



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA

Tamires Aline Oliveira de Paula

**Os Direitos do Nascituro:
Teorias a Respeito da sua Personalidade**

Assis

2011

TAMIRES ALINE OLIVEIRA DE PAULA

OS DIREITOS DO NASCITURO:

TEORIAS A RESPEITO DE SUA PERSONALIDADE

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso.

Orientadora Doutora: Elizete Mello da Silva

Área de Concentração: Direito

Assis
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA DE PAULA, Tamires Aline

Os direitos do Nascituro: Teorias a Respeito de sua Personalidade/Tamires Aline Oliveira de Paula. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011.

49p.

Orientador: Elizete Mello

Monografia de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Nascituro. 2. Direitos.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

**DIREITOS DO NASCITURO:
TEORIAS A RESPEITO DE SUA PERSONALIDADE**

TAMIRES ALINE OLIVEIRA DE PAULA

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora Doutora: Elizete Mello da Silva

Analisador: Maurício Dorácio Mendes

Assis

2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, aos meus pais Nilson e Cláudia, aos meus irmãos Nicole e Leonardo, e ao meu noivo Junior, e a todos amigos que de alguma forma me deram incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois tudo em minha vida devo a ELE.

Agradeço aos meus Pais, que me deram a oportunidade, força, apoio e incentivo para fazer o curso de Direito.

Aos meus irmãos, ao meu Noivo por toda paciência nos dias difíceis.

Agradeço também a todos os professores pelo aprendizado e toda dedicação oferecida ao longo desses cinco anos.

Agradeço a minha orientadora Doutora Elizete Mello da Silva, por ter me ajudado a desenvolver essa pesquisa, com muita atenção e dedicação.

Agradeço a todos os colegas de sala, pela companhia em todos esses anos, para alguns em especial.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar aspectos pertinentes à personalidade e os direitos garantidos ao Nascituro.

Assim como pontuar as três teorias mais importantes a cerca do presente assunto, inclusive a Teoria adotada por nossa legislação Civil, esta que se consagra no art. 2º do Código Civil, não deixando de fazer também uma breve análise sobre os Direitos Humanos e Garantias Fundamentais da pessoa Humana.

Palavras Chaves

Direitos e Garantias Fundamentais, Nascituro.

ABSTRACT

This paper aims to analyze pertinent aspects to character and the rights guaranteed to the unborn.

As well as point out the three most important ones about this subject including the theory adopted by our Civil legislation which is written in the article 2nd of the Civil Code, remembering also to have a brief analysis about the Human Rights and Fundamental Guarantees of the Human person.

Key Words

Rights and Fundamental Guarantees, Unborn.

SUMÁRIO

I	
Introdução.....	9
Capítulo II	
1.1 Breves Considerações sobre direitos Humanos e fundamentais.....	11
1.2 Distinções entre Direitos e Garantias.....	13
1.3 As garantias Constitucionais.....	15
1.4 Dos Direitos fundamentais.....	16
Capítulo III	
2. Conceito de Nascituro.....	19
2.1 Princípios da Dignidade do nascituro.....	21
2.2 Proteção à Vida Humana.....	22
2.3 Tutela Civil e penal da vida humana.....	23
2.4 Direito de nascer.....	25
2.5 Natureza Jurídica do Nascituro.....	26
Capítulo IV	
3. Teorias a respeito da personalidade Jurídica do Nascituro.....	29
3.1 Teoria Natalista.....	30
3.2 Teoria Concepcionista.....	32
3.3 Teoria da Personalidade Condicional.....	35
Capítulo V	
4. Tutela Jurídica do Nascituro.....	38
4.1 O Nascituro Perante a Legislação Vigente.....	38
VI Considerações Finais.....	42
VII Referências.....	43
VII Anexos.....	45

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como ponto principal o estudo dos direitos pertinentes ao nascituro, assim como sua proteção e as teorias abordadas a seu respeito.

O nascituro em síntese, fala sobre aquele que ainda esta por vir, do ventre materno, este que tem suas garantias e direitos constitucionalmente protegidos, suas garantias são asseguradas também em leis esparsas como Código Civil, Lei de Alimentos Gravídicos, Estatuto da Criança e do Adolescente, enfim, todas estas leis vêm para complementar o disposto constitucionalmente, que defende a dignidade da pessoa humana, que protege o direito a vida, punindo aqueles que tiram a vida de outrem antes do tempo, resguarda os direitos das crianças e adolescentes.

Diante de muitas discussões doutrinarias, foram construídas três teorias mais relevantes, é nelas que se discutem a natureza jurídica do nascituro, a primeira Natalista onde defende personalidade do nascituro com vida esta que é defendida pelo vigente Código Civil, a Teoria Concepcionista, que concorda que o nascituro tem direitos a partir da sua concepção, ou seja, quando o embrião se instala no útero materno, com a condição do nascimento com vida, e a terceira teoria, a da Personalidade Condicional, que aborda a mesma linha de pensamento da Teoria Condicional, que impõe a condição do nascituro nascer com vida, para seus direitos serem assegurados, onde o nascituro tem capacidade mais não personalidade.

Diante de todos os apontamentos, o Estatuto do nascituro também consagra uma das maiores proteções elaboradas, talvez a mais especifica sobre o assunto.

Na primeira parte da pesquisa existem breves considerações sobre os Direitos Humanos e fundamentais, as garantias previstas constitucionalmente, entre essas garantias, está a garantia e o direito de nascer, previsto na Constituição Federal de 1.988, a garantia de ter os seus direitos resguardados, mesmo estando ainda no ventre materno.

No capítulo seguinte foi abordado o conceito de nascituro, que assim se define. O nascituro é aquele que ainda esta por vir, ainda no ventre materno, seus princípios, dentre eles talvez o mais importante, pois esta consagrado no art. 5º inciso III da

Constituição Federal, que trata da dignidade da pessoa humana. O seu direito de nascer previsto na legislação vigente, pois se o nascituro for tirado do ventre materno de uma forma forçada o responsável por essa atitude terá as responsabilidades civis e penais quanto a vida que foi tirada, e sua natureza jurídica, o que se discute por meio de três teorias elaboradas.

O art. 2º do Código Civil dispõe sobre o início da personalidade do nascituro que acontece com o nascimento com vida, porém seus direitos são assegurados a partir de sua concepção.

A cerca do assunto, três teorias tiveram maior destaque no mundo jurídico, que se denominam como da seguinte forma, a Teoria Natalista, Teoria da Personalidade Condicional, e por fim a Teoria concepcionista, todas abordadas no capítulo III do presente trabalho.

No último capítulo, porém não menos importante, destacou a respeito da proteção da lei sobre o nascituro.

Contudo o texto traz uma breve colocação sobre os alimentos gravídicos que trata a lei 11.408/2008, que estabelece que os alimentos são devidos desde a concepção da criança, para garantir melhores condições ao menor e até mesmo para genitora, alimentos estes que se tornam em pensão alimentícia de forma automática com o nascimento com vida e permanece até que um das partes solicite uma revisão.

CAPITULO I

1. 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os tratados internacionais nasceram com os chamados” Direito Internacional dos Direitos Humanos, este que surgiu logo após a guerra, em respostas as crueldades cometidas pelos nazistas.

Após a Segunda Guerra Mundial, veio à necessidade de rever os valores da humanidade, foi em meio a esse cenário em meados do século XX, que nasceu o Direito Internacional dos Direitos humanos.

A partir de 1.945 depois da tragédia do holocausto e de muitas outras atrocidades cometidas pelos nazistas, que as nações decidiram que direitos humanos e fundamentais deveriam ser um dos principais propósitos das Organizações das nações Unidas.

Neste mesmo momento surgiu a Organização das Nações Unidas, e em 1.948 foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta que foi aderida por unanimidade por 48 Estados.

Em 1.948 foi criado a Declaração dos Direitos do Homem conforme leciona Celso Ribeiro de Bastos, se preocupou basicamente com quatro ordens de direitos individuais:

“Logo no inicio, são proclamados os direitos pessoais do individuo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do individuo em face da coletividade: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, principio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direitos ao trabalho, à sindicalização, ao ‘repouso e à educação”.(Apud Pussi,2008, p.215 e 216).

Para Bobbio:

“A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade, tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre” (Apud Pussi 2008, p.216).

Ainda na perspectiva de Bobbio, sem os direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

A Assembléia Geral das Nações Unidas estabeleceu na resolução n.32/130: Todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem se pautam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes.

Foi em 1.985 que o Brasil passou se integrar ao que se referia aos tratados internacionais de direitos humanos. O primeiro passo foi em 1.989, com a aceitação da Convenção contra tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, esse foi o ponto de partida, para muitos instrumentos importantes de proteção dos direitos humanos, que foram aceitos pelo direito brasileiro sob a proteção da Carta Magna de 1.988.

O Brasil, assim precisou se reorganizar no que se refere às transformações do processo de democratização, isso significou também o seu aceite das idéias contemporâneas de globalização dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1.988 simbolizou derrocada do estado autoritário, nesse momento a dignidade humana e os direitos fundamentais passaram a ser princípios constitucionais, de valores éticos e jurídicos. Esses valores então ganharam força significativa no âmbito do Direito Brasileiro e também em todo o universo constitucional.

Os direitos fundamentais podem ser divididos em três grupos distintos, os expressos na Constituição, os decorrentes de princípios e regimes por ela adotados e os expressos nos tratados internacionais.

O direito Brasileiro combina regimes jurídicos diferenciados, por esse motivo se diz que ele é um sistema misto, um trata de tratados internacionais de direitos humanos, enquanto outro trata de tratados tradicionais.

Há de se notar que os após a Constituição de 1.988 os direitos humanos foram especialmente fortalecidos, no fundamento do princípio da primazia dos direitos humanos.

Importante destacar que o processo de inclusão do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi conseqüência de um processo de democratização, que se inicia em 1.985, fato este que reinseriu o Brasil no campo internacional de proteção dos direitos humanos.

1.2 DISTINÇÕES ENTRE DIREITOS E GARANTIAS

O dispositivo legal que define direito e deveres individuais e coletivos estes que são espécie do gênero direito e garantias fundamentais é o art. 5º título II da Constituição Federal de 1.988, de acordo com as lições de Pedro Lenza, Rui Barbosa foi quem distinguiu em análise da Constituição de 1.891 posições meramente declaratórias, e as disposições assecuratórias, que fica da seguinte forma:

“Disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”.
(Apud, Lenza, p.589, ano 2008).

Conforme leciona Paulo Bonavides, existem dois pólos que regulam as Garantias, as declarações e os direitos desde que se formaram: O indivíduo e a liberdade. A estes, um terceiro pólo se acrescentou no Século XX: A instituição. Mas a chegada desta marca uma abertura da linha clássica e tradicional no entendimento das garantias enquanto individuais. (Bonavides 2.009, p. 526).

Carlos Sánchez Viamonte (Apud, Bonavides, p.527, 2.009.) defende a seguinte posição doutrinária: Somente merece o nome de garantia, a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia.

Ainda na posição de Viamonte, se opõe à forma em que o Direito trata como sinônimo e define: "Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que consistem em conjunto a liberdade civil e política"

Ainda dentro do contexto de Paulo Bonavides, dos publicistas brasileiros, Rui Barbosa, o mais rígido em se insurgir contra a falha dos juristas acostumados a não fazer distinção entre direito e garantia, partiu da definição de direito de Littré, o dicionarista da Academia Francesa, para alegar uma posição coincidente com a dos autores já citados:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos'. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil". (Apud Rui Barbosa, P.193/194).

Por Jorge Miranda, (1.988, P.88/89),

"Os direitos representam por si, certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias, e muitas delas, adjetivas (ainda que possa ser objeto de um regime constitucional substantivo); o direito permite a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas

esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, o direito declara-se, se garantias estabelecem-se”.

Pedro Lenza cita as lições de David Araujo e Serrano Nunes Junior, para caracterizar os direitos e garantias fundamentais, a historicidade, ou seja, caráter histórico, a universalidade se aplica a todos os seres humanos de modo indiscriminado, Limitabilidade, os direitos fundamentais não são absolutos quando se trata de conflito de interesses, concorrência pode ser exercida de forma cumulativa, irrenunciabilidade não pode ser renunciado de forma alguma. Lenza ainda cita as características apontadas por José Afonso da Silva, inalienabilidade, por não serem aplicados a todos não se pode aliená-los, e por fim o caráter de imprescritibilidade, não exercido o seu direito ele não pode ser prescrito.

Os direitos e garantias não se limitam ao texto constitucional, mais também em pactos e tratados internacionais em que o Brasil é signatário. (Lenza 2.008, p.590).

1.3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O primeiro constitucionalista, que se empenhou a introduzir o conceito de garantias constitucionais foi Rui Barbosa, na primeira constituição de 24 de Fevereiro de 1891, a primeira após a queda do império, esta não empregava a expressão Direitos Fundamentais tampouco Direitos Individuais. Rui Barbosa se valeu de artigos constitucionais que defendiam a liberdade do cidadão, contra os abusos e violência praticados pelo Estado, então foi por via doutrinária se valendo desses princípios que as garantias constitucionais e individuais foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico. Uma das primeiras lições dele foi distinguir garantias de direitos Constitucionais. (Bonavides, 2.009, p. 529).

Por Rui Barbosa, garantias constitucionais estavam na linha mais afinada e congruente do constitucionalismo liberal do século XIX, tanto que, ao interpretar “na acepção racional” o artigo 80 da primeira Constituição Republicana do Brasil – a de

1891 – declarou ele que as garantias eram “condições de proteção à liberdade individual”, sem as quais, em seus próprios termos,” a execução fiscal da lei” ficaria impedida, ludibriada e anulada. (p.194).

Lenza (2.008, p. 589) em uma versão bem simplificada em concordância com os ensinamentos de Rui Barbosa define direito e garantias da seguinte maneira. Direitos são assim, bens e vantagens prescritos em norma constitucional, enquanto garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos, ou prontamente os repara em caso de violação, por fim são os remédios constitucionais. Os direitos individuais e coletivos estão dentro de um rol do Título II Da CF/88 que classifica o gênero direito e garantias em cinco espécies nas quais direitos individuais e coletivos se encaixam.

Pedro Lenza faz breves considerações sobre o bem mais valioso que a CF/88 protege o direito à vida, este que esta elencada no art. 5º do mesmo diploma legal, este ainda que previsto de forma genérica no referido artigo,” abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (2.008, p.595).

1.4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Direito Fundamental à Liberdade e à dignidade humana começou a ter grande valor histórico e filosófico, quando redigida à célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1.948, esta após a Revolução Francesa.

“Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualificativo, o qual, segundo tudo faz prever, sem por orientação uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.” (Bonavides, 2009, p.563).

Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão, dizem respeito à liberdade, a saber, os direitos políticos e civis, que tem por titular o indivíduo, e são oponíveis ao Estado.

Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão foi um momento inspirado e impulsionado pela Revolução Industrial europeia, dominam o século XX, como os direitos de primeira geração dominaram o século passado, porém este trás outros valores não menos importantes que os anteriores, trazem valores de direitos culturais, sociais, econômicos, coletivos, estes que estão totalmente ligados ao principio da igualdade, que ambos caminham juntos nas normas constitucionais.

Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão tem por destinatário o gênero humano sem distinção, defende valores de solidariedade e coletividade, e também ao desenvolvimento do meio ambiente.

Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão, conforme leciona Paulo Bonavides, são direitos da quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles, depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (2.009, p.571).

Paulo Bonavides usa a citação de Norberto Bobbio que define a quarta dimensão da seguinte forma: Essa categoria decorre dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana através da manipulação do patrimônio genético. Os direitos de quarta dimensão se preocupam assim com a regulamentação da pesquisa genética ou manipulação do patrimônio genético dos indivíduos.

Paulo Bonavides (2.009 p.579 e 580) em sua obra ainda cita os direitos de quinta dimensão ainda não consagrados por todos os doutrinadores. Diz respeito ao Direito de paz, aquele concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas.

Este Direito de Paz que não foi nada fácil de ser reconhecido pela doutrina tampouco pela jurisprudência por sua dificuldade de conceituação.

CAPITULO II

1. CONCEITO DE NASCITURO

Para que possamos compreender se o nascituro é ou não sujeitos de direitos, possui capacidade ou personalidade jurídica, é preciso que conheçamos o seu conceito.

No sentido etimologicamente o nascituro deriva do *latim nasciturus*, que significa aquele que está por nascer.

Na obra de Maria Cristina Zainaghi ela nos traz o conceito de nascituro de vários doutrinadores.

Vejamos nos dizeres de Houaiss, “Adjetivo e substantivo masculino, que ou aquele que vai nascer, diz-se o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo. (2007. P.20)

Para Aurélio Buarque de Holanda; “nascituro. [Do lat.nascituru.] Adj. 1. Que há de nascer. S.m.2. Aquele que há de nascer. 3. Jur. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.” (2.007, p.20).

Vale lembrar que ao se falar em nascituro, o sentido da palavra é amplo ao não nascido, pois passa por todas as fases da gestação, desde o zigoto ao feto, pois prevê a existência do desenvolvimento da humana desde o primeiro momento.

Nas lições de Willian Artur Pussi, ele cita Francisco da Silva Bueno que define nascituro, e afirma, “a palavra nascituro deriva do latim nasciturus e significa que deverá nascer, que esta por nascer” (2.008, p.48).

Ainda nos ensinamentos de Pussi, é destacada a diferença entre nascituro e prole eventual que por sua vez não deixa de ser protegida por nosso ordenamento jurídico.

Antonio Houaiss (2.001 p. 1.040) define dignidade da seguinte maneira: “Qualidade moral infunde respeito, consciência do próprio valor, honra, autoridade, nobreza, qualidade do que é grande, nobre, elevado”.

Em toda história da humanidade as pessoas vem sendo maltratados tanto fisicamente quanto psicologicamente. Por isso os direitos e valores do ser humano estão sendo tão a desejados por toda a sociedade.

Conforme leciona Clayton Reis, o ser humano já nasceu com esse conceito de dignidade que em um primeiro momento diz respeito ao nascimento com vida e ao corpo, já em segundo plano estão os direitos da personalidade. (2.008, p.23.)

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, (Apud Cleyton Reis 2.008, p. 23.)

“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 as pessoas 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.”

Desta forma nos resta concluir que dignidade é devida a todos os seres humanos sem qualquer tipo de distinção, não sendo possível custear o quanto vale a dignidade da pessoa humana, vejamos assim na lição de Maria Cecília Bodin de Moraes, (2.003, p.81)

“as coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrario deste, não admite ser substituído pelo equivalente”.

Este princípio deve ser obedecido por todo o ordenamento jurídico, ficando inadmissível receber tal ordenamento que não adote esse principio como base.

Essa regra se tornou clara, com a chegada da Constituição de 1.988, que até então é o regulamento da seguridade social.

2.1 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DO NASCITURO

A dignidade é considerada como um bem supremo, com chegada da Constituição Federal de 1.988, a dignidade do ser humano ganhou mais importância e notoriedade dentro do ordenamento jurídico assim como a Vida do ser humano, é nessa linha de pensamento que a nova ordem jurídica protege os direitos do nascituro, ou seja, aquele concebido.

Para Houaiss, (2.001, p.2.858) definiu em seu dicionário a vida da seguinte forma, “é o conjunto de atividades e funções orgânicas que constituem a qualidade que distingue o corpo vivo do morto”.

Nas palavras de Clayton Reis, (2.008, p. 34) o que diferencia a vida física da vida jurídica, é que o nascituro, já se encontra inserido no mundo dos demais seres vivos e, portanto, a merecer a tutela da ordem normativa. Nessa linha de pensamento o autor J. M. de Carvalho Santos (2.002, p.02) define que,

“realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominada pena contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa”

Esse trecho nada mais é do que um reconhecimento que ao nascituro também lhe é devido à dignidade, posto que ele já seja pessoa humana independente do nascimento com vida.

Não podemos deixar de lembrar aqui do princípio da igualdade que está no rol elencado no artigo 5º, caput, e inciso I, que Lenza em sua obra ensina:

“Deve-se, contudo buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mais, principalmente, a igualdade

material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. (2002.008, p.595).

Pontes de Miranda em sua obra enfatiza que, “a evolução dos sistemas jurídicos, que se havia formado, sem que os princípios de igualdade tivessem à base deles, teve de se processar no sentido da cada vez maior simetria entre os homens.”

Ainda na obra de Pontes de Miranda, o direito à igualdade, dentro dos seus limites (de acordo com o direito supra estatal, e o direito interno, constitucional ou não), é direito absoluto. Quem tem direito à igualdade tem-no frente a todos, inclusive o Estado e os seus poderes. Há a pretensão e a ação condenatória específica a ação de abstenção, com ou sem preceito inicial, e as demais ações, e.g., o mandado de segurança. (2.000, p.96).

Além da proteção a dignidade da pessoa humana elencada no rol do art 5 da Constituição Federal, vem a Lei de Alimentos gravídicos de numero 11.804 de 2.008 para confirmar que o nascituro até mesmo antes de seu nascimento tem seus direitos resguardados, entre esses direitos esta o de receber alimentos através de sua genitora, a lei vem com intuito de preencher a lacuna que existia em nosso ordenamento jurídico, para reforçar as garantias e o melhor interesse do menor, respeitando também os critérios de fixação observados no art. 1.694 do Código Civil, que pede a necessidade da gestante e a possibilidade do Pai (Réu da ação).

Os alimentos gravídicos são devidos até o nascimento da criança com vida, e são automaticamente convertidos em pensão, até que umas das partes solicitem a revisão. Se ocorrer aborto o dever de alimentar se extingue.

Quanto ao foro competente sempre será o domicilio do alimentado, ou seja, da gestante.

2.2 PROTEÇÃO À VIDA HUMANA

A Carta Magna de 1988 assegura em seu art.5º caput, a inviolabilidade da vida humana, e com isso segura de uma forma implícita a inviolabilidade da

personalidade humana também, colocando ambas como um direito jurídico tutelado e personalíssimo, desde a concepção, ou seja, desde que se prove que há vida no ventre materno.

“A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide (CC, art. 2º, Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV, e CP, Arts. 124 a 128). O direito a vida integra-se a pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 203 VI 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.” (Carlos Alberto Bittar, 1.989, p.65-6).

Portanto o ser humano tem todos os seus direitos ressaltados e amparados legalmente desde a sua fecundação, seja ela natural ou artificial, não podendo, portanto ser eles desrespeitados, inclusive pelo seu próprio detentor, não podendo ele tirar sua vida por vontade própria, pois se acontecer será uma afronta a legislação.

O direito à vida esta garantido em cláusula pétrea, ou seja, não permite qualquer tipo de alteração, no art. 5º da CF/88, visto que este também é intangível, intransferível, este artigo não pode tão somente ser emendado.

O Estado, a família juntamente com a sociedade dever assegurar a inviolabilidade desse direito, como preservá-lo de qualquer ameaça.

2.3 TUTELA CIVIL E PENAL DA VIDA HUMANA

O Novo Código Civil de 2002 em seus Arts. 542, 1.609, parágrafo único, 1.779, 1.798, resguardam e protegem os direitos do nascituro desde sua concepção, e também a sua existência.

“Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”

Em síntese o artigo deixou claro o fato de que qualquer ato feito em favor do nascituro tem que ser aceito por seu representante, pois o nascituro não tem capacidade para atos da vida civil.

“Art. 1.609. Reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito.”

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

O nascituro sendo havido ou não dentro do casamento tem seus direitos assegurados tanto quanto os demais filhos.

“Art.1.779. Dar-se á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

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

É necessária a figura do curador tanto para o nascituro, quanto para mãe se esta estiver interdita por algum motivo, para que os mesmo não fiquem privados de praticar atos cíveis necessários.

O Curador nada mais é do que o representante legal tanto da mãe quando interdita, quanto do nascituro.

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Aos nascituros está assegurado também o direito a sucessão, assim como esta assegurada para os demais herdeiros.

O Código Penal Brasileiro impõe penas a quem de qualquer forma impedir ou tirar a vida alheia, fica claro nos art. citados a seguir: art. 121,§ 2º, art. 123, art. 124 a 128.

Dentre os dispositivos penais aplicados o artigo 124 ao artigo 128 descreve as sanções impostas para quem tira a vida do feto, ainda no ventre materno.

“ Art.124 Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena- Detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art.125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art.126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo Único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art.128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No geral todos esses dispositivos legais estão de maneira a resguardar a vida intra uterina, se qualquer desses vier a ser violado serão aplicadas as sanções impostas acima.

A vida de alguém só poderá ser tirada em casos de legítima defesa comprovada.

2.4 DIREITO DE NASCER

O nascituro tem o direito à vida este que é o bem mais supremo, Pontes de Miranda ao falar do assunto afirma,

“O direito à vida, é inato; quem nasce com vida tem direito a ela. O direito constitucional e o penal inserem regras jurídicas que implicitamente o

afirmam. Ainda quando Constituições têm permissão da pena de morte, tais regras jurídicas são limitativas do direito à vida e contrárias à Constituição no que não estejam no campo da permissão” (2000, p.40).

A Declaração de Direitos Humanos de 20 de novembro de 1.959, da Assembléia Geral da ONU, já prescrevia que:

”A criança, dada a sua maturidade física e mental, precisa de proteção legal apropriada, tanto antes como depois do nascimento “(Maria Helena Diniz, 2.009, p.27).

Ainda nas palavras de Maria Helena Diniz (2.009 p. 27) A vida começa com a concepção, desde esse momento já se forma ali no ventre materno a vida humana, seja qual for seu grau de evolução esta deve ser respeitada, ficando vedada a qualquer tipo de interrupção, salvo nos casos permitidos em lei, como o aborto no caso de estupro, que fica a critério da mãe tal decisão.

O direito à vida é o mais relevante sem duvidas, e deve ser respeitado por todos e é devido a todos, até mesmo ao nascituro.

2.5 NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

Para entendermos um pouco mais da natureza jurídica do nascituro, e distinguir sua legitimidade é necessário que se faça um breve comentário acerca da personalidade civil dele.

Quando Maria Cristina Zainaghi cita o autor Daniel Coelho de Souza em sua obra, este que conceitua a personalidade da seguinte maneira:

“O vocábulo personalidade, como, aliás, acontece com quase todos os vocábulos, é plurissignificativo.

No campo da Psicologia, ele tenta significar a síntese da nossa vida psíquica, aquilo que permite a cada um de nós dizermos ‘ eu sou eu’, tenho o meu ego’, Esta seria a noção de personalidade, no campo da Psicologia, naturalmente uma noção imperfeita porque não esta sendo dada por um Psicólogo. Em filosofia, a noção de pessoa é hoje explorada por uma corrente muito atual e atraente, que é o Personalismo, na qual de destaca Mounier.

Em nossa linguagem habitual, usamos da expressão para aliá-la às pessoas que por essa ou aquela razão se destacam em algum campo de atividade. É nesse sentido que os nossos colunistas sociais aludem às personalidades ‘vips’.

Em Direito não é assim. E é exatamente o clareamento deste conceito, sem o qual não podemos fazer a abordagem paralelamente fática e normativa dos chamados Direitos de Personalidade, que esta noção jurídica, somente jurídica, cientificamente jurídica ou, para não magoar certos ouvidos, tecnicamente jurídicos, tem que ser perfeitamente definida.” (2007 p.31,32).

Para Pontes de Miranda, o objeto do direito à personalidade não se restringe à própria personalidade, mas se trata de um direito subjetivo onde se exercem poderes que estão insertos no conceito de personalidade; para ele a pessoa já detém tais direitos, direitos esses absolutos como a propriedade, todavia sem que eles se confunda, vez que o direito da personalidade é a entrada do suporte facto ao mundo jurídico. (O fato jurídico do nascimento de ser humano com vida). M. Cristina Zainaghi, 2007, p.32.

Ainda seguindo alinhado de pensamento de Pontes de Miranda, assegura que direito de personalidade são absolutos, portanto quem causa por culpa ou dolo, lesão a esses direitos, responderá por tal dano. E ainda frisa em uns dos trechos de sua obra de Tratado de Direito Privado.“ Assim, o direito à vida pode ser ofendido sem culpa, e o causador responde idem, o direito à integridade física e psíquica, o direito à liberdade, à verdade e à honra...” (Miranda, 2.000, p.30).

Entre os direitos de personalidade estão os direitos à integridade, física e psíquica, e à vida, estes estão resguardados ao nascituro, que fica à cargo dos pais, e na falta dele curador zelar, e proteger para que nenhum deles seja ameaçado, assim como os outros direitos pertinentes a personalidade.

Miranda ainda afirma que, “o direito a ter nome é direito inato; nasce-se com ele. O nascituro é identificado pelos informes da mãe e o tempo da concepção; ainda não tem o direito a ter nome, posto que possa ser resguardado” (2.008, p.34).

Maria Helena Diniz (nota) em seus ensinamentos liga a personalidade à idéia de pessoa, considerando-a como um direito consagrado não somente na legislação civil, como também na constitucional, de forma que se asseguram direitos essenciais como a vida, a liberdade e a igualdade.

Por fim Pontes de Miranda arremata o tema dizendo que: “direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, á sua inserção nas relações jurídicas”(2.000, p.39).

Na mesma linha de pensamentos temos a citação de Eduardo Espínola, que trata a personalidade com Unger, é o pressuposto de todo direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um deles se contem; não é mais a capacidade jurídica, a possibilidade de ter direitos. (M. Cristina Zainaghi, 2.007, p.34). Com todas essas citações fica claro que a personalidade é uma condição para que existam os demais direitos, até mesmo os personalíssimos.

Porém o Código Civil adota uma teoria chamada de Natalista, a ser analisada a seguir que a pessoa somente adquire personalidade com o nascimento com vida. Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mais a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Este que transcreve quase que idêntico o Art.4 do Código Civil de 1.916, porém com o grande avanço de altera a palavra “homem” por “pessoa”.

Porém as doutrinas defendem três teorias, que apresentam opiniões divergentes sobre o onde começa a personalidade do nascituro.

Vejamos então a posição de cada uma das teorias apresentadas, a Natalista, a Concepcionista e Personalidade Condicional.

CAPITULO III

3. TEORIAS A RESPEITO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Inúmeras foram às teorias surgidas para explicar o fenômeno da personalidade e capacidade jurídica do nascituro envolvendo, contudo temas diversos do mundo jurídico como a medicina e biologia.

Não podendo deixar de mencionar Pontes de Miranda que foi o maior responsável pela elaboração de do estudo e que com isso conseguiu destacar varias teorias levantadas em distintas legislações que tratam da personalidade do nascituro que ressaltamos as seguintes:

Os ficcionistas, estes que dizem que o nascituro é uma pessoa Fingida, com a ficção de já ter nascido, eis que se insurgiu contra tal teoria L. Enneccerus e F. Leske, que protegem a desnecessidade de se fingir qualquer pessoa.

II- A teoria dos Direitos Sem Sujeito, que veio em oposição a teoria ficta, pois afirma que haveria direitos sem sujeitos e sem sujeitos fingidos.

III- A teoria da Hereditas iacens, que torna a herança sem titular até o nascimento do nascituro.

IV- A teoria dos direitos futuros, que seria uma forma de aquisição futura, se o nascituro nascer com vida.

Logo após vieram as teorias da condição, que três delas tiveram destaque nos estudos.

Teoria da Aparência da Condição: E.Eck, defende e sugere que tudo passaria como se condicionado o exercício.

II – A Teoria da Condição: Defendida por E. Heymann, esta que enfrenta o problema da capacidade, que estaria condicionada ao conceito do futuro homem que há no nascituro.

III – Teoria do Análogo da Condição: Tem como defensor P. Oertmann, este que defende que não há direitos do nascituro, e terá se por acaso nascer vivo. O problema está em saber de quem são os direitos enquanto não ocorre o nascimento.

Enfim discutidas as teorias da condição, surge então a Teoria da Personalidade Jurídica, esta que o nascituro cria antes mesmo da personalidade física.

A Teoria da Personalidade Jurídica foi defendida por Rüdorff e Puchta, que foi alvo de muitas críticas por parte dos outros doutrinadores, visto que defende a pessoa jurídica antes mesmo da pessoa física existir.

No Direito Brasileiro

Com todas as posições estrangeiras analisadas, no Brasil não foi diferente, porém vários autores opinaram de forma diferente sobre o tema, estas posições que se destacaram três correntes básicas, a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional e a Teoria Concepcionista.

3.1 TEORIA NATALISTA

A teoria Natalista foi proposta pelo direito romano, que concorda com o início da personalidade jurídica do nascituro se o nascimento for com vida, pois não considera como pessoa o nascituro sem vida, o nascimento com vida constitui fato jurídico indispensável para o surgimento da pessoa, na qual pode ser atribuída a personalidade e até mesmo a capacidade jurídica da pessoa.

Essa é a teoria que vem sendo consolidada pelo nosso atual Código Civil, em seu art. 2º, que condiciona a personalidade jurídica ao nascimento com vida, mais adverte que os direitos dos não nascidos com vida estão salvaguardados por lei. Com base nesta teoria o nascituro então tem apenas mera expectativa de direitos.

Esta teoria vem sendo defendida por doutrinadores como Vicente Ráo, este ensina que a proteção que dispensa ao nascituro, que para ele é aquele que embora concebido, ainda não nasceu, não lhe confere reconhecimento ou atribuição de personalidade, apenas significa que existe uma situação pendente, que somente se efetivará com o nascimento; ou ainda que se tenha uma situação ou fato em que se admite a interposição de determinadas ações, cujos efeitos retroagem a fatos futuros. (Apud 1958, M.C. Zainaghi, 2.007, p47 e 48). Silvio Rodrigues também comenta e defende a teoria assim como Paulo Carneiro, que ao comentar sobre o assunto, “adverte existir apenas uma expectativa de direito, em outras palavras, prevaleceu a teoria que reconhece o início da personalidade no nascimento com vida, reservada para o nascituro uma expectativa de direitos...Os comentadores do CC brasileiro, de modo geral, salientam como esse se filiou à primeira escola, sendo forçoso reconhecer que, pelo sistema vigente, a condição jurídica do nascituro é a simples expectativa de direitos”. (W. A Pussi 2008, p.80).

João Luiz Alves que trabalha na mesma posição doutrinaria afirma que de acordo com o art.4º do CC o nascituro possui tão somente expectativas de direitos e conclui em sua obra Código Civil anotado de 1.917,

“Entretanto, é preciso reconhecer que, subordinada à clausula de nascimento com vida, a personalidade desde a concepção não terá outra significação que não seja criar, como na Teoria do Cód., uma expectativa de direito... Que importa dizer que o ente apenas concebido tem personalidade, se mais tarde, nascendo sem vida, não adquiriu direitos?...Os efeitos jurídicos surgem no acto do nascimento , com ou sem vida: no primeiro caso opera-se a aquisição de direitos, que se transmitem pela morte posterior do recém nascido; no segundo caso, nenhum direito se adquire. A personalidade, que se caracteriza pela capacidade da aquisição e gozo de direitos , não teve, de facto, existência. Para que dar-lhe então existência de direito, a que a própria lei só assegura 32requên após o nascimento? Bem andou, portanto, o Cód., em fixar o início da personalidade humana no facto do nascimento com vida”.(Apud,2.008 Pussi,p.81).

Na mesma linha de pensamento segue o autor Sady Cabral Gusmão, também citado na obra Pussi, ao defender seu posicionamento diz que o legislador agiu de forma adequada da redação do art.2º do CC/2002, e leciona da seguinte forma:

“Demais, ante a gestação da mulher, pode nos encontrar em face de situações diferentes, resultantes de gravidez aparente, visto que se pode tratar de falsa gravidez, com possibilidade de parto suposto, ou simulado criminosamente e, verificado o parto, ocorre, por vezes, a expulsão do feto ou nascituro sem vida, e, de outras, o nascimento de gêmeos, anotando os autores outros inconvenientes da doutrina da personalidade ligada à concepção.”(W. A. Pussi, 2008,p.83)

Pontes de Miranda um dos grandes defensores da teoria afirma categoricamente que não há qualquer contradição no referido dispositivo legal, e trata-se apenas de uma aparência de contradição:

“A aparente contradição do código Civil, arts. 4º e 1.718, apaga-se, se pomos o problema no mundo factico (biológico) em que pode ser grande a probabilidade de nascer vivo o conceptus, em cada caso: a personalidade começaria com a prova da existência futura; todo produto gravídico da mulher, que possui coração e tem grande probabilidade de nascer vivo e capaz de direito. Mas essa solução confundiria dois mundos, o factico e o jurídico: ou se admite que o feto vivo já entre no mundo jurídico, ou não se admite. Se a probabilidade tivesse de ser atendida, o não advento reperia o problema, no mundo jurídico.” (apud, Pussi. 2008, p.84).

A teoria Natalista é adotada também pelo direito Espanhol, Alemão, Francês e no Direito Português, alguns doutrinadores são adeptos dessa teoria, Eduardo Espínola e Affonso Dyonísio Gama. Importante destacar que os partidários dessa corrente encontram respaldo legal no texto do artigo 2º do Código Civil.

3.2 TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria Concepcionista inspirada no Direito Francês, que considera o nascituro como sujeito de direitos a partir do momento de sua concepção, ou seja, a partir do momento que o embrião se instala na parede uterina, esse seria o termo inicial de sua personalidade jurídica, e titular de direitos personalíssimos.

São adeptos dessa teoria alguns doutrinadores como Silmara Chinelato e Almeida, que “Assevera que o nascituro é pessoa desde a sua concepção” (apud 2001, M. C.Zainaghi, 2.007 p.43).

Esta que procura esclarecer que não se deve confundir a personalidade com a capacidade de direito, isso porque alguns direitos patrimoniais materiais são condicionados ao nascimento com vida, por exemplo, o direito de receber doações ou heranças, porém os direitos personalíssimos como direito à vida, integridade física, saúde, independem do nascimento com vida.

Portanto há de se concluir que outros direitos estão sim resguardados, mais com a condição de nascimento com vida.

Na lição de Joaquim Felício dos Santos, que lecionava em 1.884, que tão logo seja o filho concebido, ele já se torna capaz de adquirir direitos. (apud 1844, M. C Zainaghi, 2007, p.45).

Rubens Limongi França também adora essa teoria, pontifica que ainda que sua posição seja minoritária entre os autores deve-se considerar pessoa o ser desde sua concepção. (Apud M C Zainaghi, 2.007, p.45).

Limongi, ainda usa um método típico para contestar os métodos da teoria Natalista, e assim debate ponto a ponto defendendo os métodos concepcionista. Elencou os seguintes argumentos da teoria Natalista:

- 1 – O embrião nem jurídica nem filosoficamente é pessoa;
- 2 – É difícil atribuir capacidade se inexistente pessoa;
- 3 – A teoria oposta encerra o inconveniente de implicar que a simples alegação infundada de gravidez possa modificar o curso das relações jurídicas.

Dessa forma debateu os pontos Natalista da seguinte maneira:

- 1 – Seria inconcebível supor que em ciência se possa admitir o valor de qualquer alegação infundada e, especificamente no caso de gravidez, a toda e qualquer seria necessária a prova científica a respeito. Ainda, sustenta que embora a personalidade jurídica somente comece com a concepção, a capacidade só se consolida com o nascimento;
- 2 – De fato, sustenta que a capacidade supõe a personalidade, e esta existe a partir da concepção, isto do ponto de vista filosófico ou jurídico;
- 3 – Afirma que sob o ponto de vista filosófico e jurídico, o nascituro é pessoa, com os seguintes argumentos:

“Filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de toda uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico- tomista), o nascituro é pessoa porque já traz em sim o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança assim como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa. Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘ por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código Chinês, art.1º). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”. (Pussi, 2007p. 88 e 89).

No direito Alemão também se encontra doutrinadores defensores dessa teoria.

Também a legislação e a doutrina argentina são defensores da teoria concepcionista. O doutrinador argentino Raymundo M. Salvat leciona:

“No conceito não técnico, a existência das pessoas começam com o nascimento, assim ainda que o ser humano já, viva no seio materno se considera parte do corpo da mãe (pars visceram matris). O direito das

coisas passa de outra forma e segundo o Código Civil, o ser humano é considerado uma pessoa desde a concepção, ainda que não nascido; o artigo 70, primeira parte, estabelece nesse sentido: desde a concepção no seio materno começa a existência da pessoa, e mesmo antes de seu nascimento pode adquirir alguns direitos, como se já houvesse nascido. Essas são o que nosso código chama de pessoas por nascer, definindo-as no artigo 63 e nos seguintes termos: são pessoas por nascer embora não tenham nascido, estão concebidas no seio materno.” (M C Zainaghi, 2007, p.46 e 47 Apud Raymundo 1.928.).

Desta forma, vale ressaltar que a corrente concepcionista é adotada por doutrinadores mais modernos, juntamente com a evolução da medicina, e frisando que os direitos fundamentais estão sendo objeto de estudo com mais frequência, este que defende também os direitos do nascituro.

3.3 PERSONALIDADE CONDICIONAL

Na teoria da personalidade condicional, segue a mesma linha de pensamento da teoria condicional, ou seja, o nascituro é sujeito de direitos a partir de sua concepção, porém com algumas ressalvas, o nascituro tem que nascer com vida.

Muito embora o nascituro ainda não seja uma pessoa, o legislador lhe confere proteções especiais, para que lhe seja garantido à vida, a integridade física e psicológica, e também seus direitos eventuais se caso nascer com vida, conforme previsto no texto legal da Constituição Federal de 1.988 em seu artigo 5º caput.

O nascituro mesmo que não seja uma pessoa, é evidente que ele seja detentor de direitos e tenha capacidade jurídica mais não personalidade.

Importante dizer que sujeito de direito juridicamente considerado é quem atribui capacidade jurídica perante o ordenamento jurídico, e que por esse motivo tem direitos e deveres, por sua vez pessoa de direito é quem físico ou moral, é apto para contrair direitos e deveres. Portanto toda pessoa é sujeito de direitos mais nem todo sujeito de direito é pessoa. Porém a ordem jurídica concede a titularidade de

determinados direitos materiais ou processuais, como por exemplo, o direito que o nascituro tem de receber herança.

O nascimento do nascituro com vida gera a eficácia ou a ineficácia dos seus direitos.

É doutrinadores defensores dessa teoria Stela Marcos de Almeida Barbas, que adota a teoria condicional ao afirmar que há vida e personalidade desde a concepção, ensinando ainda que do conceito se passe a pessoa, todavia essa existe “In mente Dei”, não possuindo ainda personalidade, sendo, outros sim, detentora de direitos que são concebidos em seu interesse. (M. C Zainaghi, 2007, p.51).

Arruda Alvim afirma que: “... III. Outros, ainda, e estes têm razão (em face do direito brasileiro), afirmam haver condição resolutive. O nascituro, dado que, já a partir da sua concepção, põe a lei a salvo os seus direitos, (art.4º, do Código Civil), ainda que só com a concepção esteja apto para’ adquirir’ efetivamente, direitos que se tornam ‘ cristalizadamente’ seus, com o nascimento com vida. Mas, se nascer morto, configura-se a condição resolutive imanente e tal situação – isto é resolvem-se os direitos que se pretendia tivessem sido adquiridos. A circunstância de se falar em condição resolutive não significa, todavia, que se afirme que o nascituro ‘pode adquirir direito’ tal como uma pessoa o pode. Quer-se dizer que os pode adquirir enquanto nascituro, mas de forma resolutória, na hipótese de não nascer com vida; ou, nascendo, com vida, terá adquirido efetivamente direitos, desde a sua concepção não há solução de continuidade entre ter sido nascituro e vir a ser pessoa.”

Miguel Maria de Serpa Lopes, que adere também esta teoria em seu ensinamento prevê:

“De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinado à condição de que o feto venha a ter existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrario, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá suceder, se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos.” (W. A Pussi, 2008, p.85).

Na mesma linha de pensamento vem o autor Aloysio Maria Teixeira, que afirma que o nascituro nascendo vivo ou morto, ou até mesmo morrer antes do parto, tem seus devera ter suas imunidades a respeito da personalidade da pessoa, o professor ainda afirma que considerar o nascituro como pessoa ou é indiferente, pois mesmo assim a lei lhe assegura seus direitos com a mesma intensidade. E conclui dizendo que a condição do nascituro é somente para que se defina a sua capacidade jurídica, pois seus direitos tendo personalidade ou não deverão ser resguardados.

Pussi conclui o pensamento dizendo que a corrente da Personalidade Condicional sustenta o inicio da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com vida. Ou seja, uma vez que se verifique o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção. (2007, p.87).

Não pode se negar, no entanto que a teoria Natalista é adotada por maioria significativa, e tem uma força incontestável até mesmo por que é ela que o Código civil adota como já foi discutido acima. (M. C.Zainaghi, 2007, p.51).

CAPITULO IV

4. TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

Para que se possa identificar a proteção adequada que se encaixa ao nascituro é preciso que se entenda a disciplina jurídica das pessoas que são adotadas pela CF/88 juntamente com o Código Civil, como sujeitos de direitos e obrigações. Para fácil compreensão sobre esse assunto a direito privado criou três categorias de sujeitos de direitos, a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual.

A pessoa natural é todo ser humano dotado de direitos e obrigações, nascituro é aquele que ainda esta por vir, e prole eventual se trata dos filhos ainda não concebidos.

Essa distinção foi feita para que fiquem mais claros e evidentes quais são os direitos salvaguardados do nascituro.

4.2 O NASCITURO PERANTE LEGISLAÇÃO VIGENTE

Não há duvidas que o nascituro assim como seus direitos esteja protegido pela legislação, não só pela Carta Magna, e pelo código Civil, e Legislações esparsas. Recentemente foi aprovado o Estatuto do Nascituro.

A Constituição Federal em seu art.5º caput, prevê:

“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:”

Logo “com a interpretação da expressão ‘ todos são iguais perante a lei”, “e” todos tem direito a vida”.

O nascituro também se encaixa nesse parâmetro, pois mesmo no ventre da mãe já é um ser vivo.

Observando no § 1º, artigo 227 da Carta magna de 1988, descreve que:

“O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I- Aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II- Criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

Com isso entendemos com facilidade que é dever do Estado preservar a Vida, a saúde física e mental da criança até mesmo aquela que esta por vir ao mundo como é o caso do nascituro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no título II que trata Dos Direitos Fundamentais, capítulo I Do Direito à Vida e à saúde no artigo 7º dispõe:

“A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O mesmo diploma legal no art.2º prevê: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único: Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.”

Em análise dos referidos artigos vemos que, o nascituro se encaixa no conceito de criança já que o mesmo já foi concebido mais ainda no ventre materno, não deixa de ter direito à vida e também à saúde.

Os seguintes artigos entram em sintonia com o art.5º da Carta Magna, do que prevê a respeito de dignidade e direito a vida.

Art. 3º Estatuto da Criança e do Adolescente, descreve:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Art. 4º Estatuto da Criança e do Adolescente:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Para a proteção da criança, onde também o nascituro se configura, foi criada a Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O Código Civil em seu art. 2º dispõe: “Art.2º CC. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mais a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Ainda No Código Civil em seus artigos 542,1. 779, 1.798, e 1.799, I, Prevêem que:

Art.542. A adoção feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo representante legal.

Art.1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

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

Art.1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

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

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

II – as pessoas jurídicas;

III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob forma de fundação.

Diante de todos esses textos legais obsta que o nascituro seja sim protegido pela legislação vigente, não podendo, portanto ser jogado a própria sorte, e não podendo também a mãe, tutor, ou curador, fazerem qualquer mal a ele, com ou sem motivos possíveis.

Recentemente foi aprovado o Estatuto do Nascituro, votado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados em Brasília, este que tramita com o nome de PL 478/2007, sem duvidas será um grande marco na história do País em proteção à vida, este projeto foi votado no dia 20 de maio de 2010 para a discussão e votação na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara.

Sua apresentação oficial foi no ano de 2005, por iniciativa do Governo Lula, este que reconhece o direito à vida desde o momento da concepção, e elenca todos os direitos essenciais à criança por nascer, tornando assim integral a proteção ao nascituro até mesmo no que diz respeito a sua tão polemica personalidade.

Pode-se verificar também a proteção ao nascituro expressos no Código de Processo Civil nos artigos 878, caput e parágrafo único, este que estabelece a curatela, e

artigo 877 que trata da posse em nome do nascituro. Como já citado acima, o nascituro tem proteção garantida por legislações esparsas entre elas também a jurisprudência do tocante à alimentos e ações de indenização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho tivemos como objetivo esclarecer alguns dos pontos obscuros sobre o assunto, assim como pesquisar sobre algumas lacunas de nossa legislação.

Não deixando de passar por um importante marco histórico no Brasil, onde se consagrou a Constituição Federal de 1.988, assim como o surgimento nas Nações Unidas, órgão importante que trata basicamente sobre os Direitos Humanos, não menos importantes também nesta época foi criada a Declaração Universal dos Direitos Homem.

Dentro de todo o contexto tivemos uma breve passagem sobre direitos e garantias constitucionais, Rui Barbosa foi pioneiro em fazer esta distinção, que Lenza define na mesma linha de pensamento da seguinte forma, Direitos são bens e vantagens definidas em norma constitucional, Garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos referidos direitos.

Diante de toda a pesquisa, tivemos uma breve pesquisa sobre os alimentos gravídicos, buscando não esgotar sobre o assunto.

Em uma rápida consideração sobre as células embrionárias, destacamos que não foi tema principal do presente trabalho. Estas que são provenientes de embriões, que para que ele se forme, e extraído cirurgicamente o óvulo da mulher e em laboratório é fertilizado com espermatozoide do homem.

Buscamos considerações constitucionais, onde esta prevista a maior proteção ao nascituro, ou seja, a dignidade da pessoa humana, onde preserva antes de qualquer coisa o direito a vida e preservação desta quando já instalada na parede uterina.

Conforme legislação vigente, entre as três teorias abordadas a adotada por nossa legislação foi a Natalista, que defende os direitos do nascituro se o nascimento for com vida, mas põe a salvo desde de sua concepção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Wesley Souza de. **A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano**, Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos909/a-tutela-juridica/a-tutela-juridica2.shtml>. Acesso em 31/07/2010.

BONAVIDES, Paulo, **curso de Direito Constitucional**, 2ª edição.

CARVALHO, Fernanda Santos. **A PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO FACE À POLÊMICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTES**, 2009. 50 P. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA/Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA.

CORREA Elidia Aparecida de Andrade, GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo **Biodireito e Dignidade da pessoa Humana**. 1 edição 2003.

DINIZ, Maria Helena, **O estado do Biodireito**. 6ª edição, 2009

FILHO, Rodolfo Pamplona e ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**, Disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edicao_maio2007/docente/doc1.doc. Acesso em 31/07/2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 12ª edição, Editora Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**, 2ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo editora Max Limonad, 2003.

PUSSI, Arthur Willian. **Personalidade Jurídica do Nascituro**, 2ª edição revista e atualizada, Editora Juruá, 2008.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 3ª edição revista e atualizada, Editora Livraria do Advogado, 2010.

ZAINAGHI, Maria Cristina. **Os meios de defesa dos direitos do nascituro**. São Paulo, editora LTR, 2007.

Anexo

PROJETO DE LEI No , DE 2007.

(Dos Srsº Luiz Bassuma e Miguel Martini)

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Das disposições preliminares

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

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

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

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

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

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

Dos direitos fundamentais

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

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

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

Art. 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extra-uterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Art. 14 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial.

Art. 16 Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

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

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curadores ao nascituro.

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

Dos crimes em espécie

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para a que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Disposições finais

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 124.....

.....
Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).

“Art. 125.....

.....
Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).

“Art. 126.....

.....
Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)”.
Art. 31 O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos),

passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art. 1º

.....
VIII – aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.
Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua

publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

Em 25 de março de 2004, o Senado dos Estados Unidos da América aprovou um projeto de lei que concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime. No dia 1º de abril, o presidente George W. Bush sancionou a lei, chamada “*Unborn Victims of Violence Act*” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência). De agora em diante, pelo direito norte-americano, se alguém causar morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, responderá criminalmente pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante.

Na Itália, em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão.

Não seria má idéia se o Brasil, seguindo esses bons exemplos, promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme determinou o *Pacto de São José de Costa Rica*, assinado por nosso País. Eis uma

proposta de “Estatuto do Nascituro”, que oferecemos aos Colegas Parlamentares. Se aprovada e sancionada, poderá tornar-se um marco histórico em nossa legislação.

O presente projeto de lei, chamado “Estatuto do Nascituro”, elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a *expectativa de direitos*, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos. Vários desses direitos, já previstos em leis esparsas, foram compilados no presente Estatuto. Por exemplo, o direito de o nascituro receber doação (art. 542, Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, 1 Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades.

Outra inovação do presente Estatuto refere-se à parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto (que até hoje só é punível a título do dolo), o crime (que hoje é simples contravenção penal) de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, elencam-se vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos.

Fazemos questão de transcrever o trecho de um recente artigo publicado na revista jurídica *Consullex*, de autoria da ilustre promotora de justiça do Tribunal do Júri do Distrito Federal, Dra. Maria José Miranda Pereira:

“Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime nefando. Por incoerência de nosso ordenamento jurídico, o aborto não está incluído entre os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), quando deveria ser o primeiro deles.

Embora o aborto seja o mais covarde de todos os assassinatos, é apenas tão brandamente que acaba enquadrando-se entre os crimes de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais 9.099/95). noto, com tristeza, o desvalor pela vida da criança por nascer.

Os métodos empregados usualmente em um aborto não podem ser comentados durante uma refeição. O bebê é esquarterado (aborto por curetagem), aspirado em

pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessário ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos. Se tais procedimentos fossem empregados para matar uma criança já nascida, sem dúvida o crime seria homicídio qualificado. Por um inexplicável preconceito de lugar, se tais atrocidades são cometidas dentro do útero (e não fora dele) o delito é de segunda ou terceira categoria, um “crime de bagatela”. O nobre deputado Givaldo Carimbão teve a ideia de incluir o aborto entre os crimes hediondos. Tal sugestão é acolhida no presente Estatuto. É verdade que as penas continuarão sendo suaves para um crime tão bárbaro, mas haverá um avanço significativo em nossa legislação penal. O melhor de tudo é que, reconhecido o aborto como crime hediondo, não será mais possível suspender o processo, como hoje habitualmente se faz, submetendo o criminoso a restrições simbólicas, tais como: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades etc. (cf Lei 9.099/95, art. 89).

Por ser um projeto inovador, que trata sistematicamente de um assunto nunca tratado em outra lei, peço uma atenção especial aos nobres pares. Seria tremenda injustiça se esta proposição tramitasse em conjunto com tantas outras, que tratam apenas de pequenas parcelas do tema que aqui se propõe.

Esperamos que esta Casa de Leis se empenhe o quanto antes em aprovar este Estatuto, para alegria das crianças por nascer e para orgulho desta nação, bem como para a alegria do ex-deputado Osmânio Pereira que pediu-nos para que novamente o colocasse em tramitação nesta nova legislatura.

Sala das Sessões, em ____ de _____ de 2007.

Deputado Luiz Bassuma Deputado Miguel Martini
PT/BA PHS/MG