

DIREITOS DO NASCITURO

Angelica da Silva¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar os direitos da personalidade frente ao Código Civil de 2002, destacando o princípio da dignidade da pessoa humana que é um princípio constitucional, focando principalmente os direitos do nascituro.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade, Dignidade da pessoa humana, Nascituro.

ABSTRACT

This article aims to analyze the personality rights in the Civil Code of 2002, highlighting the principle of the person human dignity that is a constitutional principle, mainly addressed the rights of the unborn.

Keywords: Rights of personality, Dignity of the human being, Unborn.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil², em 1988, que fez da dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos, os direitos da personalidade foram elevados à condição de direitos fundamentais, ganhando-lhe assim, o valor de preceito constitucional.

É dever do Estado garantir o direito à vida, que é a base dos direitos de qualquer ser humano, seja no âmbito constitucional, civil ou penal, da forma que for necessária.

1- Bacharelanda da Faculdade de Direito de Valença, pesquisadora concursada do núcleo de Pesquisa Institucional FDV-FAPERJ.

2- A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte e publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 05.10.1988.

O Código Civil vigente desde 2002³ no Brasil adota a Teoria Natalista sustentando que o Nascituro não é sujeito de direitos e assim, não lhes devem ser conferidos os direitos da personalidade. Por essa linha, restringe aquele que está por nascer de vários direitos concebidos àquele que já nasceu.

Assim, ao nascituro cabem vários direitos: na esfera penal, o direito à vida e na cível, o direito à filiação, à sucessão, à adoção, ao recebimento de doações, a alimentos e à representação.

O presente trabalho visa a contribuir com a discussão que vem sendo travada pela doutrina acerca da condição em que se encontra o Nascituro, no que refere ao início de sua personalidade. Concepção ou nascimento com vida? Destarte, a figura do Nascituro, sua definição, o início de sua personalidade jurídica, abordando-se as teorias que tratam desse tema, os seus direitos e garantias, serão abordados para assim demonstrar como é importante a sua proteção frente ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade é a capacidade, a possibilidade que alguém tem de figurar nos polos da relação jurídica.

Franciso Amaral, citado por Carlos Roberto Gonçalves, define os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁴.

O entendimento do jurista Goffredo Telles Jr é que os direitos da personalidade “são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada

3- BRASIL. Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acessado em 29 de maio de 2011, às 22:15h.

4- GONÇALVES, C.R. Direito Civil Brasileiro. v.1: parte geral. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p.154.

pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta”⁵.

Analisando o Código de 1916, podemos concluir que os direitos da personalidade não eram bastante claros já que somente o nascimento com vida, era capaz de conferir personalidade civil ao homem⁶, excluindo assim, a figura do nascituro, que apesar de concebido, ainda não tinha nascido.

O Código Civil de 2002, por sua vez, acabou com essa discriminação. Diz seu art. 2º: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*.

Assim, a personalidade se inicia com o nascimento com vida, que pode ser comprovado quando separado do útero materno a criança respirou ou não. Tal prova pertence à Medicina que faz uma constatação pelo exame clínico denominado DOCEMASIA HIDROSTÁTICA DE GALENO⁷. Baseia-se essa prova inequívoca de que o feto tendo respirado, influiu de ar os pulmões⁸. Pouco importa se o nascituro nasceu com vida e logo depois vier a falecer, pois é a partir desse fato (nascimento) que poderá ser contemplado com o direito sucessório⁹.

Em se tratando de direitos da personalidade, “cabe ressaltar que não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.”¹⁰

5- TELLES, G apud Paiva, J. A. A; advogado em São Paulo e professor de Direito Processual Civil, em “A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida.” Disponível em http://www.conjur.com.br/2003nov24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida
> Acesso em: 29 de maio de 2011, às 23:20h.

6- BRASIL. Lei N. 3071, de 01º de janeiro de 1916. Art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso 30 de maio de 2011, às 22:10h.

7- Para Semião, S.A, quando não for possível a utilização desse método principal de investigação, outras técnicas podem ser aplicadas se, por acaso, o pulmão do recém nascido já vier cheio de líquido São exemplos: a docimasia pulmonar histológica, docimasia óptica de Icard, docimasia química de Icard, docimasia radiográfica de Bordas, docimasia epimicroscópica pneumo-arquitetônica e as docimasia respiratórias indiretas (Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito, p.158-159).

8- GONÇALVES, C.R. Direito Civil Brasileiro. cit.: v.1. p.78

9- VENOSA, S.S. Direito Civil: parte geral. 9 ed. São Paulo. Atlas, 2009. p. 136.

10- PEREIRA, C.M.S. Instituições de direito civil. V.1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 204-205.

Assim, esses direitos envolvem o direito à integridade física, psíquica e moral, e, havendo ameaça ou lesão a qualquer um desses direitos, caberá reclamação e, conseqüentemente, uma possível indenização.

No art. 11 do Código Civil de 2002, estão expressas as características dos direitos da personalidade: *“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”* Contudo, Caio Mário entende que também são imprescritíveis.¹¹ Assim, os direitos da personalidade são oponíveis erga omnes, intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, de acordo com o CC/02.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A vida, a liberdade e a igualdade são núcleos da dignidade humana, unificando todos os direitos fundamentais implícitos ou não.

Consagrado no art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), devemos crer que tal princípio sustenta os institutos de nosso ordenamento jurídico, sendo superior a qualquer outro princípio de forma plena e absoluta.

Qualquer indivíduo, independentemente de ser quem seja: rico ou pobre, branco ou negro, político ou apolítico, por exemplo; tem este princípio intrínseco, pois lhe é dado pelo simples fato de ser “humano”.

Sustentando essa linha de pensamento, Alexandre de Moraes diz:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹²

Assim, com as crescentes transformações nas sociedades, se faz mister a criação de novas regras jurídicas específicas, adaptando-se às legislações existentes, para garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

11- Ibidem, p. 206.

12- MORAES, A. Direito Constitucional. 13ª ed._ São Paulo: Atlas, 2003. p. 75.

O NASCITURO

A palavra nascituro se origina do latim *nascituru*, que significa "aquele que há de nascer".

Silmara Chinelato e Almeida conceitua o nascituro como sendo: "pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz."¹³

Para Pontes de Miranda, o nascituro é "o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida."¹⁴

A definição de Silvio Rodrigues "é o nascituro aquele que ainda se encontra no ventre materno"¹⁵.

A personalidade jurídica quanto ao nascimento é motivo de grande discussão na doutrina e existem teorias que procuram explicá-la.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a *teoria natalista* exige o nascimento com vida para ter início à personalidade, ressaltando os direitos do nascituro desde a concepção. Nascer com vida, seus direitos retroagem ao momento da concepção, pois encontram-se sob condição suspensiva. A *teoria concepcionista*, defendida pelo direito contemporâneo, encontra adeptos como Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua e para eles, a personalidade começa antes do nascimento, pois os interesses do nascituro devem prontamente ser assegurados desde a concepção.¹⁶

Já, Arnold Wald, citado por Pablo Stolze¹⁷, entende que existe uma terceira corrente, denominada *teoria da personalidade condicional* que reconhece a personalidade, desde a concepção, mas com a condição de nascer com vida.

13- MONTEIRO, W.B. Curso de Direito Civil - Parte Geral, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1987-1989, p. 58-59.

14- MIRANDA, F.C.P. Tratado de Direito Privado. Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166, t.1

15- Ibidem. p.79.

16- Ibidem. p. 79-81.

17- GAGLIANO, P.S. Novo Curso de direito civil. V. 1: parte geral. 10. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83.

A teoria adotada por nosso ordenamento é a *Natalista*. Talvez não a melhor teoria, mas o que importa é que o nascituro é amparado por lei que o guarda em diversos dispositivos que se encontram na esfera constitucional, civil e penal.

É importante dizer, ainda, que o nascituro e o natimorto são duas figuras diferentes. Este segundo é a criança que nasceu morta e o primeiro é o que se dá pela existência intra-uterina. O nascituro nem sempre será um natimorto, mas o natimorto será antes de tudo um nascituro.

OS DIREITOS DO NASCITURO

No Brasil colônia, o nascituro não era tido como um sujeito de direitos, assim como seus genitores. No nascimento já era sabido da sua condição de escravo e que começaria a trabalhar quando certa idade tivesse.

No ano de 1871, foi criada a “*Lei do Ventre Livre*” assegurando que o nascituro, quando deixasse as vísceras maternas, seria livre da cruel escravidão. Isso não significou muito para ele já que não se pensou que, como deveriam permanecer na companhia de seus pais, conseqüentemente, acabariam por ajudá-los, por não terem meios de subsistência, nos grandes engenhos.

Com a Lei Áurea, em 1888, assinada pela Princesa Isabel, finalmente, todos estariam e nasceriam livres¹⁸. No início isso foi difícil, mas com o tempo tal norma foi se consolidando e dando a verdadeira efetividade esperada.

Clóvis Beviláqua, autor do projeto que veio a se converter no antigo Código de 1916, reconhecia ao nascituro alguns direitos. Ele dizia:

"O Código Civil brasileiro como todos os outros, destaca situações em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 363, parágrafo único, reconhecimento do filho anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1.178, a pessoa já concebida, embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento." ¹⁹[SIC]

Atualmente, são-lhes conferidos muitos direitos. Vejamos:

18- SILVA, J.J. DIREITO DO NASCITURO. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1663/1585> . Acessado em 27 de maio de 2011, às 21:50h.

19- BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Beviláqua, C. Rio de Janeiro: Rio, 1940. p. 178.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 5º, fala do Direito à vida:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.²⁰

O Código Penal Brasileiro²¹, também, fala sobre o Direito à vida proibindo o Crime do aborto em seus artigos de 124 a 127.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²², em seu artigo 8º diz da assistência ao Pré-Natal para o pleno desenvolvimento do nascituro: *“É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.”*

O preâmbulo da Convenção sobre os direitos da criança (1989), que foi ratificada em setembro de 1990, pelo Brasil, defende que: *“há necessidade de garantir a proteção e cuidados especiais à criança, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento, em virtude de sua condição de hipossuficiente, em decorrência de sua imaturidade física e mental,”*.²³

O Código Civil, vigente desde 2002²⁴ em nosso ordenamento é o que mais “fala” dos direitos do Nascituro, trazendo algumas inovações:

- Quanto ao Direito à paternidade:

“Art. 1.609. “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: (...)”

20- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Publicada no D.O. da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.

21- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de janeiro de 1941. Disponível em<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.

22- BRASIL. Lei N. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Visitado em 27 de maio de 2011.

23- JÚNIOR, V.H.A; FERREIRA, P.R.V. Convenção sobre os direitos da criança. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>> Acessado em 12 de julho de 2011, às 21:10h.

24- Ibidem.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”

- Quanto ao Direito a um curador:

“Art. 1779. “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Art. 1692. “Direito de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus pais.”

- Quanto ao Direito a ser contemplado em testamento: *“Art. 1.798. “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”*

- Quanto ao Direito a receber doação por pessoas capazes: *“Art. 542. “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”*

E o Código de Processo Civil²⁵, em seus artigos 877 e 878, do direito de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos depois de comprovada a gravidez de sua mãe.

Por fim, é importantíssimo ressaltar, segundo Stolze Gagliano e Pamplona Filho, que a gestante pode pleitear alimentos que são do nascituro entendendo-se que não caberia somente a ela arcar com as despesas relativas à gestação sem ter uma ajuda econômica para o pleno desenvolvimento dele.

CONCLUSÃO

Foi nos fins do século XX que os direitos da personalidade se consolidaram, ante a noção de respeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana, trazido pelo art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Quanto mais a sociedade evolui, menos os direitos são respeitados, principalmente no que concerne às descobertas da ciência e à evolução de técnicas, cada vez mais inesperadas, que de uma forma ou de outra vêm interferindo, quer seja na integridade física, psíquica ou moral, que são bens da personalidade humana.

25- BRASIL. Lei N. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Publicada no D.O da união de 17 de janeiro de 1973.

Diante de tudo o que foi exposto no presente estudo sobre o nascituro e seus direitos, conclui-se que ele pode ser considerado como sujeito de direitos. Não tem capacidade de exercício e sim de direito, onde seus pais ou, na falta destes, seja por incapacidade ou impossibilidade, um curador deverá zelar por seus interesses. Apesar de não ser, ainda, uma pessoa, deve ser protegido desde a sua concepção e não somente após o seu nascimento com vida.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

JÚNIOR, V.H. A; FERREIRA, P.R.V. **Convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/biblioteca/virtual/direitos/tratado11.htm>> Acessado em 12 de julho de 2011, às 21:10h.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Beviláqua, C.** Rio de Janeiro: Rio, 1940. p. 178.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de janeiro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.

BRASIL. **Lei N. 8.069** de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Visitado em 27 de maio de 2011.

BRASIL. **Lei N. 5.869**, de 11 de Janeiro de 1973. Publicada no D.O da união de 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Lei N. 3.071**, de 01º de janeiro de 1916. Art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso 30 de maio de 2011, às 22:10h.

BRASIL. **Lei N. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acessado em 29 de maio de 2011, às 22:15h.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Publicada no D.O. da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.

GAGLIANO, P.S. **Novo Curso de direito civil**. v. 1: parte geral. 10. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro**. v.1: parte geral. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, F.C.P. **Tratado de Direito Privado**. Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTEIRO, W.B. **Curso de Direito Civil - Parte Geral**, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1987-1989.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, C.M.S. Instituições de direito civil. V.1. **Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

SEMIÃO, S.A. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, J.J. **DIREITO DO NASCITURO**. Disponível em <<http://inter temas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1663/1585> >. Acessado em 27 de maio de 2011, às 21:50h.

TELLES, G. apud Paiva, J. A. A, advogado em São Paulo e professor de Direito Processual Civil, em "**A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida.**" Disponível em http://www.conjur.com.br/2003nov24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida > Acesso em: 29 de maio de 2011, às 23:20h.

VENOSA, S.S. **Direito Civil: parte geral**. 9 ed. São Paulo. Atlas, 2009.