



DIREITOS DO NASCITURO: A (IN)VIABILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO NASCITURO QUANTO À POSSÍVEIS SEQUELAS ORIUNDAS DO USO DE DROGADIÇÃO NA GESTAÇÃO.

Franciele Gomes Overbeck¹

Astrid Heringer²

RESUMO:

O presente estudo tem por finalidade abordar o tema referente aos direitos do nascituro, bem como quando se dá o início da vida humana, momento no qual passariam a possuir direitos. De acordo com o Código Civil/2002, art. 2º, a personalidade civil começa no nascimento com vida, sendo que a lei põe a salvo, os direitos do nascituro, desde sua concepção. Partindo deste pressuposto, explora-se um tema mundialmente conhecido e que cada vez mais tem chamado a atenção não só para a área da saúde pública, como também da área jurídica, o chamado “bebê de nicotina”. A partir de pesquisas serão analisadas quais as consequências do uso do tabaco durante a gestação para o feto e também para a criança após o seu nascimento. No que tange aos direitos da criança gerada, analisa-se a possibilidade de responsabilidade civil da mãe pelos efeitos que poderão resultar, em razão de sua conduta.

Palavras-chave: Biodireito. Direitos do nascituro. Responsabilidade civil da genitora. Bebê de nicotina.

INTRODUÇÃO

Embora o ordenamento jurídico garanta a todos os seres humanos direitos relacionados à vida (personalidade), atualmente ainda muito se debate quanto ao momento exato em que se passa a adquiri-los, ou seja, quando será considerada pessoa natural (ou pessoa física).

A Bíblia Sagrada, no livro de Salmos, em seu capítulo 139 e versículo 16, parte a, informa que: “Os teus olhos viram o meu corpo ainda informe”.³ Com base neste trecho bíblico, no entendimento cristão, para Deus já somos (re)conhecidos por ele desde a concepção, sendo assim, o embrião já possui vida.

No aspecto legal, dispõe o art. 2º do Código Civil de 2002 que “A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Note-se que a lei, apesar de não considerar a concepção para fins da

¹ Acadêmica do VI semestre do Curso de Direito da URI, campus Santiago, RS.

² Orientadora. Professora do curso de Direito da URI, campus de Santiago, RS.

³ AURÉLIO, dicionário. Significado da palavra informe: adj. Sem forma determinada: massa informe. Disponível em: <http://www.dicionarioaurelio.com/Informe.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.



personalidade civil, quanto aos direitos patrimoniais e obrigacionais, uma vez que estes serão assegurados somente no caso de nascimento com vida, protege os direitos do nascituro quanto a outros aspectos, desde a sua concepção.⁴

Primeiramente faz-se mister compreender, segundo a ciência, quando se dá início à vida, ou seja, em que fase de desenvolvimento é considerada, para que passe à condição de nascituro e a ter direitos à tutela jurídica. A partir deste ponto é que daremos início ao trabalho, destacando os entendimentos da jurisprudência, da doutrina e da lei. Vale ressaltar que existem diversos prismas sobre o tema e, portanto, este não se esgota por aqui.

1 INÍCIO DA VIDA HUMANA

Podem-se dividir as fases do desenvolvimento humano em três estágios. O primeiro é o estágio germinal de desenvolvimento que dura aproximadamente até a segunda semana. Nela acontece a divisão da célula inicial e, logo após, a movimentação destas células até se abrigarem às paredes do útero. O segundo estágio é o embrionário, onde ocorre a formação dos principais sistemas e órgãos e o aperfeiçoamento das estruturas. Seu período começa a partir da segunda semana e se estende até o fim da oitava semana, aproximadamente. Por fim, o terceiro estágio é o chamado estágio fetal em que ocorre o crescimento, mudanças na estrutura do corpo e o aprimoramento dos órgãos e sistemas.⁵

A personalidade jurídica é uma característica inerente a todo ser humano, embora se concretize somente a partir do nascimento com vida. Para a Teoria Geral do Direito Civil, a personalidade jurídica, nas palavras de Pablo S. Gagliano e Rodolfo P. Filho: “é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed., ver., aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149\150.

AGRAVO INTERNO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS ANTERIOR AO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. DIREITOS DO NASCITURO A SEREM ASSEGURADOS. Ainda que tenha nascido em data posterior ao ato, o agravado tem seus direitos assegurados por lei, na condição de nascituro, na forma do artigo 2º do CCB. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70057748634, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/12/2013) (TJ-RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 18/12/2013, Sétima Câmara Cível).

Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113554013/agravo-agv-70057748634-rs/inteiro-teor-113554023>. Acesso em: 30 set. 14

⁵ MENEZES, Pablo de Godoy. *EFDeportes.com, Revista Digital. Buenos Aires, Año 18, Nº 187, Diciembre de 2013*. Disponível em: <http://www.efdeportes.com/efd187/o-desenvolvimento-na-vida-intrauterina.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.



necessário para ser sujeito de direito.”⁶ Mas a questão é: Será que os direitos e obrigações deste indivíduo só se concretizarão a partir do seu nascimento com vida ou poderia ele usufruir desta capacidade antes mesmo do nascimento?

Conforme já abordado nas considerações iniciais, percebe-se que a partir do posicionamento religioso e também do ordenamento jurídico, existem alguns direitos que são assegurados ao nascituro, desde a sua concepção. No que tange ao direito dos nascituros, existem três teorias, cada qual adotada por diversos doutrinadores, revelando assim as divergências existentes sobre o tema. São elas: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista⁷.

Neste estudo se detém apenas à última teoria, a concepcionista, uma vez que é a adotada no Brasil, entre doutrinadores e, por consequência, apresenta seus reflexos na maior parte da jurisprudência, por ser a que consegue melhor explicar a pessoa natural e os direitos que esta adquire. Para esta teoria o nascituro é pessoa humana, enquanto está sendo gerado na barriga da mãe, sendo seus direitos assegurados pelo Código Civil de 2002 e ganhando força pela Lei de Biossegurança, n. 11.105/05.⁸

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**, vol. 1: parte geral – 15. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

⁷ Para obter um conhecimento mais aprofundado a cerca da teoria natalista e a da personalidade condicional, consultar a obra de GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**, vol. 1: parte geral – 15. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.131.

⁸ FÉO, Christina. **Artigo: Um estatuto para o embrião humano**. Revista - Centro Universitário São Camilo - 2010;4(3):274-284. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/78/Art03.pdf>.
MANSANO, Josyane. **Artigo: Direitos do Nascituro**. Revista espaço acadêmico – nº 121 – Junho de 2011. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12442/7066>. Acesso em: 18 jul. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. Op. Cit., p. 131 e 132.

A Lei de Biossegurança n. 11.105/05 trata o estudo em células-tronco embrionárias, conforme segue:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.



Diante disso, entende-se que nascituro, segundo o dicionário Aurélio: “adj. e s.m.: Que ou aquele que há de nascer. / Direito Diz-se do, ou o produto da concepção, antes de vir à luz.⁹ Ou seja, corresponde as fases intrauterina que antecedem o nascimento, sendo assim, o embrião humano, estando em desenvolvimento no útero materno, seria sim detentor da tutela jurídica.

1.1 Direitos do embrião e do nascituro

Uma vez que o ordenamento jurídico assegura os direitos do nascituro desde a concepção, entende-se que o embrião, por corresponder a uma das fases do nascituro, receberá o mesmo tratamento quanto aos direitos, pois é considerado uma vida, conforme trata o professor e jurista Lombardi Vallauri:

Deve estender-se ao embrião os mesmos cuidados que com os adultos e crianças [...]. Nunca pode ser usado como meio para outro fim. Deve ser proibida cada intervenção sobre os embriões que possa causar algum dano. Precisa-se voltar para o princípio de veneração e ter a capacidade de experimentar alguma maravilha com essa existência humana pequenina, misteriosa, invisível mas sempre grande e importante. Precisa-se reformular considerações ontológicas: o embrião é homem em ato porque o seu patrimônio genético já está completo. Somente a proteção jurídica não é suficiente porque o embrião ainda é invisível; por isso precisa-se do princípio da contemplação. É a contemplação que faz visível o invisível. Hoje precisamos de um direito que esteja enraizado na contemplação; nós juristas estamos chamados a construir uma sociedade capaz de contemplar.¹⁰

Contudo, este não é um pensamento geral, visto que existem autores¹¹ que não consideram os direitos do embrião, até por não existir uma legislação própria que trate do caso específico. Entretanto, é válido ressaltar que já existe um Projeto de Lei (PL 478/07), chamado Estatuto do Nascituro, já aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação e também pela Comissão de Seguridade Social e Família, aguardando e dependendo da aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.¹²

⁹ AURÉLIO, Dicionário. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/Nascituro.html> . Acesso em: 19 set. 2014.

¹⁰ VALLAURI, Lombardi apud AFFONSO. Fernanda Mano. **Artigo: Direito do nascituro e do embrião** em 14 fev 2014. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8272/Direitos-do-nascituro-e-do-embriao>. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹¹ Os autores seguem a Teoria Natalista, na qual não considera o nascituro como pessoa, não possuindo, portanto, direitos. São eles: Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Sílvio de Salvo Venosa.

¹² MACEDO, Ana Raquel. **Estatuto do Nascituro é aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/444095->



A interpretação da autora Maria Helena Diniz também é a favor dos direitos do embrião, conforme aduz:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontrava em estado potencial.¹³

Portanto, seguindo o entendimento da autora, no que diz respeito à vida intra-uterina, é preciso que se tenha, incontestavelmente, respeito pela vida e a integridade (mental e física) dos embriões pré-implantatórios ou dos nascituros. Logo, importa-nos saber quais são estes direitos. Entretanto, não trataremos de todos no presente momento, faremos o apontamento de apenas alguns, nos quais se torna possível a indenização por danos morais de qualquer lesão que possa resultar.

O primeiro destes direitos é o diagnóstico pré-natal, pois é através de exames realizados durante o pré-natal que se torna possível evitar futuros danos e defeitos oriundos da má formação do feto. Portanto, sendo omissos este diagnóstico ou ainda, utilizado, porém, resultando em algum dano, poderá gerar a responsabilidade civil médica. Neste sentido, a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SÍNDROME DE BANDA AMNIÓTICA. AMPUTAÇÃO DOS MEMBROS SUPERIORES E INFERIORES E POSTERIOR ÓBITO DE NASCITURO. FATO TÉCNICO CONTROVERTIDO. PROVA PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. Hipótese em que a controvérsia reside em se saber se as malformações ocorridas na filha dos autores decorreram da denominada Síndrome de Banda Amniótica, tese trazida com a contestação da codemandada; se podiam ser detectadas essas malformações ou não por ocasião do exame realizado pela codemandada, bem como se houve erro de diagnóstico por parte da obstetra, agente pública, que atendeu a gestante, ou até mesmo imperícia por não solicitar nenhum outro exame complementar após as vinte e sete semanas no nascituro e, ainda, se essas malformações foram a causa ou não do óbito da criança. Não se pode olvidar que se trata de responsabilidade objetiva, seja em

ESTATUTO-DO-NASCITURO-E-APROVADO-PELA-COMISSAO-DE-FINANCAS-E-TRIBUTACAO.html.
Acessado em: 09 out 2014.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. Ver., aum. E atual de acordo com o Código de Ética Médica – São Paulo: Saraiva, 2014, p.149-150.



relação ao Município (art. 37, § 6º, CF), seja em relação à clínica codemandada (art. 14, CDC), assim como de que já existia exame anterior sinalizando para eventual problema nos membros superiores da menor, o que veio a se confirmar com o seu nascimento, fato que recomendaria, no mínimo, maior diligência tanto pelo médico que fazia o pré-natal, como pelo profissional que realizou a posterior ecografia. Com efeito, os fatos aqui controvertidos são técnicos e, para tanto, dependem necessariamente de perícia indireta, o que sequer pode ser suprido por eventual prova oral, ou apenas documentos. DE OFÍCIO, DESCONSTITUÍDA A SENTENÇA. PREJUDICADO O EXAME DO APELO. (Apelação Cível Nº 70055757629, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 18/12/2013)

(TJ-RS - AC: 70055757629 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 18/12/2013, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014)¹⁴

Fica evidente, a partir da decisão do TJ-RS, que é reconhecido o direito do nascituro em função da falha médica. Entretanto, para que se confirme no caso concreto, é necessário que haja prova pericial indireta¹⁵ e não apenas oral ou documental.

O segundo direito assegurado ao nascituro é o direito à indenização por morte de seu pai. O nascituro tem seu direito assegurado neste caso, em função de futuras complicações psicológicas, quando nascido com vida, pelo sentimento de não o ter conhecido. A ementa jurisprudencial seguinte demonstra o direito do nascituro à indenização pela morte do pai:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.

¹⁴ JUSBRASIL. TJ-RS - Apelação Cível: AC 70055757629 RS. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113504765/apelacao-civel-ac-70055757629-rs>. Acesso em: 03 out. 2014.

¹⁵ Segundo o autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves, as provas se classificam quanto ao objeto em diretas e indiretas. As indiretas são aquelas que não mostram diretamente o fato que deve ser provado, mas sim um segundo fato a ele ligado, chegando-se a conclusão desejada através de induções ou raciocínios. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil esquematizado; coordenador Pedro Lenza – 4. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2014, p. 371.



(STJ - REsp: 399028 SP 2001/0147319-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 26/02/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/04/2002 p. 232 RSTJ vol. 161 p. 395 RT vol. 803 p. 193).¹⁶

É reconhecido pela turma do STJ o direito ao dano moral, por parte do nascituro, embora tenha se passado tanto tempo desde o ocorrido, e este não tenha sofrido no momento do acontecimento. Entendeu-se que o decurso do tempo não afetou o direito do nascituro que continua assegurado, tendo consequências apenas no valor estipulado para a indenização.

Assegura-se ao nascituro a proibição de sua comercialização, conforme explicita o capítulo VII da Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.013\13, em relação à gestação de substituição, dizendo que “a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”¹⁷, depreendendo-se que toda e qualquer forma de comercialização é inviável.

O nascituro ainda tem direito à honra, direito à imagem, direito ao pai ou a paternidade certa. Pode ser adotado, reconhecido pelo seu genitor, porém, caso não seja reconhecido, tem direito à investigação de paternidade, sendo representada por sua mãe, ou por curador se for o caso.

Já recorrente em nossos tribunais é o reconhecimento ao nascituro do direito a alimentos gravídicos, conforme Lei n. 11.804/2008, para a efetiva assistência pré-natal. Assegura uma gestação saudável, ao que corresponde a integridade física e à vida do nascituro. Deverá este ser custeado pelo futuro pai, sendo necessária a prova da paternidade para os devidos fins.

A decisão abaixo sinaliza o reconhecimento deste direito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA LIMINAR. É de rigor que o juízo corra algum risco quando se está em sede de provimento liminar de alimentos gravídicos. Nos casos em que se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia, sem o fito de, antecipadamente, fazer a defesa da parte ré, alegadamente, devedora

¹⁶ **JUSBRASIL. STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 399028 SP 2001/0147319-0.** Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7808512/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0-stj>. Acesso em: 03 out 2014.

¹⁷ **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013.** Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23788:resolucao-de-reproducao-assistida-&catid=3. Acesso em: 09 out. 2014.



de alimentos. Não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos que visam ao bom desenvolvimento do feto e que demandam certos gastos. Por isso, no impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um dever provisório e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da fragilidade da prova acerca da paternidade, é cabível a fixação dos alimentos provisórios. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70058933417, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/04/2014)

(TJ-RS - AI: 70058933417 RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 24/04/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/04/2014).¹⁸

A jurisprudência tem entendido e, na maioria das vezes, dado provimento as ações que tem por fundamento os alimentos gravídicos, reconhecendo que é direito do nascituro, que será utilizado pela mãe no período da gestação, para despesas hospitalares, com exames, medicamentos, terapias, etc.. Nota-se que a partir do nascimento com vida do feto, este direito deverá transformar-se em pensão alimentícia.

Constitui-se em direito do nascituro o recebimento de bens por doação ou herança, com base nos arts. 542 e 1.798, CC, respectivamente. O posicionamento do autor Pontes de Miranda, citado por Maria Helena Diniz, é de que o nascituro possui sim direito tanto a receber bens por doação, como também por herança, todavia o direito de propriedade irá incorporar-se ao seu patrimônio somente se vier a nascer com vida, mesmo que por ventura venha a óbito logo em seguida, circunstância na qual os bens serão transmitidos aos seus sucessores. Na hipótese de nascer morto, ambos os direitos caducarão.¹⁹

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO. DOAÇÃO INOFICIOSA. NULIDADE DA DOAÇÃO NA PARTE QUE EXCEDEU O PATRIMÔNIO DISPONÍVEL. Inexistindo provas de que o imóvel em questão é fruto de permuta com bem de propriedade exclusiva da genitora do demandado e que foi registrado em nome do pai dos litigantes e doado ao requerido, com reserva de usufruto ao doador, restou demonstrado o prejuízo do filho autor. A doação não pode exceder o patrimônio disponível do doador quando existirem herdeiros necessários, sob pena de nulidade.

¹⁸ JUSBRASIL. TJ-RS - Agravado de Instrumento: AI 70058933417 RS. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117927601/agravo-de-instrumento-ai-70058933417-rs>. Acesso em: 03 out 2014.

¹⁹ Ibidem, p. 156, 159, 163-166.



Necessidade de preservação da legítima, nos termos dos arts. 1.721 e 1.176 do Código Civil de 1916, aplicável ao caso.

(TJ-RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 08/06/2011, Sétima Câmara Cível).²⁰

Neste caso o tribunal nega recurso, visto que a doação excedeu o limite estipulado em lei, sendo necessária a anulação somente da parte que excedeu o patrimônio disponível, chamada doação inoficiosa, de modo que não prejudique o direito adquirido do nascituro.

Por fim, um direito, ainda pouco suscitado, é o decorrente do uso de substâncias lícitas ou ilícitas que possam prejudicar o desenvolvimento do feto e também trazer consequências danosas à sua saúde física ou psicológica no futuro. A doutrina e a legislação estrangeira tem aventado esta possibilidade pelo uso de nicotina, álcool e demais drogas ilícitas. A gestante que fuma habitualmente, em função dos tóxicos existentes, poderá afetar os seus pulmões que, conseqüentemente, chegando ao sangue e, através da placenta, alcançarão o feto, resultando no chamado “bebê da nicotina” e provocando diversos efeitos contrários na saúde e na integridade física deste.

Discorre-se sobre este tema no item seguinte, revelando quais são os riscos para a criança, as consequências deste e os direitos assegurados ao feto, bem como a criança após seu nascimento.

2. BEBÊ DE NICOTINA E A POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DA MÃE PELOS DANOS CAUSADOS

Tabaco é uma planta, cujo nome científico é *Nicotiana tabacum*, na qual tem presente 4.700 substâncias tóxicas, dentre elas: metais pesados, benzopireno, monóxido de carbono, amônia, níquel e arsênio, nicotina, entre outras. A nicotina, uma das principais causadoras do vício, é altamente cancerígena.²¹

O tabaco pode ser utilizado de diversas formas, a mais comum é por meio de inalação do cigarro.

²⁰ **JUSBRASIL. TJ-RS - Apelação Cível : AC 70039943048 RS.** Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19814284/apelacao-civel-ac-70039943048-rs/inteiro-teor-19814285>. Acesso em 30 set. 14.

²¹ **SILVA, Ivana.** Tabagismo – O mal da destruição em massa. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/tabagismo.htm>. Acessado em 09 out 2014.



Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima-se que aproximadamente 1/3 da população mundial sejam fumantes, ou seja, aproximadamente 1 bilhão e 200 milhões de pessoas (das quais 200 milhões são mulheres), sendo uma das principais causas de doenças e morte, de acordo com pesquisas o uso do tabaco e também a exposição à fumaça do cigarro estão relacionados a mais ou menos 443.000 mortes prematuras.²²

Sabe-se que o tabagismo é o grande vilão na vida dos indivíduos que o utilizam, causando inúmeras doenças e como viu-se, até mesmo levando à morte. Mas, e quanto às mulheres que continuam a fumar ou utilizar outros tipos de drogadição durante a gestação? É através da mãe que o feto tem seu sustento, recebendo seu alimento e, desta maneira, seria atingido diretamente pelo hábito nefasto da mãe.

Logo, em ação judicial, deverão ser analisados os efeitos mais relevantes que resultam em prejuízos ao organismo do feto e também à criança, a partir do seu nascimento. É o que se verificou em ação judicial na corte britânica em que uma menina de 6 anos, representada pelo Conselho Tutelar, procura responsabilizar a mãe pelo fato desta ter consumido álcool durante a gestação. Na ação pede-se a condenação por ato de violência e, portanto, responsabilização criminal da mãe e indenização pelos danos ocasionados à criança em decorrência do uso do álcool. A menina, nascida em 10 de junho de 2007, foi diagnosticada com a síndrome alcoólica fetal, cujas consequências são a má formação da face, danos nos rins e pulmões e sequelas cerebrais permanentes.²³

A decisão a ser tomada deve gerar um novo passo em relação à responsabilização da conduta dos pais em relação aos filhos, mesmo durante a vida intrauterina. As duas decisões proferidas, no entanto, oscilaram em relação a esta possível condenação, sempre levando em conta se o feto pode ou não ser alcançado pelo status jurídico de pessoa:

A discussão principal gira em torno de estabelecer se um feto pode ser considerado uma pessoa e, portanto, ser vítima de violência. Na primeira instância, o juiz considerou que sim e enquadrou o caso no crime de envenenamento. Mas, para o tribunal de segunda instância, a jurisprudência no país é clara no sentido de que feto não é indivíduo e não pode ser vítima de crime. Por esse entendimento, a menor

²² MINHA VIDA. **Tabagismo**. Disponível em: <http://www.minhavidacom.br/saude/temas/tabagismo>. Acessado em 09 out 2014.

NUNES, Sandra O. Vargas; CASTRO, Márcia R. Pizzo de; CASTRO, Mário S. Azenha. **Tabagismo, comorbidades e danos à saúde**. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/sj9xk/pdf/nunes-9788572166751-01.pdf>. Acessado em: 09 out 2014.

²³ PINHEIRO, Aline. Corte inglesa julga se é crime beber durante a gravidez. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-05/justica-inglaterra-decidir-beber-durante-gravidez-crime>. Acesso em: 09 out. 2014.



só teria direito à indenização se tivesse sofrido algum dano após o seu nascimento, e não antes disso.²⁴

Daí decorre a conclusão de que os genitores que não observam o princípio da dignidade humana daquele que está por nascer, não exercem uma paternidade responsável, tendo em vista que o comportamento que adotam é absolutamente em desacordo com violador dos direitos da criança.

A UNICEF, em 1959, na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, elencou os direitos da criança, e dentre eles estão o de não ser discriminada e o de ser criada em um ambiente digno, que promova sua saúde física, mental, psicológica e intelectual. A criança também deverá receber a proteção contra quaisquer formas de negligência, abandono, crueldade e exploração²⁵.

Levando em conta que a responsabilidade civil envolve a obrigação de não causar dano ou lesão ao outro, o fato da mãe gerar um filho sem que sejam respeitados os direitos da criança, importa em provável responsabilização. A criança que foi gerada tendo sido desrespeitado o seu direito de livre desenvolvimento, sem preocupação quanto às possíveis sequelas que o uso de drogas, do álcool ou do cigarro, tem a seu favor o direito de reivindicar direito de indenização por todo o mal gerado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora haja divergências doutrinárias, existem normas jurídicas que abrangem os direitos do embrião, como nascituro, dando garantia a estes, obviamente que alguns destes direitos são apenas assegurados, pois só poderão ser concretizados a partir do nascimento com vida. Entretanto, nota-se que seria de suma importância a existência de um estatuto mais específico quanto aos direitos do embrião, sendo ele *in vitro* ou *in utero*, pois por falta deste muitos direitos estão sendo violados.

Ressalta-se que em função do reconhecimento do direito à vida desde o momento da concepção, acarreta na proibição do aborto, ressalvados casos específicos, traz consequências na esfera penal, sendo tratado como crime.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ ROSA, Leticia Carla Baptista; MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso em: 09 out. 2014.



Hoje os direitos do nascituro são amplamente reconhecidos pela lei pátria como também pela jurisprudência nacional e internacional. Dentre estes direitos está o direito à vida, à herança, a proibição à comercialização, direito à imagem, a honra, ao reconhecimento da paternidade e aos alimentos gravídicos, dentre outros. Há, porém, uma outra seara de direitos que passam a ser suscitados, que dizem respeito à violação do embrião pelo consumo, especialmente pela mão, de álcool, drogas e a nicotina. Embora ainda sejam raras estas abordagens, o reconhecimento do direito à indenização pelos danos causados ao saudável desenvolvimento à criança tendem a ser melhor investigados nos tribunais pátrios. É indiscutível que o consumo de qualquer droga traga consequências nefastas à criança, bem como limitações ao seu pleno desenvolvimento no futuro. Por fim, ressalte-se, a dignidade do ser humano tem o seu desenvolvimento muito precocemente e, assim, qualquer ameaça a esta deve ser objeto de reparação e de punição por aquele que deu causa.

REFERÊNCIAS

BARSOSA, Heloisa Helena. **Proteção jurídica do embrião**. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>. Acesso em 14 set. 2014.

CHAVENCO, Arlete Aparecida e OLIVEIRA, José Sebastião de. **Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade**. Disponível em: <file:///C:/Users/Fran/Downloads/2541-9526-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. Ver., aum. E atual de acordo com o Código de Ética Médica – São Paulo: Saraiva, 2014.

FÉO, Christina. **Um estatuto para o embrião humano**. Revista - Centro Universitário São Camilo - 2010;4(3):274-284. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/78/Art03.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**, vol. 1: parte geral – 15. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**; coordenador Pedro Lenza – 4. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Ana Raquel. **Estatuto do Nascituro é aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/444095-ESTATUTO-DO-NASCITURO-E-APROVADO-PELA-COMISSAO-DE-FINANÇAS-E-TRIBUTACAO.html>. Acesso em: 09 out 2014.



MANSANO, Josyane. **Artigo: Direitos do Nascituro**. Revista espaço acadêmico – nº 121 – Junho de 2011. Disponível em:
<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12442/7066>.
Acesso em: 13 set. 2014.

MENEZES, Pablo de Godoy. **EFDeportes.com, Revista Digital. Buenos Aires, Año 18, Nº 187, Diciembre de 2013**. Disponível em: <http://www.efdeportes.com/efd187/o-desenvolvimento-na-vida-intrauterina.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

MINHA VIDA. **Tabagismo**. Disponível em:
<http://www.minhavidacom.br/saude/temas/tabagismo>. Acesso em: 09 out. 2014.

NUNES, Sandra O. Vargas; CASTRO, Márcia R. Pizzo de; CASTRO, Mário S. Azenha. **TABAGISMO, COMORBIDADES E DANOS À SAÚDE**. Disponível em:
<http://books.scielo.org/id/sj9xk/pdf/nunes-9788572166751-01.pdf>. Acesso em: 09 out 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Nascituro: Tutela Jurídica à Luz da Constituição Federal**. Disponível em:
http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_D_A_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx. Acesso em: 09 out. 2014.

PLANALTO, **Presidência da República Casa Civil. Lei de Biossegurança n. 11.105/2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 08 out. 2014.

ROSA, Letícia Carla Baptista; MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso em: 09 out. 2014.

SILVA, Ivana. Tabagismo – O mal da destruição em massa. Disponível em:
<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/tabagismo.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

TARTUCE, Flávio. **A respeito do nascituro, em que consiste a teoria natalista?** Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820134/a-respeito-do-nascituro-em-que-consiste-a-teoria-natalista>. Acesso em: 08 out. 2014.

TOMASZEWSKI, A. A.; LIMA, R. S.; **Início da personalidade jurídica dos embriões fecundados in vitro**. Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 8, n. 2, p. 205-217, jul./dez., 2005. Disponível em:
<http://revistas.unipar.br/juridica/article/view/1352/1204>. Acesso em: 07 ago. 2014.