

TUTELA CIVIL DOS DIREITOS DO NASCITURO

Laís MENEZHIN¹

Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: Nos últimos anos, intensificaram-se as discussões a respeito da redação do artigo 2º do Código Civil, o qual é cercado por controvérsias. Solucionar tal questão, definindo quando inicia a personalidade jurídica do nascituro, é de extrema importância para estabelecer a partir de que momento o conceito passa a ser visto como pessoa e possui direitos. Vincula-se a esta questão a legalização do aborto e as pesquisas genéticas.

Palavras-chave: Nascituro; Origem da vida; Personalidade Jurídica; Polêmicas sobre a personalidade jurídica; Direitos dos nascituros.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se, através do presente trabalho levantar as diversas teorias a respeito do início da vida, que se vincula com a aquisição da personalidade jurídica. Dentre todas as teorias, três se destacam: a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria Nidacionista.

O Código Civil Brasileiro adota a Teoria Natalista. Entretanto, a redação do artigo 2º do referido Código apresenta controvérsias, que tem gerado muitas discussões.

É de extrema importância conhecer essas diversas teorias e o posicionamento do Código Civil, para assim, solucionar as contradições existentes, permitindo que se estabeleça um momento exato para que o nascituro adquira sua capacidade civil.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. lais-meneghin@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, especialista em Especialização de Direito Penal pela Associação Educacional Toledo e em Aspectos Modernos em Direito Contratual pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, é formado em Direito pela Universidade Federal de Londrina. palma@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Certamente após a leitura deste trabalho, o leitor poderá formular sua opinião sobre o assunto em discussão. Pois, é extremamente importante a definição desta questão, para assegurar os direitos aquele que está para nascer e conseqüentemente legalizar ou não práticas como o aborto e as pesquisas em embriões, que estão relacionadas com o direito a vida e a honra do nascituro.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito de Nascituro.

No ramo do Direito, o conceito é denominado de nascituro, termo proveniente do latim “*naciturus*”, que significa “aquele que deverá nascer; que já está concebido, mas ainda não foi dado à luz, encontrando-se no ventre materno”.

Silmara Chinelato e Almeida conceitua nascituro como:

“[...] ser que está por nascer, já concebido e implantado no ventre materno (*in anina nobile*), ao qual já estão reconhecidos todos os seus direitos.”

Segundo R. Limong França, nascituro é:

“[...] pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.
(ALMEIDA, 2000, p.07)

Assim, como nascituro é aquele que se encontra dentro de ventre materno e ainda não nascido, nos casos de fertilização *in vitro*, é necessária a implantação do embrião no útero, para então ser visto como nascituro.

2.2 Marco inicial da vida.

A palavra VIDA origina-se do grego “*bios*” e devido à dificuldade em definir tal termo, não há uma definição completa. Do ponto de vista biológico, trata-se do conjunto de qualidades e de propriedades que mantêm os animais e as plantas em atividade contínua, a qual se manifesta pelas funções orgânicas, como o metabolismo, a reação a estímulos e a reprodução, dentre outras.

Apesar de não existir uma correta definição, desde as sociedades antigas há a preocupação em definir a origem da vida. Platão, em sua obra “República”, apoiava a prática do aborto nas mulheres, com mais de 40 (quarenta) anos, que engravidassem. Segundo ele, em tal ato não existia problemas éticos, pois acreditava que a alma, somente depois do nascimento, entrava no corpo do bebê.

Esse pensamento influenciou os séculos posteriores. Porém, Aristóteles não concordava com Platão, pois acreditava que o feto possuía vida, que se manifestava desde o primeiro movimento dentro do útero da mãe; que no feto masculino ocorria por volta do 40º (quadragésimo) dia de gravidez e no feminino por volta do 90º (nonagésimo) dia. Neste período era impossível, saber o sexo no nascituro; assim permitia-se o aborto até o 40º (quadragésimo) dia.

Alguns teólogos adotaram esta Teoria. Mas em 1588, o Papa Sixto 5º proibiu o aborto. Porém, seu sucessor permitiu que o ato voltasse a ser praticado, uma vez que o embrião, que ainda não se encontrava formado, não era considerado ser humano. Contudo, o Papa Pio IX, com a Constituição “*Apostolicae Sedis*” de 1869, para evitar riscos, já que era desconhecido o momento em que a vida inicia, resolveu tutelar o feto desde a sua concepção. Essa decisão é adotada pelo Vaticano até hoje.

O catolicismo prega que a vida começa na concepção e por esse motivo, não permite a prática do aborto, que é considerado um homicídio, pois o nascituro é visto como uma pessoa. A Igreja ainda é contra os métodos

contraceptivos e as pesquisas em embriões. No entanto, as demais religiões têm filosofias diferentes. O judaísmo acredita que a vida inicia-se no 40º (quadragésimo) dia e admite o aborto antes desse período. Permite ainda, as pesquisas em células-tronco e o aborto nos casos previstos pelo Código Penal (art. 128). Para o Islamismo a vida tem origem, quando Alá sopra a alma no feto, isso ocorre por volta dos 120 (cento e vinte) dias após a concepção. Porém, alguns seguidores dessa corrente citam como começa da vida a concepção. Apóiam os estudos em células-tronco e o aborto, apenas quando a mãe corre risco de morte. O Budismo afirma que a vida encontra-se em tudo, sendo um processo contínuo. Não apresentam uma posição concreta sobre aborto e estudos embrionários. Segundo o Hinduísmo a vida inicia-se na fecundação; assim, opõem-se ao aborto mesmo quando a vida da gestante está em risco, pois o embrião possui alma e já é um ser humano. As religiões espíritas, como o kardecismo, consideram o aborto como crime, mas a gravidez pode ser interrompida se oferecer risco a mãe.

A ciência apresenta uma filosofia semelhante à Católica, que é denominada Visão Genética. Em 1870, cientistas afirmam que a vida origina-se no instante em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide. Porém, não há um momento certo de quando isso ocorre. Alguns acreditam que ocorra entre 12 (doze) e 24 (vinte e quatro) horas. No entanto, tal teoria é questionada quando se descobre que o embrião, até o 15º (décimo quinto) dia depois de fecundado, pode se dividir originando mais embriões. Mesmo assim, a biologia e a medicina pregam que a vida começa quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide.

Na busca por explicações outras visões foram formuladas, como a Visão Embrionária, prega que a vida inicia-se na 3ª (terceira) semana de gestação; a Visão Ecológica, defende que o feto adquire vida, entre a 20ª (vigésima) e a 24ª (vigésima quarta) semana, quando passa a ter capacidade de vida extra-uterina; a Visão Metabólica, acredita que a vida não tem um marco que a inaugura, pois o gameta feminino e masculino já possuem vida; e a Visão Neurológica, afirma que a vida é iniciada no momento em que o feto possui atividade cerebral, que pode ocorrer entre a 8ª (oitava) e a 20ª (vigésima) semana.

Muitas são as teorias que buscam explicar a origem da vida, mas algumas se destacam. São elas: a Teoria Natalista (corrente adotada pelo Código Civil vigente. Assim, baseado no Art. 2º do C. C., afirma-se que a vida inicia-se no

nascimento com vida, onde o nascituro adquire a capacidade civil. Apesar do feto não possuir personalidade jurídica, pune-se o aborto, pois existe expectativa de personalidade entre a concepção e o nascimento); a Teoria Concepcionista (afirma que a vida começa na concepção, onde o feto adquire a personalidade civil. Formando-se assim, uma pessoa que possui personalidade jurídica. Alguns estudiosos bipartem esta teoria em: Teoria verdadeiramente concepcionista - defende que a personalidade inicia-se na concepção, onde o nascituro passa a ser tratado como uma pessoa e possui personalidade jurídica. No entanto, os direitos patrimoniais só podem ser exercidos a partir do nascimento; e Teoria concepcionista da personalidade condicional - afirma que o feto adquire personalidade na concepção. Porém, ela será exercida apenas se ocorrer o nascimento com vida); e por fim a Teoria Nidacionista (prega que vida passa a existir apenas quando ocorre à implantação do embrião no útero da mãe, tal período é denominado nidação; e marca o começo da gravidez da mulher).

2.3 Personalidade Jurídica do Nascituro.

Antes de tecer qualquer comentário sobre a problemática da personalidade jurídica no nascituro, faz-se necessário definir alguns conceitos.

Personalidade é a qualidade que uma pessoa possui de ter direitos e deveres. Assim, a personalidade jurídica é uma aptidão genérica para adquirir direitos e assumir obrigações.

A respeito da personalidade, o art. 2º do Código Civil estabelece:

“Art. 2º - A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

A primeira parte desse artigo adere à Teoria Natalista, considerando que a personalidade civil do homem inicia-se do nascimento com vida. Assim afirma Clóvis Beviláqua:

“A personalidade civil começa com o nascimento. Basta que a criança dê sinais de vida, para ter adquirido a capacidade civil. Entre os sinais [...] está a inalação do ar, cuja penetração, nos pulmões, vai determinar a circulação do sangue no novo organismo [...]. Realizado o nascimento, pouco importa que, momentos depois, venha a morrer o recém-nascido. A capacidade jurídica já estava firmada, direitos já podiam ter sido adquiridos, que se transmitiram aos herdeiros do falecido [...]”. (ALMEIDA, 200, p. 194)

De acordo com a primeira parte do art. 2º, a segunda, deveria assegurar apenas expectativas de direitos ao concepto. Entretanto, está baseada na Teoria Concepcionista, atribuindo direitos ao nascituro e conseqüentemente atribuindo-lhe personalidade desde a concepção, assim contradizendo a oração anterior.

Segundo Sérgio Abdalla Semião:

“[...] o art. 2º ao dizer que a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro; não teve a intenção de conceder direitos atuais ao nascituro, mas a de colocá-los a salvo de quaisquer perigos, resguardando-os e vigiando-os, como expectativas, caso haja o nascimento com vida.” (SEMIÃO, 2000, p. 68)

Os direitos dos nascituros são aqueles que se encontram previstos na lei. Alguns deles não dependem do nascimento com vida, como a proteção à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, à legitimação, o direito a alimentos, dentre outros; há outros que dependem do nascimento com vida, como a doação e a herança.

O Código Civil Brasileiro adotou a Teoria Natalista, onde o nascituro não existe como pessoa, passando a ser apenas se ocorrer o nascimento com vida. Assim, se ocorrer o nascimento sem vida, todos os direitos se extinguem, porém se viver, mesmo que por segundos, os direitos ficarão adquiridos e poderão ser transmitidos.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

“[...] pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os direitos do nascituro.” (PEREIRA, 1993, p. 160)

O nascituro possui alguns direitos além dos previstos no Código Civil, como direitos se ser beneficiário de estipulação em favor de terceiros; de ser beneficiário de seguro de vida; de ter assegurado os direitos previdenciários e trabalhistas, por exemplo, o direito à pensão por acidente de trabalho que seus pais tenham sofrido.

2.4 Proteção ao nascituro.

O art. 2º do C.C. estabelece que uma pessoa é apta a ter direitos apenas se ocorrer o nascimento com vida. Porém, desde a concepção seus direitos são protegidos.

Assim, dentre os direitos do nascituro está a proteção à vida; fato que permite a punição da prática do aborto com severas penas.

Fala-se também, da proteção da dignidade, da honra e da integridade física do nascituro. Tais direitos influenciam cada vez mais as decisões dos Tribunais. Assim, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo concedeu a uma grávida de oito meses condenada por roubo, o pedido de *Habeas Corpus* em nome do nascituro, para que ela tivesse o filho fora da cadeia, com tratamento adequado e em condições saudáveis.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi mais além. O Juiz da Vara da Infância e da Juventude de Pedro Leopoldo decidiu aplicar a medida de internação à uma adolescente grávida usuária de drogas. Sua decisão baseou-se nos riscos para

o desenvolvimento sadio do nascituro. A menor encontra-se em tratamento contra o vício, tratamento médico e pré-natal; e já apresenta melhorias.

Além disso, visando cuidar e proteger os filhos de presas, em janeiro deste ano, foi inaugurado em Vespasiano, Belo Horizonte, o Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade. Trata-se do primeiro presídio do país construído para abrigar presas grávidas e seus bebês, sendo que a maioria delas cumprem pena por tráfico de entorpecentes. As detentas ficam em alojamentos sem grades, do lado da cama há o berço e é liberado o banho de sol. Elas são acompanhadas por uma equipe multidisciplinar e as 60 (sessenta) agentes penitenciárias que trabalham no local são técnicas em enfermagem. Decorrido o período de um ano, a mãe escolhe um guardião para seu filho e se não houver alguém que cuide dele, é enviado a um abrigo e a mãe é reconduzida a uma penitenciária comum.

Pode-se identificar outros direitos, como as relações de parentesco, que se estabelecem no momento da concepção e não ao tempo do nascimento, dessa forma, equiparando-se os filhos nascidos aos nascituros, que por conseguinte, terão os mesmos direitos.

É permitido que o pai reconheça o filho antes que ele nasça (art. 1609, parágrafo único – C.C.). A respeito desse entendimento afirma Carvalho Santos:

“[...] a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer o seu filho, ou de achar-se por outro motivo (interdição por loucura, etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do parto, sobrevivendo-lhe o filho: neste caso, a declaração de gravidez equivale ao reconhecimento do filho, feito mediante escritura pública ou testamento”. (SANTOS, 1992, p. 435)

Há o direito de ação de investigação de paternidade, promovida pela mãe em nome do nascituro (art. 1615 – C.C.). Tal procedimento pode ser feito ainda que o pai tenha morrido no dia do nascimento do filho ou até mesmo antes.

Segundo o art. 1621 do C.C., o nascituro tem direito de ser adotado, porém é essencial o consentimento de seu representante legal. Assim, pode ser sujeito de adoção regulamentado pelo C.C. e leis complementares, bem como de adoção simples. Porém, nunca de adoção plena, pois é obrigatória a convivência de

um ano do menor com os requerentes da adoção. Esse ato proporciona o direito à alimentos, que incluem a adequada assistência pré-natal, que é promovida pelos adotantes.

Outro direito está previsto no art. 1779 – C.C., o qual estabelece que se o pai falecer e a mãe não possuir o pátrio poder, será nomeado um “curador ao ventre”, que terá como função cuidar, vigiar e zelar pelos direitos e interesses daquele que está para nascer.

De acordo com Carvalho Santos:

“[...] a curatela é o encargo de reger a pessoa e bens, ou tão-somente, os bens das pessoas emancipadas, ou maiores de dezesseis anos, ou ainda não nascidas, que por si mesmas, não o podem fazer, impossibilitadas por uma causa determinada.” (SANTOS, 1992, p. 363)

No entanto, o curador não pode pleitear em nome do nascituro a compra ou a venda de imóveis, contratar empréstimo ou troca etc. Compete aos pais representá-lo e administrar seus bens.

Entre os direitos do concepturo está o de receber doação (art. 542 – C.C.). Porém, tal direito depende da aceitação dos pais e está condicionado ao nascimento com vida. Assim, se ocorrer o nascimento sem vida, não ocorrerá a sucessão dos bens, que voltará ao doador. Contudo, se ele nascer e viver apenas alguns instantes, a doação se concretiza e os bens são passados aos seus herdeiros.

Realizando uma interpretação extensiva dos artigos 1798 e 1799 do C.C., defere-se o direito a sucessão e a receber herança ou legado ao nascituro, desde que esteja concebido no momento da morte do sucedendo. Entretanto, tal direito está condicionado ao nascimento com vida.

A Lei 11.804/08, de 05 de novembro de 2008, assegura e disciplina o direito de alimentos à mulher grávida e conseqüentemente ao nascituro. O art. 2º desta referida lei estabelece:

“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 juízo 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.”

A ação de alimentos é iniciada por uma petição inicial, que deverá ser protocolada na Vara de Família do domicílio do menor. Tal ação não exige prova de paternidade. Assim, o juiz convencido da existência de indícios de paternidade, como as hipóteses previstas no art. 1597 – C.C., o relacionamento estável de pessoas de sexo diferente, sejam casados, amasiados ou namorados, fixa os alimentos. A única exigência é a comprovação da gravidez através de um laudo médico.

O réu por sua vez poderá negar a paternidade, porém essa negativa não impede que os alimentos sejam fixados.

Ao final da gravidez, será realizado o exame de DNA. Se a paternidade for comprovada, os alimentos convertem-se em pensão alimentícia em benefício do neonascido. Entretanto, se não houver essa comprovação, o réu nada mais pagará. Porém, não há a possibilidade de reembolso do valor pago e nem de indenização pelos prejuízos sofridos. Tal prática gera muitas controvérsias, mas baseia-se no fato dos alimentos serem para a aquisição de bens essenciais à sobrevivência, assim é impossível devolvê-los.

3 CONCLUSÃO

Apesar de o direito positivo brasileiro adotar como regra majoritária a Teoria Natalista, a segunda parte do artigo 2º do Código Civil adota a Teoria

Concepcionista, pois tutela desde a concepção os direitos do nascituro, e não expectativas de direitos.

Essa controvérsia tem gerado muitas discussões, pois assuntos como o aborto e as pesquisas em embriões estão relacionadas a este tema, uma vez que se o nascituro não tem personalidade jurídica, conseqüentemente não é considerado como pessoa, então seria permitida tais práticas. Entretanto se desde a concepção atribui-se direitos aos indivíduos, como o direito à vida, essas práticas devem ser proibidas.

Como a própria medicina já comprovou, a vida inicia-se na fusão do gameta feminino com o masculino. Diante disso, a teoria mais adequada é a Teoria Nidacionista, pois a partir do momento em que o embrião é implantado na parede do útero materno, ele não mais poderá ser eliminado pela menstruação, assim sua sobrevivência é garantida e a gravidez inicia-se.

Assim, considera-se que desde este momento, que ocorre no sétimo dia de gestação, o nascituro, que já possui características próprias, adquire sua personalidade civil, sendo considerado como pessoa e titular de direitos, dentre eles a proteção à vida, à dignidade, à honra, à integridade física.

Diante disso, é extremamente importante definir quando se inicia a vida e a personalidade jurídica do indivíduo, para que o Ordenamento Jurídico do Brasil adote uma única Teoria, a fim de extinguir essas contradições.

Conclue-se que o art. 2º do Código Civil deveria ser reescrito da seguinte forma:

“É dever da família, da sociedade e do Estado por a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, tais como o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, dentre outros.”

Desta maneira, os direitos daquele que está para nascer seriam assegurados pela família, sociedade e Estado, desde a fusão do óvulo com o espermatozóide. Práticas que colocam em risco a integridade deste novo ser vivo, como o aborto e pesquisas em embriões, passariam a ser consideradas ilícitas e,

conseqüentemente, sua prática acarretaria sanções, objetivando garantir que os direitos do nascituro sejam respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tulela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NARLOCH, Leandro. *Aborto é assassinato*. Revista Super Interessante, edição nº 219. Novembro, 2005.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil 1**. Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1938.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

A personalidade jurídica do nascituro. (Online 03.06.2008) Disponível em: < www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro> Acesso em: 04.04.2009.

Justiça garante direitos de nascituro. (Online 28.08.2007) Disponível em: < www.direito2.com.br/tjmg/2007/ago/28/justica-garante-direitos-de-nascituro> Acesso em: 04.04.2009.

Mães e filhos convivem na prisão durante um ano. (Online 05.04.2009) Disponível em < fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1074380-15605,00-FANTASTICO+ENTRA+NO+UNICO+PRESIDIO+PARA+GRAVIDAS+DO+BRASIL.html> Acesso em: 04.04.2009.

VIANA, Jorge Candido S. C. *A Mulher Grávida e os Direitos do Nascituro*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria - RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/gravida.htm>> Acesso em: 04.04.2009.