda fazer parte das vísceras da mãe.

O mesmo autor lembra que o Código Civil brasileiro adota essa teoria como regra para justificar que a personalidade civil do homem começa com o nascimento. Por isso, o aborto continua sendo tipificado como crime, pois este ser tem expectativa de direitos que, em pouco tempo, serão seus. São adeptos dessa teoria Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, Eduardo Spínola, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Ferrara.

Para Pontes de Miranda, citado por Siniscalchi (2005, p. 4),

(...) no útero, a criança não é pessoa; se não nasce viva, nunca adquire direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito. Todavia, entre a concepção e o nascituro, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

Também San Tiago Dantas, citado por Siniscalchi (2005, p. 4), manifestou-se sobre o assunto dizendo que “a personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida é, pois, o elemento essencial para que se inicie a personalidade”.

- **Teoria da Personalidade Condicional**

Essa teoria, segundo Gagliano (2006, p. 83) defende que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. Portanto, o fato de o nascituro ter proteção legal não quer dizer que este tenha personalidade. Seria uma situação que se aproxima da personalidade que só seria adquirida de fato com o nascimento com vida.

São adeptos dessa teoria Arnold Wald, Silvio de Salvo Venosa e Miguel Maria de Serpa Lopes. Para Venosa (2003, p. 162): “o nascituro é um ente concebido que se distingue de todo aquele que não foi concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento”.

- **Teoria Concepcionista**

Segundo Gagliano e Pamplona (2006, p. 83), esta teoria defende que o nascituro adquiriria personalidade desde a concepção, portanto seria considerada

pessoa. Esta personalidade seria apenas em relação aos direitos da personalidade, por exemplo, direito à vida e a uma gestação saudável. São adeptos desta teoria Beviláqua, Limongi França, Francisco Amaral Santos e Teixeira de Freitas.

Em seu Código Civil Anotado, Diniz (1999, p.9) afirma: "poder-se-ia mesmo dizer que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá".

Concordamos com Almeida, citada por Gagliano (2006, p. 84), quando diz que a doutrina majoritária defende a teoria natalista acreditando que o nascituro tenha apenas expectativas de direito, mas ninguém discute que este tenha direito à vida e não mera expectativa. Não há nação que não reconheça o direito à vida, até mesmo a China. Segundo ela "quem diz direito afirma capacidade, quem afirma capacidade reconhece personalidade".

CAPÍTULO III

3. A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

3.1 O direito à vida

O artigo 5º, da Constituição Federal diz: “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”. (grifamos)

Jacques Robert, citado por José Afonso da Silva (2006, p. 198), explica que “o respeito à vida humana é, a um tempo, uma das maiores idéias da nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação ao aborto, do erro e da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori*, da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano”.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 198) o direito à vida consiste no direito de estar vivo, lutar e defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter a vida interrompida senão pela morte espontânea e inevitável. Por isso o Código Penal pune todas as formas violentas de interrupção do processo vital.

3.1.1 O aborto

O Capítulo I, dos crimes contra a vida, no Código Penal vigente, em seus artigos 124 a 128, tipifica o aborto como crime, com penas de 1 (um) a 10 (dez) anos de reclusão. Sendo possível o aborto apenas nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez é resultada de estupro.

Para Mirabete (2007, p. 62) aborto “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”. Só é tipificado o aborto criminoso ou provocado. Para o autor, esses dispositivos legais tutelam a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses de gravidez se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas da vida.

Para Afonso da Silva (2006, p. 20), o tema aborto é um ponto controvertido na Constituição, pois houve três tendências no seio do Constituinte: *a) assegurar o direito à vida desde a concepção*, importando proibir o aborto; *b) a condição de sujeito de direitos se adquiriria com o nascimento com vida*; a vida intra-uterina, inseparável do corpo da mãe seria responsabilidade dela, o que possibilitaria o aborto; *c) a Constituição não deveria posicionar-se*, nem vedar nem admitir o aborto.

Assim, a Constituição demonstra não admitir o aborto, tudo dependeria da idéia de quando começa a vida. Entende o autor que no feto já existe vida humana. E ressalta que hoje há muitos métodos para evitar-se a gravidez, o que torna injustificável a interrupção da vida intra-uterina.

3.2 Direito à filiação

O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal (artigo 1596, CC) diz: *“Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

Siniscalchi (2005, p. 8) explica que os adeptos da teoria concepcionista defendem que o nascituro tem direito à filiação desde a concepção, pois, ao nascer, seus direitos serão equiparados aos dos filhos já nascidos tendo em vista que a relação de filiação não é resultado do nascimento e sim da concepção através do elo biológico.

3.3 Direito ao reconhecimento

A primeira parte do parágrafo único do art. 1.609, do Código Civil preceitua: *“O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho”*. Os incisos I a IV, mostram como é feito esse reconhecimento: no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; por manifestação direta ou expressa perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. No caso do reconhecimento do nascituro dá-se através da escritura pública ou pelo testamento, tendo em visto que ainda não nasceu.

Maximiliano, citado por Siniscalchi (2005, p. 8), afirma que “a mãe da criança pode acionar, porém em nome do filho menor ou nascituro, no papel de tutora, ou de curadora nata; pois não se cogita de reparação à mulher, e sim de adquirir ou recobrar, o filho, o seu estado civil”.

Horta (2008, pp. 11-13) explica que hoje o exame de DNA pode ser realizado antes do nascimento através de algumas técnicas como: a) *Biopsia Vilo Corial*, que compreende a aspiração de células da placenta, que são idênticas às do feto. Pode ser feito a partir da 10ª semana de gestação; b) *Aminiócentese*, que consiste na obtenção do líquido amniótico através de uma fina agulha inserida na cavidade amniótica; uma das técnicas mais seguras e pode ser feito entre a 15ª e 18ª semana de gestação; c) *Condócentese*, nesse procedimento há a coleta de sangue fetal através da punção da veia umbilical.

3.4 Direito a alimentos

Segundo Gagliano (2006, p. 87), o nascituro tem direito a alimentos uma vez que não é justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração financeira do genitor reconhecido. Essa também é a posição de Maria Helena Diniz (2006, p. 197)

Venosa (2003, p. 163), adepto da teoria da personalidade condicional, concorda com os autores anteriormente citados e vai além, pois no seu entendimento, os alimentos são devidos não apenas pelo genitor reconhecido, mas por qualquer um que tenha concebido o nascituro.

Para Pontes de Miranda, citado por Siniscalchi (2005, p. 10), a prestação alimentícia pode começar depois da concepção. Segundo o autor, antes de nascer existem despesas que se destinam ao concebido, caso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, o direito seria inferior à vida.

Conforme Horta (2008, p. 7), tendo em vista a necessidade da gestante foi aprovada a Lei nº. 11.804/08, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. Segundo o regulamento, “os alimentos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o

juiz considere pertinentes” (Art. 2º). Sem dúvidas, o reconhecimento expresso da tutela jurídica dos direitos da personalidade ao nascituro.

3.5 Direito à integridade física

Atualmente, as atenções de educadores e médicos tem-se voltado para a assistência pré-natal. De acordo com “Anais da Conferência Nacional de Educação para todos”, de 1994, a médica Zilda Neumann afirma que “saúde e educação devem começar no ventre materno. A prevenção é mais barata e eficiente que a cura”.

Por sua vez a Psicologia pré-natal tem provado, segundo Siniscalchi (2005, p.11), que o nascituro é um ser inteligente e com traços próprios de personalidade e por isso é suscetível a sofrer danos psíquicos durante a gestação. Há de se questionar que se a Medicina tem feito essas afirmações sobre o nascituro porque não afirmar que este possui direito à integridade física, já que o aborto é proibido por Lei.

Enfatiza a autora que, mesmo sendo ele ligado à mãe, a sua integridade física com a mãe não se confunde. Portanto, não há como negar-lhe o direito à integridade física e à saúde sem deixar de incluí-lo como ofendido do art. 949 do Código Civil vigente: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Siniscalchi (2005, pp. 11-12), citando Almeida (2000) explica que o direito à vida, à integridade física e à saúde são do nascituro e não da mãe, daí não ser lícito que ela se oponha a tal direito. Conclui o autor que não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do filho, nem a submeter-se a intervenção médica que vise a dissolver medicamento no líquido amniótico, que o feto engole instintivamente. “Não cabe à mãe dispor de direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim de filho nascituro. Pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada”.

3.6 Direito à curatela

Preceitua o Código Civil brasileiro a curatela no Art. 1779:

“Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.”

Segundo Siniscalchi (2005, p. 9), o Código Civil, ao conceder curador ao nascituro, está defendendo suas expectativas de direitos; a curatela termina com o nascimento com vida. O termo curador vem do latim (cuidado) e, segundo o Dicionário Brasileiro – O Globo – significa “aquele que é encarregado judicialmente de administrar ou fiscalizar bens ou interesses de outrem”.

Siniscalchi (2005, p. 9), citando Clóvis Beviláqua, critica o Código ao colocar “da curatela do nascituro”, pois se não se considera o início da personalidade com a concepção, o nascituro não existe juridicamente, portanto não teria direito à curatela. Ele afirma ainda que esta curatela seria em caráter excepcional visto que somente existirá quando falecido o pai, e a mulher não tenha o poder familiar. O Código seria então omissivo, tendo em vista que a morte não é a única forma de ausência do genitor, mas também a mulher não tenha o pátrio poder.

3.7 Direito a receber doação

O artigo 542, do Código Civil trata do direito de doação, quando prevê: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

Wagner Barreira, citado por Siniscalchi (2005, p. 9) entende que “não há razão para pôr a regra de lado nos casos de doações feitas a nascituros. Nada as distingue, na verdade, das demais doações. Se representarem liberalidades puras e simples, portanto, deverão entender-se aceitas pelos pais que não declararam aceitá-las”.

3.8 Direito a adoção

Quanto ao direito à adoção, o artigo 1.621, do Código Civil, preceitua: “A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de 12 anos”.

Apesar da dependência do nascimento com vida, a adoção é mais um dos direitos do nascituro. Segundo Chinelato e Almeida, citada por Siniscalchi (2005, p.

8), diz que uma das obrigações do adotante, seria a assistência médica pré-natal, assegurando os direitos de personalidade do nascituro, como o direito a alimentos ligado ao direito à vida; e o direito à saúde, relacionado ao direito à integridade física.

Segundo Sérgio Pereira, citado por Siniscalchi (2005, p. 8), enfatizando a importância da adoção para efeito de alimentos, "a adoção do nascituro deve ser feita, por analogia, consoante o sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se entender deva seguir os requisitos do Código Civil, no mínimo, a eficácia deve ser plena, aplicada a igualdade constitucional".

3.9 Direito de suceder

Segundo Siniscalchi (2005, p. 9), os Códigos de Portugal, Espanha, França, Argentina, Itália e Suíça acolheram o direito à sucessão referente ao nascituro. Lembra o autor que, desde a Antiguidade, esse direito já era assegurado. Em Roma a capacidade do nascituro para a sucessão legítima e testamentária era reconhecida, por testamento a prole eventual também poderia adquirir esse direito.

O direito do nascituro à sucessão está previsto do Código Civil, como se vê:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º. Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º. Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º. Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Gagliano (2006, p. 81) explica que os bens que lhe são destinados ficam sob a administração de alguém designado pelo próprio testador ou, em não havendo indicação, de pessoa nomeada pelo juiz, devendo a nomeação recair no testamenteiro, se houver. “Somente em sua falta é que o magistrado poderá nomear outra pessoa, a seu critério”.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz (2006, p. 199) mostra um caso prático:

suponhamos o caso de um homem que, recentemente casado pelo regime de separação de bens, faleça num desastre, deixando pais vivos e viúva grávida. Se nascer morto, o bebê não adquire personalidade jurídica, e, portanto não recebe nem transmite herança se seu pai, que ficará com os avós paternos, pois em nosso direito a ordem da vocação hereditária é: descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, ascendentes em concorrência com o consorte, cônjuge sobrevivente, colaterais até o 4º grau e o Município, Distrito Federal, ou União havendo declaração de vacância da herança. Se nascer vivo, receberá a herança e, se por acaso vier a falecer logo em seguida, a herança passará a sua mãe, provando-se o seu nascimento com vida pela demonstração de presença de ar nos pulmões.

Almeida, citada por Siniscalchi (2005, p. 9) diz na lacuna da lei sobre um dispositivo expresso referente à capacidade passiva para a sucessão legítima do nascituro, “reconhecem-na sem divergir a doutrina e a jurisprudência”. Para Maximiliano (1937) “com o direito à sucessão legítima e testamentária, é necessário para o nascituro suceder, que, no momento da morte do de cujus ele já viva e ainda viva”.

3.10 Indenização Civil por Morte causada ao Nascituro

Para Siniscalchi (2005, p. 11), os direitos patrimoniais dependem do nascimento com vida, mas direitos personalíssimos, como o direito à vida, não. É inerente ao ser humano.

Eduardo Zanoní, citado por Siniscalchi (2005, p. 11), entende que independentemente do não reconhecimento da personalidade do nascituro, “admitindo-se apenas a existência de vida humana, ainda que sem personalidade, há de se concordar que existe no *conceptus* o direito de nascer, como particular manifestação dos direitos de viver”.

Siniscalchi (2005, p. 11) explica que os pais, ou genitor sobrevivente, são os titulares da ação de reparação de dano pela morte de nascituro. Existem doutrinadores que não aceitam a personalidade do nascituro, mas concordam que em caso de morte do nascituro cabe ação de indenização, representando dano moral aos pais.

Almeida, citada por Siniscalchi (2005, p. 11), entende que não há razão para indenizar a morte de recém-nascido, ainda que tenha vivido por alguns minutos, e não indenizar a morte de nascituro. A autora diz ainda que a indenização pela morte do nascituro pode ser sustentada tanto sob o fundamento da transmissibilidade do dano moral, como sob fundamento de dano moral causado aos pais.

3.11 Dano Moral causado ao Nascituro

Vejamos o seguinte julgado do STJ:

Direito Civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do *quantum*. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitivamente ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (STJ, 4.ª T., REsp 399.028/SP; REsp 2001/0147319-0, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.26-2-2002, DJ, 15-4-2002, p.232).

Segundo Chaves, citado por Siniscalchi (2005, p. 11), o dano moral abrange os danos estéticos, sociais e todos os direitos da personalidade, incluindo os fundamentais. Faz-se necessário proteger juridicamente o nascituro, pois é possível que sofra dano moral, por exemplo: deformação, traumatismos, intoxicações, toxinfecções.

3.12 Da posse em nome do nascituro

Montenegro Filho (2007, p.166) explica a necessidade dessa medida cautelar, mostrando o seguinte exemplo:

Uma mulher que manteve relacionamento com característica de união estável com pessoa recém-falecida, encontrando-se grávida, assistindo à abertura do processo de inventário do seu ex-companheiro com a pretensão de que o patrimônio inventariado seja partilhado entre os dois filhos de relacionamento anteriormente havido. A companheira em referência não pode promover a habilitação em favor do filho que espera, em face da ausência de personalidade jurídica, o que reclama o ingresso da ação cautelar em estudo para que, de posse do laudo pericial que confirma a gravidez, requerer reservar quinhão ao magistrado que conduz o processo de inventário, evitando que se ultime a partilha do patrimônio em favor dos dois herdeiros anteriormente habilitados.

Para o autor, essa medida cautelar não garante ao nascituro direitos hereditários, somente previne uma situação jurídica em instante antes do nascimento, mas sendo a ação contestada pelas partes requeridas é reclamado o ingresso de ação de investigação de paternidade para que se possa atribuir ou não legitimidade ao investigante para tomar assento no processo de inventário.

Enfatiza, ainda que a ação cautelar da posse em nome do nascituro é medida proposta pela autora (genitora) com o objetivo de tão-somente provar o seu estado gestacional, sem que a sentença confira qualquer direito material ao nascituro. Trata apenas de administrar um interesse privado apegado a um interesse social, o que determina a intervenção do representante no Ministério Público no curso do processo”.

3.13 O Estatuto do Nascituro

Em meio à discussão se o nascituro teria ou não personalidade civil é que em 19 de maio de 2010 foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 478/07, (Luiz Bassuma - PT-BA e Miguel Martini - PHS-MG), que cria o Estatuto do Nascituro. A autora do substitutivo ao projeto, a deputada Solange Almeida (PMDB-RJ), defende que “a criança não pode pagar pelo erro dos pais”.

Conforme, Bahé (2010), o texto aprovado não alteraria a legislação penal, quando preceitua que não se pune o aborto em casos de estupro ou de risco de vida da mãe. Houve um acordo entre os deputados da Comissão no sentido de emendar o texto legislativo, enfatizando a permanência do texto do Código Penal. Em seu substitutivo, a deputada define que a vida começa na concepção. Neste conceito seriam incluídos os seres humanos concebidos "in vitro", mesmo antes da transferência para o útero da mulher, cujo substitutivo garante:

- a) no caso de estupro assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico para a mãe;
- b) o direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe concorde.
- c) identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, este será responsável por pensão alimentícia e, caso ele não seja identificado, o Estado será responsável pela pensão.
- d) o projeto também garante ao nascituro sua inclusão nas políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso, e seu nascimento em condições dignas.
- e) ao nascituro com deficiência, o projeto garante todos os métodos terapêuticos e profiláticos existentes para reparar ou minimizar sua deficiência, haja ou não expectativa de sobrevida extra-uterina.

Segundo os autores da proposta, o Estatuto garantirá ao nascituro direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, e à convivência familiar. A deputada rejeitou os Projetos de Lei 489/07 e 1763/07, apensados. O projeto será votado também pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e pelo Plenário da Câmara.

Em entrevista o deputado Miguel Martini (PHS-MG) defendeu a necessidade de uma legislação que trate o nascituro com os mesmos direitos e garantias de um cidadão brasileiro. Ele diz que o argumento usado pelos grupos abortistas é que os defensores do nascituro estão levantando um discurso religioso quando a vida é um valor que independe de religião, é algo que transcende a religião.

CONCLUSÃO

O tema que envolve a tutela jurídica do nascituro tem-se apresentado como de grande relevância, haja vista as acirradas discussões, atualmente, no universo jurídico.

Pelo estudo apresentado, observamos que os direitos do nascituro vêm se manifestando, de forma expressa, nas legislações pertinentes, não só no Brasil, mas no âmbito do Direito Comparado.

O artigo 2º do Código Civil ao preceituar que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, provoca a polêmica do início da personalidade, pois a primeira parte do artigo diz que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida (teoria natalista) e a segunda parte põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (teoria concepcionista). Em uma fusão dessas teorias, poderíamos deduzir que, se o nascituro não tem personalidade, não haveria necessidade de tutelar seus direitos.

Observamos que os doutrinadores, em regra, são unânimes acerca da dificuldade em buscarem conceituar a "vida", porque esta *"não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica"*, senão estaríamos tratando do homem apenas como uma máquina. A vida, em uma definição simples, seria o estado contrário à morte. Em uma tentativa extreme os estudiosos tentam incorporar diferentes idéias, listam características, para decidir se um sistema é ou não vivo, mas mesmo assim ainda não responderam à questão.

Outros questionamentos permanecem sem respostas quando se trata da origem da vida. Buscando respostas, os pesquisadores mostram várias teorias, mas até hoje nenhuma explicou, com clareza, como se originou a vida na Terra.

Uma terceira questão indaga: "quando começa a vida?". De igual forma, os profissionais da área da Medicina e da Biologia tentam achar respostas para a questão, mas terminam com outros questionamentos se haverá, do ponto de vista biológico, um momento, no desenvolvimento do feto, que o passe a definir como pessoa?

Apresentamos tabelas com os marcos de desenvolvimento fetal, onde são demonstradas várias fases do desenvolvimento da vida intra-uterina, e concluímos

que se o embrião sobrevive ao primeiro estágio desenvolvimental que são as primeiras oito a dez semanas, o desenvolvimento em geral poderá continuar de modo tranqüilo.

No segundo capítulo tratamos da figura do nascituro, aquele que está por nascer, mas já concebido no ventre materno. Fizemos um apanhado histórico e constatamos que a preocupação com a tutela jurídica dos direitos do nascituro não é de hoje, isso já acontecia na Grécia e Roma. Analisamos a situação jurídico-global do nascituro em outras nações e constatamos que a maioria delas adota a teoria natalista e permite o aborto com restrições.

No terceiro capítulo fizemos um apanhado dos direitos atualmente reconhecidos ao nascituro. Começamos com o direito à vida, direito fundamental do homem assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal, cumulando com a legislação que tipifica o aborto como crime, exceto no caso de estupro e para proteger a vida da genitora.

Elencamos, segundo a legislação civil, outros direitos assegurados ao nascituro como: filiação, reconhecimento, alimentos, integridade física, curatela, receber doação, sucessão, indenização civil, dano moral, direito de posse. Além disso, fizemos um breve comentário sobre o Projeto de Lei nº. 478/07, denominado Estatuto do Nascituro, aprovado em maio deste ano, na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara, mas ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Em meio à discussão questionamos: não seria mais prudente que o Código reconhecesse a personalidade do nascituro desde a concepção? Ora, se lhe é assegurado o direito à vida, à integridade física (que são direitos personalíssimos e independem do nascimento com vida) e a legislação vigente tipifica o aborto como crime, por que ainda negar a sua personalidade?

Segundo a corrente da personalidade condicional o nascituro teria somente uma expectativa de direitos. Ora, como então é possível igualá-lo aos filhos já nascidos? Como conceder-lhe o direito à curatela, à representação, aos alimentos? Como foi apresentado no presente trabalho, a personalidade não se confunde com capacidade. Existem julgados que já admitem a personalidade jurídica do nascituro. Com exemplos temos as ações de danos causados ao nascituro.

Diante de tudo o que foi exposto, fica cada vez mais acentuado o posicionamento em aceitar o nascituro como pessoa, mas uma pessoa em fase de desenvolvimento, assim como a criança se desenvolve para tornar-se um adulto, e

como tal, possui personalidade jurídica desde a concepção, com direitos garantidos desde então. Sustentamos que a norma civilista deve carregar os princípios previstos na Constituição, que assegura ser fundamental o direito de viver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMABIS, J. M; MARTHO, G. R. **Biologia das Células**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

BAHÉ, Marco. **Nem em caso de estupro**. Publicado em 19/05/2010. Disponível em: <http://acertodecontas.blog.br/atualidades/estatuto-do-nascituro-aprovado-hoje-proibe-aborto-em-qualquer-hipotese/>. Acesso em 27/07/2010.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.

Brasil. Constituição Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940, e retificado em 3 jan. 1941.

BRASIL. Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 nov. 2008.

BRASIL. Projeto de Lei Nº 478, de 2007 (Apensos os PLs 489/07, 1.763/07e 3.748/08). CÂMARA DOS DEPUTADOS - COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, F; LUFT, C. P; GUIMARÃES, F. M. **Dicionário Brasileiro Globo**. 35. ed. São Paulo: Globo, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda: **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, **Rodolfo**. **Novo Curso de Direito Civil. volume I: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HORTA, Ana Célia Couto. **Nascituro: direito à vida, direito a alimentos**. Revista *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 59, 30/11/2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5311.pdf>. Acesso em 27/07/2010.

LOPES, **Sônia**. **BIO. Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. **O nascituro no direito romano: conceito, terminologia e princípios**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MENDES, J; CAVALCANTI, K; MOREGOLA, R. 11 Perguntas que os cientistas não conseguem responder. **Revista Istoé**. São Paulo, 02 dez. 2009, nº 2090, pp. 116-117.

MIRABETE, J. F; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal, volume II**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume III**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVA ENCICLOPÉDIA BRITÂNICA BARSA. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINISCALCHI, Carolina. **O nascituro no ordenamento jurídico pátrio**. Revista *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 21, 31/05/2005. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/651.pdf. Acesso em 27/07/2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXO A
Lei nº. 11.804/08 – Alimentos Grávidicos

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.

Mensagem de Veto

Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a julgo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nºs 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro
José Antonio Dias Toffoli
Dilma Rousseff

ANEXO B
Estatuto do Nascituro – Projeto de Lei nº. 478/07

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007
(Apensos os PLs 489/07, 1.763/07 e 3.748/08)

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro
e dá outras providências.

Autor: Deputado LUIZ BASSUMA e
MIGUEL MARTINI

Relatora: Deputada SOLANGE ALMEIDA

I – RELATÓRIO

Ao dispor sobre o Estatuto do Nascituro, o projeto de lei em questão trata de seus direitos fundamentais, tais como direito a tratamento médico, a diagnóstico pré-natal, a pensão alimentícia ao nascituro concebido em decorrência de ato de violência sexual, a indenização por danos morais e materiais, além de tipificar como crime atos como dar causa, de forma culposa, a morte de nascituro; anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto; congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação; fazer a apologia de aborto, dentre outros.

Como justificativa, seus autores sustentam pretender tornar integral a proteção ao nascituro, realçando-se, assim “o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar” e a proibição de “qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores”.

À proposição principal, foram apensados os seguintes projetos:

- **PL 489/07**, de idêntico teor, também dispõe sobre o Estatuto do Nascituro;
- **PL 1.763/07**, que dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro;
- **PL 3.748/08**, que autoriza o Poder Executivo a conceder pensão à mãe que mantenha criança nascida de gravidez decorrente de estupro;

A proposição está sujeita à apreciação do Plenário, com manifestação desta CSSF, da CFT e da CCJC, nos termos do despacho proferido quando da distribuição do PL 3.748/08.

É o relatório.

II - VOTO DA RELATORA

Os projetos em questão revelam a grande preocupação, por parte da sociedade, com a proteção efetiva ao nascituro. Analiso, um a um os dispositivos propostos pelo PL 478/07.

Um dos aspectos que me parece de maior significância é aquele que pertine à distinção entre direito e expectativa de direito no que concerne ao nascituro. A matéria é complexa, mas o desenvolvimento de nosso direito parece apontar muito claramente no sentido de que o nascituro, ou seja, aquele ser humano que já existe, com o seu patrimônio genético plenamente definido desde o início da sua existência com a concepção, é efetivo titular de direitos. Em especial os direitos mais fundamentais, quais sejam, os concernentes à vida, ao desenvolvimento da existência, à saúde, etc., designadas nos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002, como “direitos da personalidade”.

Por essa razão, propus em diversos dispositivos, a substituição da expressão “expectativa de direito” por “direito”, com base na doutrina mais moderna acerca do assunto, de que são exemplos os autores Ives Gandra da Silva Martins, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, Maria Helena Diniz, Reinaldo Pereira e Silva, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Junior, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Cléber Francisco Alves, Francisco Amaral, dentre outros.

Trago, a propósito, a lição de Maria Helena Diniz, onde destaca que **o nascituro é titular de todos os direitos desde a concepção**, cabendo apenas ressaltar, quanto aos direitos patrimoniais, que estes ficam sujeitos à condição resolutiva de que não haja o nascimento com vida, *in verbis*:

“Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1.609, parágrafo único, 1.779 e 1.798; CP, arts. 124 a 127, 128, I e II; Leis nº. 8069/90, arts. 7º a 10, 208, VI, 228 e parágrafo único, 229 e parágrafo único; Lei 11.105/2005, arts. 6º, III, 24 e 25), como o direito a alimentos (RT, 650:220), à vida (CF art. 5º, *caput*), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança, ser contemplado por doação, ser

reconhecido como filho etc. Poder-se-ia até mesmo tornar a afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material e alcançando os direitos patrimoniais e os obrigacionais que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida.”

Nessa perspectiva, apresento substitutivo que busca sistematizar e consolidar posicionamento doutrinário e jurisprudencial que resguarda e protege o nascituro.

Com a nova redação proposta para o parágrafo único, do art. 2º, do PL, procuro enfatizar a proteção que deve ser conferida ao nascituro, ainda que gerado *in vitro* e mesmo antes de sua transferência para o útero materno. Buscou-se também afastar a referência à clonagem, não só pela presente inexistência de seres humanos concebidos por esta via, como pela própria vedação legal ao uso da clonagem humana, quer para fins reprodutivos, quer para fins “terapêuticos”, o que afasta a licitude de tal técnica.

A nova redação sugerida para o *caput* do art. 3º busca aprimorar o seu texto, enfatizando que, independente da discussão acerca do momento do início da personalidade jurídica, deve ser conferida proteção atual e efetiva ao nascituro. Portanto, o parágrafo único, do art. 3º, também deve ser reformulado, uma vez que o nascituro não goza de expectativa, mas sim, de efetivo e atual direito. Nesse sentido, devem ser diferenciados os direitos patrimoniais dos demais direitos do nascituro, visto que, embora ambos sejam adquiridos desde o momento da concepção, os primeiros se resolvem caso não haja o nascimento com vida do nascituro.

O art. 4º deve ser aprimorado pois, como visto anteriormente, não se trata aí de uma mera expectativa de direito, mas do próprio direito à vida e aqueles outros direitos do nascituro que devem ser resguardados desde a concepção. Penso também que ao invés de garantir o direito “à convivência familiar”, seria mais preciso afirmar que o nascituro tem direito a ter uma família, de estar inserido em seu seio, ambiente que é mais propício ao seu desenvolvimento.

O art. 7º pode ter sua redação aperfeiçoada. Melhor do que dizer que o nascituro deve ser “objeto” de políticas públicas, seria mencionar que ele deve ser “destinatário”, destacando assim o seu papel de “sujeito” de direitos. Tais políticas públicas seriam abrangentes, não restritas apenas ao aspecto social.

Quanto ao art. 8º, o nascituro, embora não haja uma consciência social clara a propósito, a rigor, já é uma criança, o que, inclusive, resulta dos termos da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (adotada pelo Brasil), logo no seu preâmbulo, *in verbis*:

“Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, ‘a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, **inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento**’.” (grifos nossos)

Este entendimento vem reiterado ao longo do texto da Convenção, que dispõe, em seus artigos 1º e 2.1, que criança é todo ser humano menor de 18 (dezoito) anos, não admitindo discriminações decorrentes de nascimento ou qualquer outra condição da criança.

Portanto, em tal contexto, parece-nos deva ser retirada a referência, no art. 8º, ao atendimento através do SUS, “em igualdade de condições com a criança”, eis que o nascituro tem natureza e dignidade humanas, reconhecidas desde a concepção.

No art. 9, parece-nos que a expressão “probabilidade de sobre vida” tem conteúdo equívoco, motivo pelo qual propomos sua supressão, certo que o texto proposto já veda a discriminação “em razão de (...) deficiência física ou mental”, e eventual brevidade de sobrevida extra-uterina.

Quanto ao art. 10, parece-nos mais apropriado não restringir o comando legal aos nascituros deficientes, mas sim, generalizar o alcance da eficácia do dispositivo para todo e qualquer nascituro que tenha necessidade de tratamento médico em razão de deficiência ou patologia. Além disso, parece-nos mais adequado utilizar a expressão “disponíveis e proporcionais”, ao invés de “existentes”, visto que os meios existentes (a exemplo do que pode ocorrer com a criança já nascida, com o adulto e com o idoso) podem ainda não estar acessíveis e não ser proporcionais ao tratamento do nascituro, dependendo da deficiência ou da patologia.

O aperfeiçoamento da redação do art. 11 dá-se pela necessidade de se enfatizar que a realização do diagnóstico pré-natal deve estar sempre orientada para o desenvolvimento, saúde e integridade do próprio nascituro, e não para eventuais interesses diversos.

Com relação ao art. 12, a substituição da partícula “e” por “ou” busca reiterar que o ato referido pode ser praticado pelo particular ou pelo Estado, sem necessidade de que haja concorrência de ambos. Ademais, a substituição da expressão “ato delituoso” por “ato”, pura e simplesmente, busca garantir a proteção integral do nascituro, promovendo a sua proteção independente da configuração de ilícito penal. Finalmente, a preferência pelo termo “qualquer” visa a deixar claro que o ato pode ser praticado por um dos genitores isoladamente ou em conjunto.

Quanto ao art. 13, entendemos que o seu *caput* deve ser reformulado para estar em consonância com o art. 128, II, do Código Penal, que não trata da violência sexual indistintamente, mas tão só do estupro. Nos incisos I e III, do art. 13, entendemos deva ser suprimido o adjetivo “prioritário”, visto que não vislumbramos razão de prioridade em face de outras crianças; ademais o encaminhamento à adoção só deve ocorrer se esta for à vontade da mãe. Quanto à pensão alimentícia, parece-nos seria mais adequado restringi-la ao genitor que viesse a ser identificado, o que em termos de patrimônio genético não oferece maiores dificuldades por meio de teste de DNA. Isto sem prejuízo de responsabilização do Estado por resguardar os direitos fundamentais da criança caso a mãe não disponha de recursos financeiros para tal, até que venha a ser identificado e responsabilizado o genitor ou até que ocorra a adoção, caso esta seja a vontade da mãe.

Dispondo desse modo, estão contemplados os interesses manifestados nos Projetos de Lei pensados ao projeto principal, PL 1.763/07 de autoria do Deputado Henrique Afonso e da Deputada Jusmari Oliveira e PL 3.748/08 de autoria da Deputada Sueli Vidigal.

Os arts. 14 a 21 do projeto de lei em exame envolvem matéria que já é objeto de disciplina no Código Civil e no Código de Processo Civil, bem como na lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, motivo pelo qual propomos sua supressão até mesmo para evitar possíveis sobreposições.

Finalmente, quanto aos artigos 22 a 31 do projeto de lei em exame, que tratam de matéria cujo debate convém ocorra no âmbito de leis penais, tendo-se presente a sistemática do Código Penal, também os suprimimos.

Com tamanha redução de dispositivos, o PL perde sua característica de Estatuto, razão pela qual foi retirada tal denominação.

Apesar disso, o texto, no seu atual formato e redação, parece-me consistir em instrumento de importância para a defesa do nascituro, beneficiando, também, a

gestante e sua família. Ademais, revela-se como de valor para a integração da legislação relativa à aplicação dos direitos humanos e da criança e do adolescente.

Cabe ressaltar, a propósito, que o art. 1º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, designada como Pacto de São José da Costa Rica, adotada pelo Brasil em 1992, estabelece que, para os efeitos daquela convenção “pessoa é todo ser humano”.

O art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), dispõe que a “criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

A Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, adotada pelo Brasil em 1990, afirma que a “criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

Ora, parece evidente que não há como alcançar esses objetivos sem que sejam tomados os necessários cuidados devidos ao nascituro. Descurar do nascituro importa, por decorrente repercussão lógica e orgânica, em prejuízo e dano para a pessoa humana nas suas subseqüentes fases de vida, enquanto criança, adolescente, adulto e idoso.

Portanto, o projeto de lei em exame, com os aperfeiçoamentos constantes do presente substitutivo, pretende tornar realidade esses relevantes objetivos, quais sejam, os de proteção e promoção da pessoa humana em sua fase de vida anterior ao nascimento, quando é designada pelo termo “nascituro”, com todas as benéficas repercussões para o futuro de sua vida. Isso interessa não só ao indivíduo e sua família, mas também à nação. Parece evidente, pois, sua plena compatibilidade com os objetivos fundamentais da República, nos termos estabelecidos no art. 3º, itens I a IV, da Constituição Federal.

Por último, voto pela aprovação do PL 489/07, de autoria do Deputado Odair Cunha, por ser idêntico ao Projeto de Lei principal, PL 478/07.

Ante o exposto, voto pela aprovação do PL 478/07 e dos apensados PL 489/07, PL 1.763/07 e PL 3.748/08, nos termos do substitutivo que apresento.

Sala da Comissão, em de ___ de 2010.

Deputada SOLANGE ALMEIDA

Relatora

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007

Dispõe sobre a proteção ao nascituro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre normas de proteção ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ainda que "in vitro", mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à família, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como pessoa em desenvolvimento.

Art. 7º O nascituro deve ser destinatário de políticas sociais que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado atendimento através do Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, de deficiência física ou mental.

Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.

Art. 11. O diagnóstico pré-natal é orientado para respeitar e salvaguardar o desenvolvimento, a saúde e a integridade do nascituro.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido de consentimento informado da gestante.

§ 2º É vedado o emprego de métodos para diagnóstico pré-natal que causem à mãe ou ao nascituro, riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores.

Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos:

- I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;
- II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

§ 1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§ 2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe.

Art. 14. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão, em de ____ de 2010.

Deputada SOLANGE ALMEIDA

Relatora