

O NASCITURO E O DIREITO À SAÚDE

SILMA MENDES BERTI*

SUMÁRIO: 1 – Início da personalidade da pessoa natural. 2 – Do princípio da dignidade humana. 3 – Direitos do nascituro. 4 – O direito à saúde. 5 – O reconhecimento jurisprudencial do direito do nascituro à saúde.

RESUMO

O presente artigo trata do direito à saúde do nascituro no Direito Brasileiro. Sobre o início da personalidade da pessoa natural, apoiando-se numa perspectiva concepcionista – cujos pressupostos aproximam-se dos ideais de um Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade humana –, o artigo pretende demonstrar que o nascituro é titular de direitos relacionados à preservação de sua vida e de sua integridade física, bem como de outros direitos civis compatíveis com a sua condição.

palavras-chave: nascituro; direito; saúde; vida; dignidade

ABSTRACT

The present article approaches the rights of the unborn under Brazilian Law. By adopting a conceptionist perspective about the

* Professora Adjunta e Vice-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

beginning of natural persons' personality – in line with the ideals of the Democratic State of Law which values human dignity – this article intends to demonstrate that the unborn are entitled to legal rights related to the preservation of their lives and physical integrity, as well as to other civil rights compatible with their condition.

Key-words: unborn; right; health; life; dignity

O nascituro e o direito à saúde

1 – Início da personalidade da pessoa natural

Em relação ao início da personalidade da pessoa natural, formularam-se duas teorias principais: a teoria natalista e a teoria concepcionista. Ambas as correntes se fundamentam na interpretação do art. 2º do Código Civil brasileiro (CCB), que dispõe: “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.¹

1.1 – Segundo os defensores da teoria natalista, o mencionado dispositivo do atual CCB, assim como fazia o art. 4º do Código Civil de 1916, estabelece que o início da personalidade se define pelo nascimento com vida. Embora possa parecer, em uma análise superficial, que essa posição seja em razão da redação da primeira parte do dispositivo legal em questão, é preciso observar que a segunda parte prevê claramente que o nascituro é titular de direitos. Ora, personalidade é a aptidão para a titularidade de direitos, sendo absolutamente inadmissível considerar o nascituro como ente

1 O dispositivo introduz no conteúdo do CCB de 1916 e de 2002 a expressão nascituro utilizada no direito por obra do *ius commune* e, fielmente transmitida pela tradição ao direito pátrio. Cf. MADEIRA, Hércio Maciel França. *O nascituro no Direito Romano: conceito, terminologia e princípios*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 12.

atípico². Impõe-se a conclusão de que, do ponto de vista técnico-jurídico, o nascituro tem personalidade, é pessoa.

Na tentativa de afastar tal conclusão, e de apoiarem sua tese, alguns natalistas afirmam que, apesar da segunda parte do art. 2º do CCB utilizar a expressão “direitos” do nascituro, não se trata, na realidade, de reconhecimento de direitos, mas de meras expectativas de direito, protegidas pelo ordenamento jurídico para possibilitar ao nascituro chegar ao nascimento, e então, segundo o entendimento desses teóricos, poder adquirir personalidade, tornando-se titular de direitos.

1.2 – Os defensores da teoria concepcionista, por outro lado, entendem que, a despeito do estabelecido na primeira parte do art. 2º do CCB, a personalidade da pessoa natural inicia-se na concepção, pois, além da segunda parte do dispositivo mencionado prever claramente ser o nascituro titular de direitos subjetivos (e não de meras expectativas de direito), há outros dispositivos que prevêm a titularidade de direitos subjetivos pelo nascituro, como os artigos 542, 1.779, 1.798 e 1.799, I, do mesmo Código Civil. Assim, a interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico brasileiro, diretamente referentes aos direitos do nascituro, permitem concluir que este é titular de direitos subjetivos; é, portanto, pessoa. Evidentemente, como não se pode admitir a interpretação isolada de um dispositivo legal, sendo sempre necessária a utilização do método sistemático, combinado com os outros métodos existentes (como o lógico e o histórico, por exemplo), mostra-se coerente a posição concepcionista.

Ainda a respeito da teoria concepcionista, importante observar que não cabe ao Direito determinar o momento em que

2 Categoria que inclui conjuntos de bens ou direitos a que se reconhece a titularidade de situações jurídicas ativas e até passivas, mas não a personalidade, como o condomínio, o espólio, a sociedade irregular, a herança vacante e a herança jacente.

ocorre a concepção; se acontece no momento da fecundação, da primeira divisão celular ou da nidação, cabe à Ciência Médica definir, pois a concepção é um conceito eminentemente médico. Porém, desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ficam definidas todas as informações genéticas que determinarão a nova pessoa, distinta de todas as demais, e, inclusive, diversa da mãe, cuja carga genética contribuiu para a formação do genoma do nascituro, com ele, todavia, não se coincidindo³. Evidentemente, tal informação não poderá ser desconsiderada pela Medicina, ao definir o momento da concepção⁴.

1.3 – Outras teorias foram desenvolvidas acerca da personalidade jurídica do nascituro. A teoria da personalidade condicional procura conciliar as duas partes aparentemente conflitantes do art. 2º do Código Civil vigente (correspondente, como já visto, ao art. 4º do Código Civil de 1916). Esta teoria afirma que o nascituro tem personalidade, se nascer com vida. Assim, o reconhecimento de personalidade ao nascituro fica sujeito à condição suspensiva do nascimento. Na tentativa de superar a antinomia aparente entre a primeira e a segunda parte do art. 2º do CCB, ela procura reconhecer, em algumas situações, a personalidade do nascituro, mas o faz de forma a tornar tal reconhecimento inútil, pois apenas depois de se verificar se o ser humano nasceu com vida é que se reconhecerá se já era pessoa. Evidentemente, quando tal constatação puder ser feita, já se tornou inútil. Ademais, essa linha teórica acarreta a absurda situação de existirem duas categorias de nascituro (apesar de se tratar da mesma espécie de ser, em fase igual da vida): com e sem personalidade.

3 Apenas no que diz respeito ao DNA mitocondrial, há coincidência da carga genética do nascituro e de sua mãe, pois a mitocôndria contém apenas o DNA materno.

4 SZEJER, Myriam; STEWART, Richard. *Ces neuf mois-là*. Paris: Lafont, 1994, p.122.

1.3.1 – Por sua vez, a teoria genético-desenvolvimentista adota outra postura. Essa posição referente ao início da personalidade do ser humano tem relação direta com o relatório Warnock, produzido na Inglaterra pela baronesa Warnock: o nascituro apenas adquiriria personalidade a partir do décimo quarto dia posterior à fecundação, quando se iniciaria a formação do sistema nervoso. Trata-se de posicionamento sem fundamento em qualquer norma jurídica, mas tão-somente em critério supostamente científico, de caráter nitidamente utilitarista. Visa, apenas, a tornar juridicamente admissível a utilização de embriões humanos em pesquisas científicas que atentem contra sua vida e contra sua integridade física.

1.3.2 – Além das teorias citadas, e, ainda com menos adeptos, descobrem-se outros posicionamentos teóricos que procuram fixar momentos diversos para o início da personalidade humana: a formação do sistema nervoso e as trocas gasosas entre o corpo do nascituro e o ambiente que o envolve. Contudo essas idéias centram-se numa escolha arbitrária de ocasião, a partir da qual o nascituro seria pessoa, em expressiva afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois condicionam o reconhecimento de personalidade ao nascituro conforme já seja o embrião ou o feto apto ao desempenho de determinadas funções orgânicas.

2 – Do princípio da dignidade humana

Já vem de algumas décadas o reconhecimento de que o princípio maior que rege o Direito, especialmente o Direito brasileiro, é o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio foi expressamente previsto no art. 1º, III, do texto constitucional, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Ainda que não houvesse sido positivado, seria o princípio mais importante entre todos os princípios jurídicos, fundamento e fonte de toda a juridicidade. Eis que, no estágio atual da cultura e desenvolvimento humanos, não se pode mais negar a qualquer

ser humano um valor intrínseco, que se convencionou chamar dignidade, valor que, nos dizeres de Jean-François Mattéi, repousa sempre sobre seu próprio enigma, que é aquele do Bem. A dignidade torna qualquer homem merecedor do mais elevado respeito devido aos demais. Não se pode negar, atualmente, que a pessoa humana é o valor-fonte que norteia o Direito.⁵

A dignidade foi celebrada no plano teórico desde a antiguidade, tanto no oriente, quanto no ocidente. Os exemplos, Thomas De Koninck os busca em *Antígona*, de Sófocles: “há muitas maravilhas neste mundo, mas nada é maior que o homem”, e no texto bíblico, Salmo 8, 4-6: “Quando contemplo o céu, obra de teus dedos, a lua e as estrelas que fixaste... O que é o homem para dele te lembrares? O ser humano para que o visites? Tu o fizeste pouco menos do que um Deus E o coroaste de glória e de esplendor”.⁶

A dignidade da pessoa humana implica “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano”, que “venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”, e que devem garantir “sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.⁷

5 MATTÉI, Jean-François. La barbarie et le principe d'antigone. In: DE KONINCK, Thomas (Coord.); LAROCHELLE, Gilbert (Coord.). *La dignité humaine: Philosophie, droit politique, économie, médecine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, p.175.

6 DE KONINCK, Thomas. Archéologie de la notion de dignité humaine. In: DE KONINCK, Thomas (Coord.); LAROCHELLE, Gilbert (Coord.). *La dignité humaine: Philosophie, droit politique, économie, médecine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, p. 21.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 67.

A dignidade, como se viu, é valor decorrente do simples fato de ser humano, de pertencer à espécie humana, tendo fundamento no fato de o homem ser livre, autônomo, conforme teoria construída a partir dos ensinamentos de Kant. Sarlet adverte, porém, que a liberdade, pressuposto da dignidade reconhecida a todo ser humano “é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta”, de modo que a presença do valor dignidade não depende “da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (...) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz”.⁸

Para utilizar um argumento das ciências biomédicas, de veracidade atualmente irrefutável, observa-se que o nascituro é formado a partir de dois gametas humanos, isto é, de células germinativas (óvulo e espermatozoide) advindas de seres humanos. Sua fecundação acarreta a formação de genoma humano. Fecundado o óvulo pelo espermatozóide, já se tem um ser humano, que passa a se desenvolver, como, ademais, ocorre durante toda a vida, pois a vida humana é um contínuo e interminável devir, um conjunto de transformações que ocorrem a cada segundo, apenas cessando com a morte.

Se desde a fecundação já existe um ser humano, e se a dignidade é um valor inerente à condição humana, o ser resultante da fecundação é intrinsecamente digno, portador de valor absoluto, que o torna merecedor do mesmo respeito por parte do Estado, da sociedade e, portanto, do ordenamento jurídico, como merecem todos os outros seres humanos. Não há dúvida, portanto, de que a

8 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 23.

teoria concepcionista seja a única, dentre as descritas, realmente compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

3 – Direitos do nascituro

A vida de todo ser humano deve ser, desde o momento da concepção, absolutamente respeitada.. O nascituro tem direito à vida, resguardado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição da República 9. Relevante observar que tal dispositivo constitucional garante a inviolabilidade do direito à vida, isto é, prevê a preservação do direito à vida sem qualquer restrição da fase da vida humana de que se trata. A preocupação com a preservação do direito à vida do nascituro deve, em muitos casos, ser até mesmo superior à que diz respeito aos demais seres humanos, pois, além de o nascituro se encontrar em situação de extrema vulnerabilidade, em total dependência de pelo menos uma outra pessoa para viver, e de estar seu desenvolvimento pouco exposto aos olhos da sociedade, somente se garantida sua vida é que chegará a nascer. Sem garantia da vida do nascituro, não haverá recém-nascido, nem criança, nem adulto, nem idoso.

Vale mencionar que a Convenção Americana de Direitos do Homem, de 1969, prevê que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, a partir da concepção”.¹⁰

9 BERTI, Silma Mendes. Os direitos do nascituro. In: TAITSON, Paulo Franco. D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. *Bioética: vida e morte*. BERTI, Silma Mendes; ALMEIDA, Otávio Juliano de (Ed.). Belo Horizonte: Conselho Arquidiocesano Pró-vida / Mitra Arquidiocesana de Belo Horizonte, 2008, p. 69-93.

10 Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)
(Pacto de San José da Costa Rica)

* Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Artigo 4º

Direito à vida

A Convenção Internacional de Nova York, relativa aos Direitos da Criança, de 1990, estabelece em seu preâmbulo que a “criança tem necessidade de proteção especial e de cuidados especiais” e à proteção jurídica apropriada, desde antes do nascimento.

Deve-se também mencionar que, entre os crimes contra a vida, o Código Penal brasileiro tipificou o aborto, nos artigos 124 a 126.

Protegeu-se, assim, o direito à vida do nascituro, criminalizando-se os atentados contra tal direito. Trata-se de evidente posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro em favor do reconhecimento da vida do nascituro como bem jurídico merecedor da forma de proteção mais radical, que protege apenas os bens jurídicos mais relevantes: a proteção penal.

3.2 – O nascituro tem direito à integridade física. Pode-se considerar que a proteção da integridade física do nascituro é pressuposto necessário à proteção do seu direito à vida. Eis que, dada a sua condição fática de extrema vulnerabilidade, qualquer ofensa séria à sua integridade física pode, em tese, conduzir à sua morte.

Ao prever, no art. 5º, III, que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, a Constituição não exclui da proteção qualquer ser humano, de modo que também o nascituro merece tal resguardo.

Como decorrência de todos os dispositivos constitucionais e legais mencionados, aplica-se ao nascituro a previsão do art.

§1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

13 do Código Civil, segundo o qual é proibido o ato de disposição do corpo humano, quando importar diminuição permanente da integridade física, a menos que decorra de exigência médica, a fim de preservar o nascituro e sua vida.

3.3 – Dentre os direitos de personalidade do nascituro, destaca-se também o direito à imagem. O nascituro tem direito de que o aspecto exterior de seu corpo não seja indevidamente captado, fotografado ou de outro modo registrado e divulgado sem autorização de seu representante legal, e mesmo assim, não será válida a captação ou divulgação de imagem se for contrária aos melhores interesses do nascituro.

Aplicam-se ao nascituro o disposto no art. 5º, X, da Constituição da República e o art. 20 do Código Civil. Embora este pareça tratar o direito à imagem de forma não autônoma, aparentemente condicionando sua proteção ao ferimento de outro direito da personalidade, é certo, na atualidade, que o direito à imagem é resguardado mesmo se a captação e a divulgação da imagem não atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do titular, eis que se trata de um direito autônomo.

Caso haja necessidade médico-científica de utilização da imagem do nascituro, necessário se faz omitir sinais de identificação que permitam individualizar o nascituro cuja imagem foi captada.

3.4 – Consideradas as particularidades de suas condições de existência, o nascituro tem também direito à proteção de sua intimidade e de sua privacidade, aplicando-se-lhe as previsões contidas no art. 5º, X, da Constituição e o art. 21 do Código Civil. Assim, são inadmissíveis todas as condutas tendentes a devassar a intimidade do nascituro, a menos que resultem da necessidade de resguardo de bens de sua personalidade ainda mais relevantes. Admissível, por isso, a captação de suas reações corporais e de seu

comportamento, por meio de exame ultrassonográfico ou de outra técnica disponível, se destinada à preservação de sua saúde.

3.5 – Evidentemente, o nascituro é titular de direito à honra, isto é, direito a que sua honra não seja ofendida de forma alguma. Tal direito subjetivo é resguardado pelo art. 5º, X, da Constituição da República e pelos artigos 17 e 20 do Código Civil e também pelos artigos 15 e 17 da Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, caso haja ameaça de ofensa à honra do nascituro (por exemplo, mediante publicação de informação potencialmente desonrosa sobre sua paternidade), poderá ser pleiteada judicialmente a adoção de medidas inibitórias da possível violação, em nome do nascituro, e não de sua mãe, cuja honra, inclusive, pode nem sequer ser atingida, a não ser de modo reflexo, pela divulgação de tal notícia.

3.6 – A par dos direitos da personalidade de que é titular o nascituro, relevante mencionarem-se alguns outros direitos subjetivos que lhe são reconhecidos expressamente pelo ordenamento jurídico vigente.

Nos termos do art. 1.779 do Código Civil, o nascituro fará jus à nomeação de um curador, com o dever de proteger seus direitos, especialmente os anteriormente referidos, quando seus interesses colidirem com os de sua mãe, especificamente, quando as atitudes desta colocarem em risco o nascituro, sua vida, sua saúde e sua integridade física ou moral. Trata-se do chamado curador ao nascituro¹¹.

3.7 – Para possibilitar seu desenvolvimento saudável, resguardar-lhe a vida e integridade física, o nascituro tem direito

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 530.

a alimentos, a serem prestados pelo pai ou pelas pessoas previstas nos artigos 1.696 a 1.698 do Código Civil.

Segundo o art. 1.695 do Código Civil, “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

A Lei 11.804, de 2008, regulou expressamente os “alimentos gravídicos”, prevendo o direito ao recebimento de “valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”. Incorreu, porém, na falha de prever que se trata de direito da mulher grávida, e não do nascituro, o qual é o verdadeiro titular do direito ao recebimento dos chamados alimentos “gravídicos”, eis que os valores referidos destinam-se a garantir seu desenvolvimento, sua saúde, sua vida, sua integridade física e seu nascimento saudável.

Tal conclusão fundamenta-se em elementos que o julgador deverá levar em conta, especialmente, os exames, medicamentos, alimentação e todas as outras medidas necessárias para garantir o bem-estar do nascituro. O bem-estar da mulher, nesse caso, apenas é protegido de maneira reflexa, pois a única razão de se considerarem devidos tais alimentos é o fato de levar em seu ventre um ser humano, para cuja preservação deve contribuir o suposto pai.

3.8 – O nascituro tem direito à sucessão, pois o art. 1.798 do Código Civil deixa claro que se legitimam a suceder as pessoas não nascidas mas já concebidas no momento da abertura da sucessão. O art. 1.799, I, também do Código Civil, prevê que, na

sucessão testamentária, podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (prole eventual). Como podem ser contemplados em testamento até mesmo os não concebidos, com maior razão o nascituro tem direito à sucessão, também na qualidade de herdeiro testamentário.

3.9 – O art. 542, do Código Civil, prevê que a doação feita ao nascituro valerá, desde que aceita pelo seu representante legal. Assim, tal dispositivo reconhece não apenas que o nascituro pode ser donatário, com o plexo de direitos e obrigações que dessa condição decorrem, como também prevê expressamente que o nascituro tem representante legal, por meio do qual exerce seus direitos, dentre eles o de receber doação.

4 – O direito à saúde

Em decorrência da proteção do direito à vida e do direito à integridade física do nascituro, impõe-se o reconhecimento da titularidade do direito à saúde, que deve ser preservado pelo Estado e por toda a sociedade. Aplica-se ao nascituro a previsão contida no art. 196 da Constituição, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O art. 7º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, obriga à criação de políticas públicas que protejam a saúde do nascituro, a fim de permitir-lhe o nascimento sadio e em condições dignas de existência. Ao prever o direito ao nascimento, e, particularmente, em condições dignas de existência, tal dispositivo legal protege, indubitavelmente, o direito do nascituro à saúde, sem cuja efetivação estará sendo gravemente desrespeitada sua dignidade.

O direito à saúde do nascituro deve ser preservado especialmente pela mãe e pelo suposto pai, inclusive por meio da prestação de alimentos. Como já visto, a Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, regulando os “alimentos gravídicos”, prevê que o valor destes deve permitir a realização de todas as despesas necessárias para a preservação da saúde do nascituro, para permitir seu pleno desenvolvimento biofísico e sua integridade moral, devendo ser suficiente especialmente para permitir a obtenção de toda a assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, aquisição de medicamentos e o atendimento de todas as prescrições médicas preventivas e terapêuticas indispensáveis.

O nascituro tem, portanto, direito ao fornecimento de todos os medicamentos necessários à preservação de sua saúde, à boa evolução da gravidez e à realização de todos os tratamentos que possam resguardar sua saúde, inclusive cirurgias a céu aberto que se mostrem necessárias e não possam ser adiadas para momento posterior ao nascimento.

Há determinadas situações, na prática médica, em que uma intervenção cirúrgica fetal é necessária, pois o risco de morrer é bem maior que o de uma intervenção *in útero*. Por exemplo, em um feto portador de hérnia diafragmática pulmonar, que pode causar um hipodesenvolvimento pulmonar, possibilitando o nascimento de uma criança portadora de um quadro de insuficiência respiratória grave, com conseqüente óbito. A realização da cirurgia, em tempo certo, ou seja, antes do nascimento, possibilita a necessária cura, de modo a que o pulmão volte a se desenvolver, salvando a vida da criança.¹²

O nascituro tem direito a que as demais pessoas, particularmente sua mãe, abstenham-se de praticar qualquer ato danoso à

12 Cf. REITSMA, Angélique M.; MORENO, Jonathan D. *Materno-fetal research and human research protections policy clinics in Perinatology*. v. 30, nº 1, março de 2003.

sua saúde ou adotem qualquer conduta que possa prejudicar-lhe o desenvolvimento. Tem direito, até mesmo, a que sua mãe seja impedida de consumir substâncias que possam afetar-lhe negativamente a saúde, podendo ser pleiteadas judicialmente medidas nesse sentido, ainda que envolvam internação compulsória.

O nascituro é consumidor, por aplicação do art. 17 da Lei 8.078, de 1990, Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual, em relação à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Assim, tem direito à proteção e eventual reparação em relação a produtos e serviços que prejudiquem sua saúde.

Dispositivo legal de imensa importância para demonstrar o exposto reconhecimento do direito do nascituro à saúde pelo ordenamento jurídico brasileiro é o art. 9º, §7º, da Lei 9.434, de 1997 (Lei de Transplantes), vedando à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto. Tal dispositivo, evidentemente, não se destina à proteção da saúde da mulher, mas, sim, a resguardar o direito ao desenvolvimento saudável do feto, cuja saúde não pode ser prejudicada mesmo quando o ato que se pretende realizar tiver o altruístico objetivo de contribuir para o restabelecimento da saúde de outrem.

5 – O reconhecimento jurisprudencial do direito do nascituro à saúde.

No julgamento do AgRg no REsp 1045750/RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu expressamente que o nascituro é titular de direito à saúde. O reconhecimento de tal direito fez-se presente já na primeira parte da ementa do julgado:

PROCESSIONAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL.

1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos **direitos à vida e à saúde do nascituro** e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. (...) (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1045750/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 23.06.2009, Dje 04.08.2009; grifo meu).

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) reconheceu, em relevantes decisões, o direito à vida e o consequente direito à saúde do nascituro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME MÉDICO. NASCITURO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO EM CONSTITUIÇÃO. Considerando que a vida do nascituro é o bem tutelado, que a família não tem condições de arcar com os custos correspondentes ao exame médico necessário e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196 e art. 241 da CE), não merece reforma a decisão que determina a indicação de local para a realização do exame, sob pena de retenção dos valores necessários para tanto. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, DE PLANO. (TJRS, Oitava Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70024004756, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. em 24.04.2008, publ. Diário da Justiça 29.04.2008)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FCA. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVER DO ESTADO. Inadmissível o reexame necessário quando a condenação imposta à Fazenda Pública não supera o valor de 60 salários mínimos. É o Ministério Público legitimado ativo a postular direitos indisponíveis em juízo, via ação civil pública, sobretudo visando a resguardar o direito à vida de nascituro. A assistência à saúde é dever do Estado, que, na impossibilidade de prestar o devido atendimento a gestante carente, não pode se eximir da eventual responsabilidade pelo ressarcimento das despesas arcadas por estabelecimento hospitalar privado. Reexame necessário não conhecido. Apelo não provido. Unânime. (TJRS, Sétima Câmara Cível, Apelação e Reexame Necessário nº 70010013639, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em

06.04.2005, publ. Diário da Justiça 12.04.2005)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. INTERNAÇÃO DE GESTANTE E NASCITURO EM UTI NEONATAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DENUNCIÇÃO À LIDE. I. PRELIMINARES. - A responsabilidade pelas ações e serviços públicos de saúde é solidária entre União, Estados e Municípios. - (...) Tratando-se de demanda que exige rápida solução, pois em discussão **direito à vida e à saúde de gestante e de nascituro**, pode o juiz indeferir o alargamento do pólo passivo com fulcro na regra constante do parágrafo único do art. 46 do CPC, que se apresenta como verdadeiro complemento do disposto no inciso II do art. 125, também do CPC. Precedentes da Corte. II. MÉRITO. - Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. - A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo considerá-las a título de meros programas de atuação. - O **direito à saúde é assegurado com prioridade absoluta em favor das crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, bem como arts. 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente**. - A própria Carta Constitucional impõe ao Estado o dever de proceder à reserva de verbas públicas para atendimento à demanda referente à saúde da população, havendo, portanto, previsão orçamentária. - Não infringência ao princípio da independência entre os Poderes, posto que a autoridade judiciária tem o poder-dever de reparar uma lesão a direito - artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. - A Lei nº 8.666/93 autoriza a dispensa da licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares... (art. 24, inc. IV). REJEITARAM AS PRELIMINARES DO AGRAVO RETIDO, DESPROVENDO-O, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, E CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJRS, Terceira Câmara Cível, Apelação e Reexame Necessário nº 70009461807, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. em 18.11.2004; grifos meus)

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reconheceu expressamente que a Lei nº 11.804, de 2008, tem por objetivo resguardar o direito do nascituro ao desenvolvimento saudável:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS - Determinação ao magistrado para que designe audiência em data breve, antes do nascimento da criança - Alimentos gravídicos instituídos pela Lei nº 11.804/2008 que visam preservar o **direito à vida e gestação saudável do feto** - Inviabilidade de pronta fixação do pensionamento, diante da absoluta carência de elementos que autorizem, desde logo, obrigar o réu a pensionar a autora - Não trouxe a recorrente nem sequer cópia da inicial, ou de qualquer outro elemento de convicção da existência de relacionamento afetivo entre as partes à época da concepção - Recurso parcialmente provido. (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 994.09.278138-9 (696.335.4/5-00), rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 13.01.2010).

Percebe-se, claramente, que a jurisprudência brasileira há muito vem reconhecendo o direito do nascituro à saúde, e que tal reconhecimento se torna cada vez mais amplo e abrangente, inclusive com a correção de eventuais distorções legislativas.

Referências Bibliográficas:

BERTI, Silma Mendes. Os direitos do nascituro. In: TAITSON, Paulo Franco. D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. *Bioética: vida e morte*. BERTI, Silma Mendes. ALMEIDA, Otávio Juliano de (Ed.). Belo Horizonte: Conselho Arquidiocesano Pró-vida / Mitra Arquidiocesana de Belo Horizonte, 2008, p. 69-93.

DE KONINCK, Thomas. Archéologie de la notion de dignité humaine. In: DE KONINCK, Thomas (Coord.); LAROCHELLE, Gilbert (Coord.). *La dignité humaine: Philosophie, droit politique, économie, médecine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

MADEIRA, Hécio Maciel França. *O nascituro no Direito Romano: conceito, terminologia e princípios*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MATTÉI, Jean-François. La barbarie et le principe d'antigone. In: DE KONINCK, Thomas (Coord.); LAROCHELLE, Gilbert (Coord.). *La dignité humaine: Philosophie, droit politique, économie, médecine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

REITSMA, Angélique M.; MORENO, Jonathan D. *Materno-fetal research and human research protections policy clinics in Perinatology*. v. 30, n^o 1, março de 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SZEJER, Myriam; STEWART, Richard . *Ces neuf mois-là*. Paris: Lafont, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

