ISSN 1807-3956

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO

MARCELLA FRANCO MALUF IDALÓ
Graduada na UNIUBE julho/2005
Pós-graduada em Direito Processual no UNARAXA
ADVOGADA OAB/MG 103.011

Resumo

Este tema engloba a análise constitucional, bem como de Direito Civil e embora não se trate de assunto novo, é, assunto polêmico, por gerar divergências de opiniões, e é de suma relevância.
Cita-se aqui a importância da vida como bem maior, o direito de nascer, a amplitude médico-tecnológica, bem como a dignidade da vida humana, respeitada desde a sua formação através da concepção e todos os direitos inerentes ao novo ser.
Analisa-se a jurisprudência nacional e estrangeira sobre o assunto, pouco debatido, as novas conquistas da engenharia genética foram também consideradas, sempre que necessárias para se definir os direitos do nascituro; fruto este, de intensa pesquisa abrangendo aspectos da Biologia e Medicina, do Direito Internacional, Direito Brasileiro em seus vários ramos, com ênfase no Direito Civil, no qual analisa profundamente o tema, desde acerca da personalidade do nascituro, o início e fim desta, o início da vida, o posicionamento da Igreja Católica, a opinião dos médicos, culminando com estudos de Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil.
Portanto, verifica-se que há uma série de fatores que devem ser levados em consideração, para que as "vítimas" saibam os seus direitos e possam pleiteá-los, bem como a necessidade de consciência da sociedade, em especial, da mãe, grande responsável, e, o médico, devido às suas

Abstract

This subject agglomerate the constitutional analysis, as well as to Civil law and even so if does not deal with new subject, is, therefore, controversial subject,. for generating divergences of opinions, and is of utmost relevance. One cites here the relevance of the well bigger life as, the right of being born, the doctor-technological amplitude, as well as the dignity of the life human being, respected since its formation through the conception and all the inherent rights to the new to be. It is analyzed national jurisprudence and foreign on the subject, little debated, the new conquests of genetic engineering also they had been considered, whenever necessary to define the rights of the unborn child; fruit this, of intense research enclosing aspects of Biology and Medicine, of the International law, Right Brazilian in its some branches, with emphasis in the Civil law, in which it analyzes the subject deeply, since concerning the personality of the unborn child, the beginning and end of this, the beginning of the life, the positioning of the Church Catholic, the opinion of the doctors, culminating with studies of Rights of the Personality and Civil liability.
Therefore, it is verified that it has a series of factors that must be taken in consideration, so that the "victims" know its rights and can plead them, as well as the necessity of conscience of the society, in special, of the mother, great responsible, and, the doctor, who had to its

responsabilidades e cuidados para o bem estar do novo ser, garantindo-lhe o que é de seu direito.
Neste sentido, o estudo tem o objetivo de realizar um diagnóstico do nascituro, resgatando todos os seus direitos, buscando a prevenção e a reparação por meio legal e sensato, em prol da dignidade do ser humano e da vida, amparada em cláusula pétrea.

Palavras-chave: nascituro – personalidade – direito fundamental – nascimento com vida.

responsibilities and cares it welfare of the new to be, guaranteeing to it what it is of its right. In this direction, the study it has the objective to carry through a diagnosis of the unborn child, rescuing all its rights, searching the prevention and the repairing for legal steps and sensible, in favor of the dignity it human being and of the life, supported in stony clause.
Key-words: unborn child - personality - right basic - birth with life.

Sumário: Proposição; Introdução; 1. *Persona*:do latin, pessoa; 2. Começo da personalidade natural; 3. Bioética X Biodireito – Vínculo com a Justiça; 4. Inviolabilidade Constitucional do Direito à Vida; 5. Breves considerações filosóficas quanto ao início da vida; 6. A Posição da Igreja Católica quanto ao início da vida; 7. Direito ao Nascimento; 8. Início e Fim da Pessoa Natural; 9. Direitos da Personalidade; 10. Condição do Nascituro; 11. Opinião dos médicos quanto ao início da vida; 12. nascituro no Direito Romano; 13. nascituro no Direito estrangeiro e o seu cabimento nos Códigos Civis; 13.1. Código Civil Francês; 13.2. Código Civil Italiano; 13.3. Código Civil Espanhol; 13.4. Código Civil Português; 13.5. Código Civil Argentino; 14. Do direito às indenizações por dano moral e patrimonial; Conclusão; Referência Bibliográfica.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é ampliar os conhecimentos e tomada de ciência quanto ao nascituro e os direitos inerentes a ele, amparados constitucionalmente, resguardando-lhe, o bem maior que é a vida e, ainda, sob a tutela civil, dando-lhe o direito de pleitear indenização por danos moral e patrimonial.

Espera-se também que haja contribuição para a ciência e o amadurecimento do assunto, trazendo esclarecimentos à sociedade, sem esquecer da conscientização dos responsáveis quanto às conseqüências que podem advir de sua conduta de fazer ou deixar de fazer, bem como do direito à vida digna e inviolável.

1. PERSONA:DO LATIN, PESSOA

A palavra pessoa advém do latim "persona", emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana, pois tinha o significado primitivo de máscara usada por atores fazendo ressoar a voz da pessoa, ecoando às suas palavras.

Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada autor representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico.

Na acepção filosófica, pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Vulgarmente, pessoa é sinônimo de ente humano, o que não se adapta à técnica jurídica.

Juridicamente, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações, subdividindo-se em pessoa natural, também chamada pessoa física – o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano, e, a pessoa jurídica, igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva , que consiste em agrupamentos humanos visando à fins de interesses comuns.

Dispõe o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, em forma lapidar: *"Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil"*. A expressão inicial *"todo homem"* compreende indistintamente a unanimidade dos seres componentes da espécie humana, sem discriminação de idade, cor, sexo, raça, estado de saúde e nacionalidade.

O direito é constituído *"hominus causa"*, ou seja, é relação que se estabelece exclusivamente nas relações de homens entre si.

Prossegue o artigo 2º, dizendo que todo homem é *"capaz de direitos e obrigações"*, surgindo assim, a noção de capacidade que se entrosa com a de personalidade e a de pessoa.

'Capacidade' é aptidão para adquirir direitos a exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa.

Desse modo, capacidade consiste em elemento da personalidade, esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela idéia de pessoa, ente capaz de direitos e obrigações.

2. COMEÇO DA PERSONALIDADE NATURAL

"A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro". Conforme artigo 2° Código Civil.

É pois, marco inicial da personalidade o princípio da vida intra-uterina. Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, põe a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *"in spem"*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas, inclusive antes de nascer, só é alcançado se respeitada a dignidade humana.

O respeito à vida humana digna, paradigma bioético, deve estar presente em todas as sociedades humanas, dentro da ética e do ordenamento jurídico.

3. BIOÉTICA X BIODIREITO – VÍNCULO COM A JUSTIÇA

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista e estes andam necessariamente juntos com os direitos humanos, vez que referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos.

Assim sendo, intervenções científicas, como quaisquer outras sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a sua integridade físico-mental, não poderão contrariar os direitos humanos, subordinando-se a preceitos éticos, para que não transponham os seus limites.

A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas

situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, bem como avaliar os benefícios e desvantagens e perigos para o futuro da humanidade. Seria pois um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular, consistindo ainda no estudo da moralidade da conduta humana nas área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.

Com isso, como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida como sendo seu principal objeto, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana.

4. INVIOLABILIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial. Conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento este comprovado cientificamente da formação da pessoa.

A vida humana, objeto de direito personalíssimo, é amparada juridicamente desde o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, seja esta natural ou artificial.

O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, pouco importando o estado da pessoa, seja ela idosa, nascituro, criança, adolescente, deficiente físico ou mental.

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar, bem como exige que o próprio titular do direito a respeite, pois não é domínio da vontade livre.

Deverá pois, o direito à vida, garantido em cláusula pétrea[1], ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta sob pena de se

[1] Assim dispõe o artigo 60, § 4° da Constituição Federal de 1998, *in verbis*: A constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4° Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

destruir ou suprimir a própria Constituição Federal.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, visto que é um bem jurídico de tamanha grandeza que qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade. A vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja, inclusive, pelo seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável, tendo prioridade sobre todas as coisas, prevalecendo sobre o direito de liberdade religiosa, o de integridade física ou mental, etc.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS QUANTO AO INÍCIO DA VIDA

O esclarecimento fundamental do tema da personalidade jurídica exige uma filosofia dotada da devida fundamentação metafísica. A decisão sobre a eventual identidade pessoal do embrião humano pertence também, de direito, à filosofia, mas não pode deixar de apoiar-se nos dados científicos da biologia, da embriologia, da fetologia e da genética.

A concepção realista, personalista e jusnaturalista da personalidade jurídica se situa nos antípodos da visão positivista e formalista, defendendo argumentos básicos como o de direito à personalidade jurídica da pessoa natural consistir num verdadeiro direito natural do homem, qualidade esta oferecida a todos os indivíduos humanos vivos; a existência desta, remonta ao momento da concepção, sendo, portanto, o nascituro sujeito de direitos, mormente do direito à vida, e, o conceito jurídico de pessoa é uma categoria-chave da ciência jurídica necessária e adequada à representação do ser humano como sujeito do direito.

6. A POSIÇÃO DA IGREJA CATÓLICA QUANTO AO INÍCIO DA VIDA

A defesa do direito à vida também é propugnada pela Encíclica *"Mater et Magistra"* de João XXIII, sob o título "Respeito pelas leis da vida", n. 190 e 191, que são consideradas leis invioláveis.

"Número 191: A vida humana é sagrada: mesmo a partir da sua origem ela exige a intervenção direta da ação criadora de Deus. Quem viola as leis da vida ofende a Divina Majestade, degrada-se a si e ao gênero humano e enfraquece a comunidade de que é membro"[2]

[2] Sobre a recente evolução da questão social, *Carta Encíclica Mater et Magistra*, 9. ed., Petrópolis, Vozes, 1984, p. 50.

O Papa João Paulo II, nos pronunciamentos feitos na América Latina, exorta os governos para que coloquem como ponto-chave de sua ação uma política sócio familiar, inteligente, audaciosa, perseverante, reconhecendo que aí se encontra, sem dúvida a esperança do Continente.

Todas as formas de feticídio são gravemente ilícitas. Não constituem aborto, mas sim homicídio. As operações destinadas a abrir uma via ao feto são de natureza diversa ao aborto e, por justos motivos, com a finalidade de ajudar à mãe e ao feto, são permitidas.

O aborto é a morte de um ser humano inocente, de modo que não é lícito nem mesmo à mãe que tema a infância ou a morte. O Código Canônico estatui que a prática de homicídio voluntário ou provocado é crime, seguindo-se o efeito a todos que tiveram cooperado positivamente para tal feito.

7. DIREITO AO NASCIMENTO

A otogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, é oriundo da fusão dos gametas feminino e masculino, dando por sua vez, origem ao zigoto, com um código genético único, distinto do óvulo e do espermatozóide.

Comprovada cientificamente, pelas modernas técnicas de medicina e pela fetologia, a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. Uma vez encontrados os 23 cromossomos do homem com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o ser humano já estão presentes. A partir daí, tudo é simplesmente transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, como lei natural da vida, sem que haja qualquer alteração do código genético, característica una de cada ser humano.

A fecundação humana é o marco do início da vida e qualquer método utilizado para destruí-la é um assassinato.

O feto é um ser com individualidade própria, distinguindo-se dos seus genitores e de qualquer outra pessoa e é independentemente do que for estabelecido em lei, primeiramente um ser humano que sente tudo dentro do ventre materno, podendo inclusive curar-se de moléstias graves. Daí inclusive a importância dos cuidados que a mãe deve ter na gravidez, utilizando dos controles de praxe.

Se com a concepção surge a pessoa humana, ninguém tem o direito de tirar sua vida, nem tampouco perturbá-la. Pais e médicos devem conservá-la, pois esse novo e indefeso ser é tão humano e sensível como seus progenitores e o direito 'a vida é maior do que qualquer direito da mulher ao seu corpo, já que

deste não faz parte.

Fecundado o óvulo pelo espermatozóide, inicia-se uma nova vida, como já está comprovado pela genética, medicina e biologia e se desde a concepção para qualquer médico é possível seguir o fenomenal e maravilhoso desenvolvimento da vida humana, podendo perceber todos os movimentos, crescimento e caracteres do feto humano, terão de ser-lhe outorgados todos os privilégios e direitos, respeitando sempre o bem maior que é a vida, que deve ser inviolável e respeitada por todos.

Assim, a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1959, da Assembléia Geral da ONU, já prescrevia que: "A criança, dada a sua imaturidade física e mental, precisa de proteção legal apropriada, tanto antes como depois do nascimento", pois a vida começa com a concepção, de modo que, a partir desse instante tem-se um autêntico ser humano e independentemente do grau de evolução vital que se encontre, precisa de respeito `a sua vida e do útero materno, para desenvolver-se saudável e calmamente.

8. INÍCIO E FIM DA PESSOA NATURAL

Antigamente, no direito anterior até o Decreto n° 181 de 24 de Janeiro de 1890, exigia-se para aquisição da personalidade, que a pessoa nascesse com vida e fosse viável, como no Código Civil Francês.

Para a lei brasileira, hoje, basta que haja o nascimento com vida, mas prossegue o artigo 4° do Código Civil Brasileiro, em que a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro, vez que este é um ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre da mãe. A lei não lhe concede total personalidade, a qual só lhe caberá ao nascer com vida. Entretanto, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

9. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos.

Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. A Escola do Direito Natural proclama a existência desses direitos, por serem inerentes à personalidade. São fundamentalmente, os direitos à própria vida, à liberdade, 'a manifestação do pensamento, direitos e garantias individuais, pois, constitucionalmente enumerados.

10. CONDIÇÃO DO NASCITURO

Embora não o conceba como personalidade, o Código traz várias disposições à respeito do nascituro, colocando a salvo seus direitos.

O nascituro é um ente já concebido, distinguindo-se daquele que ainda não o foi, possuindo uma posição peculiar, pois ele já tem um regime protetivo, tanto no Direito Civil como no Direito Penal, amparado constitucionalmente, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Novo Código Civil, o nascituro tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção, embora este não seja considerado pessoa.

É pois, objeto passível de reconhecimento voluntário de filiação (artigo 1609, parágrafo único), pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais (artigo 1168), bem como adquirir bens por testamento, princípios que se mantêm até hoje.

11. OPINIÃO DOS MÉDICOS QUANTO AO INÍCIO DA VIDA

Joaquim Moreira da Fonseca[3], em comunicação feita à Academia de Medicina, sustenta que, quer do ponto de vista biológico, quer pelo prisma cristalino e puro da moral, o embrião e o feto não podem deixar de ser considerados seres humanos desde a concepção, pois desde esse momento há um novo indivíduo que o Estado tem a obrigação de proteger.

Sustentando polêmica com o Professor Porto Carrero, Moreira da Fonseca entende que o feto tem personalidade jurídica, não sendo verdadeira a afirmação feita por aquele, de que o Estado protege o embrião, apesar de este ainda não ter personalidade jurídica, sendo um dos direitos primaciais do embrião ou feto, o de vir à luz com vida.

12. NASCITURO NO DIREITO ROMANO

De acordo com o Direito Romano, pelos adeptos da condição da viabilidade, só é pessoa aquela que nasce e tem condições para continuar a

[3] Joaquim Moreira da Fonseca, *O nascituro sob o ponto de vista jurídico*, comunicação feita à Academia de Medicina. Arquivos de Medicina Legal e Identificação, publicação oficial da Polícia do Distrito Federal, dirigida por Leonidio Ribeiro, Rio de Janeiro, ano 3, n. 6, fev. 1993, p.149 – 159.

viver, em virtude de haver completado o tempo natural de uma gestação perfeita no útero da mãe.

Assim, o nascituro tinha direitos que independiam do nascimento com vida. Baseando em Savigny, Giuseppe Gandolfi e Reinaldo Porchat, umas das finalidades da curatela instituída pela *"bonorum possessio ventris nomine"* era proporcionar à mãe todos os custos necessários "para sustentação e produção do fruto que tem no ventre".

13. NASCITURO NO DIREITO ESTRANGEIRO E O SEU CABIMENTO NOS CÓDIGOS CIVIS.

13.1. CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

Segundo o autor, o código não invocou ficções de inspiração romana, afirmando de maneira implícita, porém certa, que o nascituro é uma pessoa que existe. Partindo da premissa de que o nascituro sucede nas mesmas condições da criança já nascida, o jurista francês afirmou que ele entra no cálculo da reserva que trata o artigo 913 do Código Civil.

Os autores franceses da atualidade preocupam-se cada vez mais com o estudo dos nascituros e sua condição jurídica, discussão reservada pelas novas técnicas de reprodução humana.

13.2. CÓDIGO CIVIL ITALIANO

O artigo 1° do Código Civil italiano prevê que a capacidade jurídica se conquista no momento do nascimento, e que a este são subordinados os direitos que a lei reconhece a favor do concebido. Dentre seus artigos, cite-se pois, como direitos do nascituro, a capacidade de suceder, ao tempo da abertura da sucessão, bem como o de receber doação. Tratando-se de nascituro já concebido, os frutos são reservados ao doador até o momento do nascimento do donatário.

Para Franco Carresi[4], ao tratar do nascituro do Direito Italiano vigente, esclarece que para a capacidade e outros estados subjetivos relevantes para a validade do reconhecimento em que esse ato é praticado e não o do nascimento do filho, ainda que desse evento dependa a atribuição do estado, que é o mais essencial dos efeitos do reconhecimento; que todos os vícios que inquinam o

[4] Nascituro (Diritto vigente), *in Novissimo digesto italiano*, direção Antonio Azara e Ernesto Eules, 3. ed., Torino, UTET, 1957, v. 11, p. 14-21.

ato, inclusive a falta de veridicidade, podem fazer-se valer antes do nascimento.

A jurisprudência italiana reconhece a ressarcibilidade dos danos derivados de um fato lesivo sofrido na vida endo-uterina, e, ainda, a Constituição Federal estabelece a tutela do nascituro, diante da insuficiência da proteção pelo Código Civil, dispondo que "a vida é tutelada a partir da concepção".

13.3. CÓDIGO CIVIL ESPANHOL

Assegura meios para o normal desenvolvimento do concebido, consagrando-lhe o direito à vida, visando ao nascimento, mas dele independendo.

Sofre influências dos Códigos francês e espanhol, exigindo o requisito da viabilidade, também agasalhado pelo Código Civil italiano.

13.4. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

O nascituro é particularmente tutelado no direito Português não só pelo Código Civil mas também pelo penal. No âmbito civil é detalhada a defesa dos interesses patrimoniais do nascituro, bem como a tutela da personalidade física e moral do mesmo.

O Código Civil português vigente (aprovado pelo Decreto-Lei n. 47.344, de 25-11-1966, substituindo o Código de 1867, denominado "Código Seabra", em homenagem ao seu autor, Visconde de Seabra) estabelece em seu 66° artigo, sob o título "começo da personalidade":

"1 – A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

2 - Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento".

Assim sendo, o Código parece reconhecer ao nascituro uma personalidade condicional, dependendo do nascimento com vida.

13.5. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Reconhecendo que o nascituro tem personalidade jurídica, artigo 54 declara-o absolutamente incapaz, equiparando-o aos menores impúberes, aos dementes, aos surdos-mudos que não sabem se expressar por escrito e aos ausentes.

Frise-se que ele não acolheu a viabilidade como requisito para a conquista da personalidade, como fizeram os Códigos Civis espanhol e francês.

14. DO DIREITO ÀS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL E PATRIMONIAL

Na vida intra-uteria, até mesmo em caso de fertilização assistida "in vitro", dever-se-á ter o mais profundo e absoluto respeito pelo bem maior que é a vida, bem como: a integridade física e mental (art. 1538 do Código Civil) dos embriões pré-plantados ou dos nascituros, sendo passível de indenização por danos morais e qualquer lesão que venham sofrer por meio de transtornos causados pela mãe ou médico, como deformações, toxiinfecções, intoxicações e anomalias, ou seja, transformações lesivas alheia à sua perfeita formação e bom desenvolvimento.

Assim, são inúmeros os direitos do nascituro por ser considerado um ente dotado de personalidade jurídica formal e material.

A jurisprudência, no Brasil e em outros países, tem sustentado o direito da criança de movimentar a máquina judiciária para obter indenização por dano pré-natal, contra o lesante, seja sua mãe, ou seja o médico. O agravo a embrião ou a nascituro em sua integridade física é a perda de sua aptidão de experimentar as situações prazerosas da vida.

Destacam-se pois, o direito a alimentos, o direito à imagem, o direito à honra, o de receber bens por doação, etc.

O nascituro tem direito ao pai ou à paternidade certa, podendo ser adotado e reconhecido pelo seu genitor e, em caso negativo, pode mover investigação de paternidade, representado pela mãe ou em casos excepcionais, pelo curador ao ventre, cumulada ainda, à alimentos. No caso da fertilização assistida, o nascituro tem direito à identidade que lhe vem sendo negado ante a existência do anonimato do doador do material fertilizante e do receptor do material genético.

Há assegurado, o direito à indenização por morte de seu pai, pela dor de nunca tê-lo conhecido, pois posteriormente a falta da figura paterna irá afetá-lo, quando nascido com vida, o psiquismo pelo sentimento e a frustração pela ausência do pai, sendo que a reparação por dano moral poderá minorar a dor da orfandade[5].

[5] Trecho do Acórdão da 10ª Câmara do 2º TACSP, AC c/ver. 489.775-0/7, de Mogi-Guaçu, j. 29-10-1997; Mauro Mello, *Nascituro tem direito a indenização por dona moral. Tribuna do Direito*, 32.125, dez. 1997.

O nascituro também tem direito à honra e poderá pleitear indenização se sofrer imputação de bastardia, por exemplo.

Consagrado está o direito à imagem do nascituro, pois poderá ela ser captada por ultra-sonografia, câmeras fotográficas miniaturizadas ou radiográficas. Assim, se captada, utilizada ou publicada sem autorização de seus pais ou do curador, causando-lhe dano, poderá pleitear uma indenização[6], visto que as radiações (raio-x) podem lesar o feto, acarretando hidrocefalia, mongolismo, defeitos de ossificação, etc.

Se a grávida for fumante inveterada, tal fato não causaria problemas só à ela, mas também à nova vida. A nicotina e o monóxido de carbono poderão atingir seus pulmões, ir ao sangue e atingir o feto através da placenta, causando-lhe malformações congênitas, acelerando-lhe as palpitações cardíacas e fazendo com que ocorra seu nascimento precoce.

O alcoolismo é também um grande vilão, pois descendentes de alcoólatras podem nascer retardados. Estatísticas feitas num hospital comprovam que se o pai for alcoólatra, as células germinativas prejudicadas poderão acarretar danos orgânicos e psíquicos à prole, se a gestante consumir muito álcool durante a gravidez, poderá causar estigmas de degeneração psiquica e somática, gerando um imbecil por exemplo. Ainda, o bebê poderá apresentar toxicomania se houver o consumo de heroína ou morfina pela gestante, mesmo que para acalmar dores do parto e, mesmo que para fins terapêuticos, os tóxicos consumidos pelos pais poderão afetar o nascituro não só em seu desenvolvimento psíquico, mas também físico e intelectual.

Problemas ocorridos por falha técnica, como por exemplo a exposição do neonato, à sala do parto, perante os seus familiares presentes, podendo causar contaminações à este ou oferecer-lhe riscos de acidentes, devido à sua exposição.

O uso da pílula anticoncepcional inócuo, resultando uma gravidez indesejada que poderá causar rejeição da criança, dando-lhe o direito de mover ação judicial por dano de nascimento por erro, bem como, o uso de abortivos como o DIU, que quando não eliminam o feto, causam-lhe sérias lesões, ou ocorrência de acidentes, O uso de medicamentos contra-indicados à gestantes também devem ser relevantes, como o perigoso Talidomida, que causa tremendo estrago no feto.

O nascituro também não pode ser usado como fonte lucrativa, o que existe até na internet, ou seja, na sua condição de ser humano, é insuscetível de

[6] René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p.94.

constituir objeto negocial, pois seu corpo é *"res extra commercium"*.

Os artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil Brasileiro garantem à gestante ou ao curador, a posse em nome do nascituro dos direitos que lhe assistirem.

O nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício, devendo seus pais zelar pelos seus interesses, tomando medidas processuais em seu favor.

CONCLUSÃO

É dever da família, da sociedade e do estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois está acima de qualquer lei e é incólume, devendo ser protegida contra quem quer que seja e estar presente em todas as sociedades humanas, dentro da ética e do ordenamento jurídico.

A fecundação é o marco inicial da vida e qualquer método utilizado daí em diante para destruí-la é um crime, pois, se é com a concepção que surge a pessoa humana, ninguém tem o direito de tirar sua vida, nem tampouco perturbá-la.

O respeito pela vida, pela integridade física e mental dos embriões pré-plantados ou dos nascituros deve existir, sendo inúmeros os direitos do nascituro e este passível de indenização por danos morais ou patrimoniais, por ser considerado um ente dotado de personalidade jurídica formal e material.

Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida, e, conseqüentemente, o seu direito de nascer e, verifica-se assim, que a saúde e o normal desenvolvimento do embrião e do feto, o bem estar do nascituro sempre constituíram preocupação da Ciência e esta, bastante evoluída nos dias atuais, alcança notável desenvolvimento e grandes conquistas científicas e ampara à teoria concepcionista.

Por isso, segundo respeitáveis autores, os quais citados no presente feito adotam a teoria concepcionista, de fato, a qual também sou adepta, com fundamento no artigo 4º e demais artigos do Código Civil Brasileiro, bem como no sistema jurídico, o nascituro tem direitos desde a concepção, e não expectadores de direito.

Há direitos que não dependem do nascimento com vida, como o direito à vida, à integridade física, à saúde – direitos absolutos *"erga omnes"* e o direito a alimentos.

Também, não dependem do nascimento com vida a curatela e a representação, as quais, juntamente com o direito a alimentos, já eram reconhecidas ao nascituro desde a concepção, pelo instituto da *"bonorum possessio ventris nomine"* do Direito Romano.

É mister mais uma vez reiterar que a personalidade não se confunde com capacidade, sendo esta última atributo da primeira.

Ainda que o artigo 4° consigne na primeira parte "nascimento com vida", na segunda reconhece que os direitos assegurados ao nascituro o são desde a concepção, o que justifica que desde esse momento e não do nascimento com vida seja ele titular de tais direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Projetos de Lei de interesse da vida e da família em tramitação no Congresso Nacional*. Brasília, Associação Nacioonal Pró-Vida e Pró-Família, 1995.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro; teoria geral do Direito Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – 1° vol. – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral vol. 1*. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1988.

SERPA LOPES, Manuel Maria. *Curso de Direito Civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral*. 3ª ed. at. De acordo com o NCC, estudo comparado com o CC de 1916, São Paulo: Atlas, 2003.