

PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

SANTOS, Celso Aparecido¹
MOLINA, Denise de Lima Gimenez²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo fazer uma breve consideração concernente aos direitos do nascituro, tema que apresenta entendimentos doutrinários controversos, razão pela qual não se apresentará uma resposta às questões, mas se buscará trazer discussões envolvendo o tema. Foram estudados o conceito de nascituro, os direitos do nascituro assegurados pela Constituição Federal, e o início da personalidade, onde já nos deparamos com a polêmica questão de se definir o momento a partir do qual a vida passa a ser protegida. Buscou-se, portanto, trazer um panorama sobre os direitos do nascituro, pesquisando-se as leis, doutrinas e a jurisprudência e determinar-se a situação jurídica do nascituro.

PALAVRAS-CHAVE: personalidade jurídica, nascituro, direito à vida

RIGHTS OF THE UNBORN

ABSTRACT

This article aims to give a brief consideration concerning the rights of the unborn, a matter that presents controversial doctrinal understandings, reason why an answer to the questions won't be presented, but discussions involving the subject. The concept of the unborn, the rights of the unborn guaranteed by the Federal Constitution, and the beginning of the personality were studied, where the polemic question of the definition of the point when life starts being protected is already there. The attempt, therefore, was to bring an overview of the rights of the unborn, investigating doctrines, laws, Federal Constitution, Brazilian Civil Code and jurisprudence.

KEYWORDS: unborn, legal personality, life rights

1. INTRODUÇÃO

De acordo com Washington de Barros Monteiro, desde os tempos dos romanos os interesses dos nascituros são garantidos: *“Paulo já afirmava que nasciturus pro jam nato habetur quando de eius commodo agitur, ou seja, o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse.”*

O legislador, como se lê no artigo 2º do Código Civil brasileiro, também preocupou-se em proteger o nascituro, resguardando seus direitos, mesmo sendo estes de mera expectativa de um direito: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”*

Como consta do artigo citado, o início da personalidade se dá com o nascimento com vida, porém os direitos do nascituro devem ser assegurados a partir de sua concepção.

Este artigo mostrará como o Estado preocupou-se com a tutela dos direitos da criança já concebida, porém ainda não nascida e ainda não adquirente de personalidade, regulamentando sua situação jurídica.

2. CONCEITO

O significado da palavra nascituro é “o que está por nascer”. Trata-se, portanto, de ser já concebido (a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o embrião já aconteceu), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido.

Para Maria Helena Diniz, nascituro é: *“Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, tendo sido concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permanecem em estado potencial, somente com o nascimento com vida.”*

Para Silvio de Salvo Venosa, *“O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação.”*

¹ Acadêmico do curso de direito. celsosantos@pop.com.br

² Professora Orientadora.

O nascituro é um ser humano já concebido, porém não nascido, à quem cabe direitos garantidos pela lei, ainda que seja ele uma expectativa, ficando, portanto, seus direitos sob condição suspensiva, já que não se sabe se nascerá com vida.

Silvio de Salvo Venosa ainda diz que: “*Entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito.*”. Com isso, afirma o doutrinador que o direito do nascituro é real, é mais que uma expectativa.

3. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. DIREITO À VIDA

A Constituição Federal prescreve em seu artigo 5º: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.*”.

Alexandre de Moraes afirma que “*A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.*” Portanto, esta garantia não cabe apenas aos já nascidos, mas também aos nascituros, aos quais o Estado garante o direito à vida, resguardando seus direitos, caso nasça com vida.

Alexandre de Moraes ainda aduz que “*O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.*”

3.2. DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todas as pessoas tem direito a uma vida digna, que é o acesso às condições para a subsistência humana, englobando saúde, alimentação, educação, habitação, segurança e lazer, garantia esta que está contida no artigo 5º da Constituição Federal. Se um desses direitos não são atendidos de maneira eficiente fere-se a dignidade da pessoa humana.

Garante o Estado uma vida digna à todos, sem exceção, incluído aí o nascituro, à quem também é assegurado o direito à dignidade da pessoa humana. Deverá ter, portanto, atendidas suas necessidades, assim como as de sua genitora, para que ele tenha um bom desenvolvimento.

3.3. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

O direito à integridade física está também contido no artigo 5º da Constituição Federal, garantia esta que também alcança o nascituro, pois para que se desenvolva de forma sadia, não poderá sofrer danos à sua integridade física.

O Estado, portanto, para que haja o desenvolvimento saudável do nascituro, deverá prover recursos, sendo responsável pelo seu desenvolvimento, para que não tenha problemas causados por falta de acompanhamento médico, por exemplo.

4. TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

Do conceito de nascituro partem diversas interpretações, decorrentes da dificuldade para se identificar o momento em que o embrião ou zigoto passa a ser considerado nascituro. Predominantemente, verifica-se que o nascituro surge com o fenômeno da nidação, que é a fixação ou implantação (no caso de concepções in vitro / artificiais) do zigoto nas paredes do útero.

Conforme os ensinamentos de Venosa o termo pessoa deriva do vocábulo latino *persona*, que trazia a idéia de uma máscara utilizada por atores, vindo posteriormente a ser empregado para determinar o próprio papel desempenhado pelos intérpretes e, por conseguinte, sendo contextualizado para designar a atuação de cada indivíduo no panorama jurídico, já que na sociedade cada indivíduo desempenhava um papel. Assim tornou-se uma qualidade ou atributo do ser humano.

Pessoa natural é todo ser humano considerado um sujeito titular de direitos e obrigações. Foi necessário para a lei a fixação de um termo onde fique caracterizada a existência da pessoa, momento a partir do qual se verifica a ocorrência dos pressupostos que a evidenciem como tal. Assim dispõe o Código Civil, em seu art. 2º, determinando que a personalidade civil da pessoa inicia com o nascimento com vida.

Dessa forma, a união dos pressupostos (nascimento + vida) implica na verificação da existência da personalidade jurídica. Assim, ainda que uma criança nasça com vida e logo depois venha a falecer, terá adquirido personalidade.

A princípio, importa frizar que a discussão acerca da condição jurídica do nascituro também pressupõe identificar o momento em que o ordenamento determina como o início da existência da pessoa, titular de direitos e obrigações. Dispõe o art. 2º do Código Civil: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”*. Para Maria Helena Diniz: *“A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando - a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.”*

Assim, questiona-se o reconhecimento do nascituro como pessoa, já que a lei não o reconhece, mas lhe assegura direitos que são de forma geral inerentes à essa condição, configurando um sistema de proteção conferido aos entes dotados de personalidade civil.

A personalidade civil é de importância indiscutível, pois, ao nascer com vida, o indivíduo adquire personalidade jurídica e torna-se sujeito de direitos e obrigações. Já a capacidade é uma condição ou pressuposto para o exercício dos direitos na ordem civil. Alguns podem exercer seus direitos de forma ampla, enquanto outros os exercem mediante assistência ou representação, já que por lei são impedidos de os exercer plenamente.

As pessoas adquirem direitos e obrigações objetivando satisfazer suas necessidades. Maria Helena Diniz nos ensina que: *“A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.”*

Quem nasce com vida adquire personalidade civil. Na verdade trata-se de um reconhecimento conferido por lei à pessoa, pois a personalidade jurídica é um atributo da pessoa, ou seja, ele torna-se sujeito de direito e também de obrigações, estando sujeito às normas estabelecidas em lei. Assim, pode pleitear direitos, e também cumprirá sanções ao desrespeitar a lei. Para Maria Helena Diniz: *“Os direitos a personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.”*

O direito da personalidade é um direito subjetivo. Trata-se do direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a liberdade, a identidade, a imagem e a privacidade. Maria Helena Diniz ensina que: *“Os direitos da personalidade são tutelados em cláusula pétrea constitucional, não se extingue pelo seu não-uso, nem seria possível impor prazos para sua aquisição ou defesa.”*

A personalidade é um bem de todos os que nascem com vida, e nasce e extingue-se a personalidade com o titular, não podendo ninguém usufruir de bens como a vida, a honra e a liberdade em nome de outra pessoa. Ao não se utilizar de seus direitos a pessoa não perde a personalidade, pois esta se extingue apenas com a morte.

Para explicar a natureza jurídica do nascituro, a doutrina divide-se em três entendimentos: teoria concepcionista; teoria da personalidade condicional; e teoria natalista.

4.1. TEORIA CONCEPCIONISTA

Essa teoria nasceu sob influência do direito francês, no qual a personalidade começa com a concepção, defendendo que mesmo que ainda não nascido, cabe ao nascituro todos os direitos assegurados aos já nascidos, pois que já vive no ventre materno.

Para a teoria concepcionista a personalidade tem início a partir da concepção. Os concepcionistas reconhecem o nascituro como sujeito de direito, e como pessoa, pois todo titular de direito é pessoa, e ao se proteger os direitos do nascituro, a lei o considera sujeito de direito, tendo, portanto, personalidade jurídica. O nascituro tem personalidade jurídica, isto é, o feto, desde a concepção, pode ser sujeito de direitos e obrigações, possuindo a mesma natureza da pessoa natural. Assim, a nidação (momento no qual o embrião se instala nas paredes do útero) seria o início da existência do nascituro, que é protegido desde então, como titular de direitos personalíssimos, e até mesmo, patrimoniais.

Tem como base a doutrina concepcionista o fato de que, protegendo-se legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento o considera pessoa, já que somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e dotadas de personalidade jurídica. É o caso do aborto, crime contra o não nascido disciplinado no Código Penal no título "Crimes contra a

pessoa". Dessa maneira, não há como se falar em expectativa de direitos para o nascituro, já que estes não estão condicionados ao nascimento com vida, pois existem independentemente dele.

Os concepcionistas ensinam ainda que reconhecer a doutrina natalista seria afirmar que o nascituro é mera expectativa de pessoa que tem apenas expectativa de direitos, negando-lhe assim os direitos que lhe são assegurados, defendendo que a condição do nascimento não é pressuposto para a personalidade jurídica, mas sim para que haja capacidade jurídica. Somente para os direitos patrimoniais, por exemplo, os efeitos são condicionados ao nascimento com vida, no entanto é indiscutível a titularidade dos demais, pois que há somente incapacidade jurídica.

4.2. TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

A teoria da personalidade condicional defende a personalidade do nascituro desde a concepção sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento desta condição não ocorre a aquisição da personalidade, razão pela qual alguns autores a apresentam como uma subdivisão da teoria da concepcionista.

Sustenta esta teoria que o feto tem personalidade condicional, sendo-lhe assegurados a proteção e o gozo dos direitos, porém, apenas gozará dos direitos de cunho patrimonial, por exemplo, quando implementada a condição de que nasça com vida, condição esta que lhe conferirá personalidade plena. A aquisição dos direitos patrimoniais ocorreria sob a forma de condição suspensiva, nascendo com vida o infante, retroage sua personalidade ao momento da concepção.

Durante a gestação, o nascituro é tutelado pela lei (o curador ou seu representante legal será responsável pelo zelo de seus direitos), entretanto estes direitos dependeriam do implemento de uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida, desta forma consolidando os direitos adquiridos desde a concepção, tendo em vista ter sua eficácia atrelada à condição do nascimento com vida, integrando o patrimônio do nascituro, mesmo que este venha a falecer logo em seguida.

Para a teoria da personalidade condicional o nascituro apresenta personalidade jurídica desde o momento da concepção, condicionada ao nascimento com vida. Assim, verificado o nascimento com vida, a personalidade retroagirá ao momento da concepção, conferindo ao nascituro tutela jurídica que avançará ao passado.

Esta teoria tem como um de seus críticos Limongi França, que afirma ser a teoria da personalidade condicional a mais completa, a que mais se aproxima da realidade, contudo, peca em afirmar que a personalidade está ligada ao nascimento com vida, visto que a personalidade é adquirida desde a concepção, dizendo, ainda, que a condição do nascimento é requisito para a consolidação da capacidade jurídica, tornando válidos os negócios jurídicos. Além disso, a condição e o conceito jurídico que não se amolda à situação, pois somente aplicáveis às obrigações, e não ao estado das pessoas.

4.3. TEORIA NATALISTA

De acordo com o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, a personalidade começa do nascimento com vida. Assim, o não nascido não tem personalidade, mas expectativa de direito. Caso nasça com vida, adquirirá personalidade e será titular de direitos e obrigações.

A teoria natalista sustenta o nascimento com vida como pressuposto de aquisição de personalidade, entendendo que certos direitos só podem ser exercidos por aqueles que já existam, e que o nascituro não é uma vida à parte de sua genitora, até que nasça com vida é mera expectativa de vida e, portanto, tem mera expectativa de direito, sendo esta teoria a mais aceita entre os doutrinadores.

Desta maneira, ainda que a lei reconheça e ponha a salvo desde a concepção certos direitos do nascituro, sabe-se que, efetivamente, tais direitos constituem mera expectativa de direitos, que serão concretizados em função do nascimento com vida. Neste sentido, pontua Silvio de Salvo Venosa: *“O nascituro é um ente concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade”*.

Os natalistas sustentam ainda que se o nascituro fosse efetivamente considerado pessoa, não precisariam seus direitos ser explanados taxativamente no Código Civil, já que os direitos são automaticamente conferidos às pessoas.

No entanto, embora o nascituro não seja pessoa até que adquira personalidade a partir do nascimento com vida, entende-se por esta teoria possuir apenas mera expectativa de direito, inegável que tenha direito à vida, e não mera expectativa.

Desta maneira, independentemente da atribuição da personalidade somente aos nascidos com vida, a lei reconheceu a necessidade de tutelar o nascituro, tanto na esfera cível (garantindo-lhe uma série de direitos), quanto na penal (criminalizando o aborto, ressalvadas as exceções legais).

Dentre as teorias, a natalista é a que reflete a interpretação da exegese do art. 2º do CC. Só existe personalidade jurídica caso haja o nascimento com vida. Desta forma, o não nascido não tem personalidade, mas, tão somente, expectativa de direito. Nascendo com vida, adquirirá personalidade, sendo titular de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial.

Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. O teste de docimasia hidrostática de Galeno é o exame mais utilizado para comprovar se o bebê nasceu vivo ou morreu anteriormente ao parto, enquanto ainda no ventre materno. O teste baseia-se no princípio de que o feto depois de haver respirado tem os pulmões cheios de ar e que imersos em água sobrenadada, constitui sinal concludente de que a criança nasceu com vida.

Requer a lei, portanto, dê o infante sinais inequívocos de vida para que se lhe reconheça personalidade civil e se torne sujeito de direitos, embora venha a falecer instantes depois.

Percebe-se, desde logo, ser de suma importância tal questionamento, pois dele podem resultar consequências práticas muito importantes. Nascendo morta a criança, não adquire personalidade, portanto não recebe e nem transmite direitos. Por outro lado, nascendo com vida, ainda que breve, recobre-se de personalidade, adquirindo e transferindo direitos.

O Código Civil brasileiro não seguiu a orientação do Código Civil francês, no qual a personalidade existe desde a concepção. Adotou a teoria natalista para o início da personalidade. Ainda que assegurados os direitos do nascituro, o direito brasileiro não lhe reconhece a personalidade, afirmação que se extrai do artigo 2º do Código Civil Brasileiro.

O nascituro tem seus direitos devidamente assegurados pela lei, no entanto não possui amplos direitos por ser mera expectativa de vida. O ordenamento atribuiu direitos ao nascituro que agem de forma suspensiva. Para Silvio de Salvo Venosa: *“O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade.”*

Disserta sobre a importância desta teoria e do nascimento com vida Washington de Barros Monteiro ao afirmar: *“... desde logo se percebe, é de suma importância tal indagação, de que podem resultar importantíssimas consequências práticas. Se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos. Se nasce com vida, ainda que efêmera, recobre-se de personalidade, adquire e transfere direitos.”* Há a aquisição da personalidade a partir do nascimento com vida, mesmo que venha a falecer instantes após, e operam-se os efeitos jurídicos da aquisição da personalidade, devendo ser considerado, isto é, retroagindo, desde a concepção para o que for proveitoso.

5. REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA AQUISIÇÃO PERSONALIDADE JURÍDICA E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

5.1. O NASCITURO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Professor Alexandre de Moraes corrobora o entendimento de que a proteção constitucional da vida tem início com a concepção, não existindo melhores palavras para demonstrar seu posicionamento que suas próprias: *“A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.”*

Quando se busca identificar os destinatários da proteção de que tratam os direitos fundamentais, mais especificamente o direito à vida, questiona-se se tal tutela abrange também o nascituro. Ora, a garantia do direito à vida é pré-requisito para que o nascituro usufrua dos demais direitos, sendo que, na falta daquele, não pode reclamar nenhum outro.

Também dispensa referência o art. 227, o qual afirma ser *“dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”*

No mesmo sentido, o legislador constitucional preocupou-se em assegurar ao nascituro o máximo de possibilidades, ali incluída, conforme interpretação dada por Alexandre de Moraes, a de se desenvolver adequadamente, com saúde e com os cuidados que exigem sua condição.

5.2. O NASCITURO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E O ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, constitui-se ferramenta fundamental para a proteção daqueles que, sendo hipossuficientes, não tem condições de garantir a própria dignidade.

Garante-se à criança e ao adolescente proteção integral já no primeiro dispositivo da Lei. O seguinte tem caráter explicativo, conceituando o que é criança e adolescente: “*toda pessoa até doze anos de idade incompletos será chamada criança, de doze a dezoito anos, adolescente.*” Se terminássemos a análise do texto aqui, chegaríamos à conclusão de que o nascituro, não sendo considerado pessoa pela lei, uma vez que adota-se a teoria natalista, não se encontra protegido pela legislação brasileira.

Contudo, é no art. 7º que encontramos referência ao ente não nascido, ao se afirmar que o Estado, mediante efetivação de políticas sociais públicas, deverá proteger a criança e o adolescente, garantindo-lhes o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Ora, ao fazer esta afirmação, o Estatuto assegura as boas condições de saúde física do nascituro.

Indo além, dispõe que o atendimento pré e perinatal à gestante (art. 8º) é dever do Sistema Único de Saúde. Isto é, caberá ao Estado oferecer os devidos cuidados ao nascituro e ao recém-nascido, propiciando à gestante, inclusive, nos termos do último parágrafo deste artigo, o suporte que sua situação demanda. Cuidar da gestante é, indiretamente, prestar assistência ao nascituro, auferindo-lhe as condições possíveis para que nasça e se desenvolva com saúde. Ainda com fulcro neste artigo, os adeptos da teoria concepcionista defendem o direito do nascituro à alimentos, controvérsia que ainda não foi objeto de legislação, mas que é pautada na necessária proteção do seu desenvolvimento saudável.

Adiante, o artigo 70 imputa ser dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Criou-se para este fim o Conselho Tutelar (art. 131), órgão com caráter não jurisdicional e com a incumbência de fiscalizar o cumprimento dos direitos conferidos por esta lei. Sendo assim, e partindo do pressuposto de que foi intenção do legislador também incluir neste grupo o nascituro, ao cuidar anteriormente de sua condição, é lúmpida a conclusão de que ao desrespeito ao direito de desenvolvimento sadio, adequado e regular da gestação, que é conferido à gestante e por via de consequência também ao nascituro, a comunidade pode e deve se opor, aumentando a esfera de vigilância e tutela sobre o nascituro.

Uma vez que a maior parte da doutrina busca exemplificar a situação de litígio em favor do nascituro nas causas de alimentos ou de reconhecimento de filiação, as quais são de competência das Varas de Família, importante ilustrar violação aos interesses do nascituro cujo processo seria da Vara da Infância e Juventude.

Como as relações de parentesco se estabelecem no momento da concepção, o nascituro pode ser reconhecido antes de seu nascimento (art. 1.609, parágrafo único do CC e art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, também o direito do pai, ou da mãe, poder pleitear em nome do nascituro, o reconhecimento de sua paternidade ou maternidade e os direitos que lhe são inerentes.

Imaginemos uma situação em que um casal sem as mínimas condições de manutenção e de dignidade concebe um feto que, por várias razões, depende de cuidados especiais para que seu desenvolvimento ocorra normalmente e que os pais, dirigindo-se a um posto de saúde, descobrem que encontram-se indisponíveis os recursos que permitiriam ao nascituro sobreviver. Poderiam os pais recorrerem ao Poder Judiciário, numa vara da infância e da juventude, inclusive com direito à assistência gratuita, para que o Estado fosse coagido a fornecer-lhes o tratamento necessário e que é garantido pela legislação ora em debate.

Afastando a questão de serem os cuidados direcionados à gestante ou ao nascituro, uma vez que a lei é clara em afirmar seu foco no ente que está por nascer, o Estatuto da Criança e do Adolescente mostrou-se uma ferramenta basilar na garantia dos direitos do nascituro.

Sem entrar na discussão sobre o reconhecimento da personalidade do nascituro ou não, preocupou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente com o que tem relevância de verdade: assegurar que a gestante e o filho por nascer terão os cuidados necessários para que as chances de a criança nascer com vida e saudável sejam elevadas.

5.3. O NASCITURO E O CÓDIGO CIVIL

De maneira esparsa em todo o Código Civil é possível ter acesso a dispositivos que, de forma direta ou indireta, afetam os interesses do nascituro.

O art. 130 do Código Civil faculta ao detentor de direito eventual, como é o nascituro, a prática de atos que tenham por fim proteger direito que se encontra sob condição suspensiva ou resolutiva. Como exemplos pode-se citar medida cautelar que vise evitar dilapidação por terceiros de bens deixados ao nascituro ou requerimento de suspensão de inventário do pai falecido pela mãe, representando o nascituro, até que se resolva a situação deste.

O art. 542 do Código Civil possibilita ao nascituro receber doações, desde que aceitas por seus representantes legais, que podem entrar na posse dos bens doados.

O art. 1.597 do Código Civil determina o tempo da concepção, na constância do casamento, dos filhos em diversas situações e o professor Washington de Barros Monteiro, neste particular, traz crítica pertinente ao legislador de 2002: *“Apesar dos avanços tecnológicos no campo da medicina e da genética, o legislador de 2002 não enfrentou todos os problemas atuais, cada vez mais variados e complexos. Concepção fora do útero materno, inseminação artificial, utilização de óvulos de outra mulher, as denominadas “barrigas de aluguel”; conservação de óvulos e espermatozoides por tempo indeterminado, para que a concepção ocorra quando for conveniente para os pais – são problemas que poderiam ser enfrentados, ainda que, em pouco tempo, pudessem tornar-se obsoletos, indo além do disposto no art. 1597”*.

Nos termos do art. 1.609, parágrafo único, pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação, pois aduz que seu reconhecimento pode preceder o nascimento.

Para que seja garantido ao nascituro um desenvolvimento sadio, assegura-se a concessão de alimentos até o nascimento com vida. Em caso de falecimento do pai e perda do poder familiar pela gestante, deve-se nomear curador para a defesa de seus interesses (art. 1779 do CC e arts. 877 e 878 do CPC) até o seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado tutor (art. 1.728 do Código Civil). O parágrafo único do art. 1779 CC confere ao mesmo curador, no caso da mãe estar interdita, a responsabilidade por ambos. Se não houver perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão resguardados pelos seus representantes legais – os seus pais.

O art. 1.798 CC afirma ser legítima a participação do nascituro na sucessão, desde que já concebido no momento da abertura da mesma. O art. 1.799, inciso I, embora não trate do nascituro, traz situação interessante, pois busca tutelar o filho ainda não concebido, permitindo que este seja chamado a suceder quando da sucessão testamentária.

O nascituro pode, portanto, ser contemplado em testamento, porém seu nascimento com vida é condição do direito à herança. Caso não nasça com vida, não há que se falar em direito sucessório por inexistência do implemento da condição. O art. 1.800 CC, parágrafo 3º, garante ao nascituro que nascendo com vida, a ele caberá o direito a sucessão, inclusive com os frutos e rendimentos relativos à devida, a partir da morte do testador. O texto ainda impõe, sem seu parágrafo 4º, prazo de dois anos da abertura da sucessão para que seja concebido o herdeiro, sob pena ser excluído da sucessão.

5.4. O NASCITURO E O CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, nos artigos 124 à 128, insere tipos penais que dizem respeito ao nascituro, tratando do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, aborto provocado por terceiros, e suas excludentes de punibilidade.

O aborto provocado pela própria gestante ou realizado por terceiro com seu consentimento é a primeira conduta criminalizada pelo Código Penal, com pena cominada para a gestante de um a três anos de detenção, e ao terceiro que realizou a conduta, de um a quatro anos de reclusão. Se o ato é provocado por terceiro, mas sem o consentimento da gestante, a pena será de três a dez anos de reclusão, e tratando-se da forma qualificada, prevista no art. 127, a pena é aumentada em um terço caso a gestante sofra lesão corporal grave e é duplicada caso lhe sobrevenha a morte.

No artigo 128 o Código elenca duas situações nas quais há a extinção da punibilidade no crime de aborto, a saber: o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. O aborto necessário é aquele em que há risco para a gestante, e não há outro meio senão o aborto para salvar-lhe a vida. Resultando de estupro, o aborto pode ser realizado por médico, desde que precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

5.5. O NASCITURO E OS ALIMENTOS

Parte da jurisprudência entendia que não assistia ao nascituro a titularidade de pretensão alimentícia, uma vez que a personalidade civil da pessoa só tem seu início com o nascimento com vida. Porém, diversos doutrinadores admitiam a proposição da ação de alimentos pelo nascituro defendendo serem os alimentos devidos para pudessem ser garantidas condições saudáveis ao nascituro de desenvolvimento e que aumentem as chances de nascimento com vida. Com tal posicionamento concorda Sílvio de Salvo Venosa, que afirma que os alimentos são devidos não apenas pelo companheiro reconhecido, mas por qualquer um que tenha concebido o nascituro. Ainda, não seria justo a genitora suportar todos os encargos da gestação sem que houvesse a colaboração econômica por parte de seu companheiro.

A Lei 11.804 (Lei dos Alimentos Gravídicos), de 05 de novembro de 2008, confere à mulher grávida o direito à alimentos, estipulando inclusive a forma como estes serão providos, dando termo à discussão doutrinária e jurisprudencial que sobre o tema persistia.

O segundo artigo da Lei define o que se entende por alimentos gravídicos:

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.

Assim, tem-se por alimentos gravídicos as necessidades da gestante relacionadas diretamente ou não à sua condição sui generis, tendo seu quantum definido, no caso concreto, pelo médico e pelo julgador, e devidos durante todo o tempo de gravidez, da concepção ao parto.

A seguir, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal determina que a responsabilidade pela manutenção das despesas com a saúde da gestante e, em consequência, do nascituro caberá a ambos os pais, devendo cada um contribuir para estas necessidades na medida de suas possibilidades.

Contudo, importante ressaltar que é fato que a mulher grávida perde parte de sua capacidade laboral, razão pela qual, nos casos práticos (em sua maioria), caberá ao homem a maior parcela de contribuição.

Note-se que o parágrafo único do art. 2º da Lei usa a expressão “futuro pai”, o que permite concluir que aquele a quem se cobra alimentos ainda não é pai, posto que o nascituro ainda não é considerado pessoa, respeitando a Lei a posição do Código Civil que adere à teoria natalista, reconhecendo a personalidade apenas a partir do nascimento.

Para garantir que o menor não fique desamparado entre o lapso temporal do nascimento e da sentença que estipula pensão alimentícia, o parágrafo único do art. 6º converte os valores concedidos como alimentos gravídicos automaticamente em pensão alimentícia em favor do menor, desde que não haja pedido de revisão. Assim, a lei também impede que se onere ainda mais o Poder Judiciário, com pedidos de imposição de pensão alimentícia àqueles que, antes de nascer, já receberam os alimentos gravídicos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio, a discussão acerca da condição jurídica do não nascido pressupõe identificar o momento em que o ordenamento determina como o início da existência da pessoa, titular de direitos e obrigações. O art. 2º do Código Civil condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida, mas adverte que os direitos do não nascido serão salvaguardados pela lei.

Questiona-se o reconhecimento do nascituro como pessoa, pois que a lei não o reconhece, mas, nos termos do Código Civil, mesmo não sendo considerado pessoa, o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista, ou de expectativa de direitos, segundo a natalista.

Assegurar direitos desde a concepção pressupõe concluir pela proteção do direito à vida do nascituro, já que consiste em pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos. Dessa forma, posicionou-se o ordenamento jurídico, proibindo qualquer prática atentatória contra a vida do nascituro. Da mesma forma, a jurisprudência caminha no sentido de garantir direitos desde a concepção, pois, apesar de toda a divergência doutrinária existente, é fato que, nos termos da legislação em vigor, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

Assim, entendemos que o não nascido possui personalidade desde a concepção, contudo o mesmo não se pode dizer da capacidade jurídica, admitindo então proteção de todos os direitos inerentes ao nascituro, aplicando-se toda a legislação no que couber, lhes garantindo, por exemplo, o direito à vida, o direito a curador quando o pai houver falecido e a mãe apresentar-se na ausência do pátrio poder, o direito a reconhecimento de filiação, o direito a alimentos, direito a reparação por danos morais e ou materiais, dentre outros que visam salvaguardá-lo.



REFERÊNCIAS

- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 1º volume – Teoria Geral do Direito Civil**. 15ª edição. São Paulo - Editora Saraiva, 1999.
- MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 39ª edição. São Paulo – Editora Saraiva, 2003.
- MORAES, A. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo –Editora Atlas, 2004.
- VENOSA, S. S. **Direito Civil – Parte Geral**. 11ª edição. São Paulo – Editora Atlas, 2011.