

**DIREITOS DO NASCITURO: OS EFEITOS E
POTENCIAIS DIREITOS DA CRIANÇA GESTADA
POR PAIS SOB EFEITOS DE SUBSTÂNCIAS
NOCIVAS**

*Rights of the unborn child: the effect and right potentials of the child
gestated by parents under harmful substance effect*

Florisbal De Souza Del'Olmo

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da Associação Americana de Direito Internacional Privado - ASADIP, da European Community Studies Association (ECSA), da Academia Brasileira de Direito Internacional e da Academia Guanabarina de Letras; da Academia de História Militar Terrestre do Brasil, do Instituto de História e Tradições do Rio Grande do Sul e do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte. E-mail: florisbaldelolmo@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6894960744708682>

Astrid Heringer

Mestre em Integração Latino-americana pela Universidade Federal de Santa Maria (RS). E-mail: astrid.heringer@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3681519507518562>

Franciele Gomes Overbeck

Graduanda em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). E-mail: frangomes90@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4348278609646072>

Recebido: 08.06.2017 | Aceito: 06.08.2017

RESUMO: Abordam-se, neste artigo, os direitos do nascituro na perspectiva de verificar a preservação dos seus direitos no que tange à saúde. A legislação brasileira, assim como nos tratados

internacionais dos quais o Brasil é signatário, asseguram os direitos do nascituro, inclusive para questões patrimoniais. No entanto, pouca ou nenhuma preocupação existe em relação à saúde da gestante e do feto. Embora este período de desenvolvimento da criança seja crucial, o consumo de drogas lícitas, como o cigarro e o álcool, bem como das ilícitas pode comprometer para sempre a capacidade cognitiva e provocar más-formações físicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos do nascituro. Direito à saúde. Substâncias nocivas.

ABSTRACT: This article approaches about the rights of the unborn child in the perspective to verify the preservation of the child's rights referring to the health. The Brazilian Legislation, as well as in the International treated ones which Brazil is signatory, assures the rights of the unborn child, also for patrimonial questions. However, little or no concern exists in relation to the health of the pregnant and the embryo. Although, this period of development of the child is crucial, the consumption of allowed drugs, as the cigarette and the alcohol, as well as of the illicit ones can compromise forever the cognitive capacity and provoke physical malformations.

KEYWORDS: Rights of the unborn child. Right to the health. Harmful substances.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1 A proteção ao nascituro como decorrência da proteção à pessoa humana. 1.1 Teorias que norteiam a situação jurídica dos nascituros. 2 Algumas considerações sobre o direito à vida do nascituro. 2.1 Do direito à saúde. 2.2 Ameaças à saúde do feto. 2.2.1 Substâncias tóxicas lícitas. 2.2.2 Substâncias tóxicas ilícitas. Considerações finais. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos do nascituro são reconhecidos há algum tempo. Sabe-se que têm proteção ampla à vida e aos direitos patrimoniais. Algumas discussões giram em torno das teorias que defendem a existência legal a partir da fecundação, chamada

de teoria concepcionista; o Brasil adota a teoria natalista e a teoria da personalidade condicionada.

Neste artigo, vislumbramos uma discussão diferenciada, tendo por inspiração uma decisão inédita na Inglaterra, na qual a justiça responsabilizou a mãe da criança, nascida com diversas anomalias decorrentes do uso de substâncias tóxicas durante a gravidez.

Embora se trate de caso isolado, entendemos que o tema merece considerações, tendo em vista que a defesa do direito à vida deve ser algo concreto, muito além dos aspectos teóricos, mas da efetiva defesa dos direitos à vida e à saúde de um ser humano que não se pode defender.

Empregar-se-á como método de abordagem o dedutivo, pois as inferências ocorrem a partir da legislação e doutrina brasileiras. O método de procedimento será o monográfico e como técnica de pesquisa a documentação indireta.

2. A PROTEÇÃO AO NASCITURO COMO DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA

Neste estudo acerca da proteção ao direito do nascituro, é indispensável compreender o conceito de pessoa para o direito e posteriormente o conceito de nascituro enquanto pessoa humana.

No que tange à pessoa, segundo o conceito do filósofo John Locke, citado por Sandro de S. Ferreira, seria: “um ser pensante, inteligente, dotado de razão e reflexão, e que pode considerar-se a si mesmo como um eu, ou seja, como o mesmo ser pensante, em diferentes tempos e lugares”¹.

De acordo com esse conceito, pessoa é um ser autônomo que possui qualidades específicas, com poder de se autoavaliar, em tempos e lugares distintos. Tércio Sampaio Ferraz Junior traz outra concepção sobre a ideia de pessoa, corroborando o pensamento kantiano:

Segundo o uso doutrinário mais tradicional, o sujeito jurídico enquanto ser humano é aquele que é sujeito de um direito ou de um dever correspondente. Nesses termos, fala-se em

peessoa, conceito que provém do Cristianismo e que aponta para a dignidade do homem insusceptível de ser mero objeto. A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão *peessoa* obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus. No direito, assim, o homem é para o homem sempre *peessoa*, nunca objeto, vai dizer Kant².

Já, do ponto de vista legal, *peessoa* é, conforme descrito no art. 1º do Código Civil brasileiro, aquele que possui capacidade de direitos e deveres na esfera civil. Um termo primitivo, que caracteriza a qualidade do homem como *peessoa*, um sujeito de direito, dotado de dignidade.

Para o direito existe a divisão da *peessoa* em duas distinções, quais sejam: *peessoa* natural ou física e *peessoa* jurídica. A primeira é a que nos interessa no presente estudo e a qual se identifica como titular de direitos e obrigações, conforme já mencionado. Em se tratando da aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, necessário é mencionar o termo *personalidade*, que qualifica esse sujeito a ser titular dessas aptidões, podendo assim participar das relações jurídicas de direito. Ademais, importante é não confundir *personalidade* com capacidade jurídica.

Conforme menciona Flávio Tartuce,

[...] *personalidade* é inerente ao homem. *Personalidade* é atributo da dignidade do homem [...]. É o que no direito, atribui ao homem a condição de sujeito de direito e de deveres e obrigações (2011, p. 212)³.

Ou seja, essa definição vem ao encontro do conceito anteriormente mencionado, e ainda ressalta o momento que se inicia, bem como aquele em que cessa essa aptidão. Ainda para o autor, capacidade jurídica divide-se em duas concepções: a capacidade de direito, a qual todos possuem, uma vez que todos detêm *personalidade*, e a capacidade de fato ou de exercício, que é a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil (2011, p. 212-213)⁴, ou seja, é a competência para exercer seus direitos e deveres.

Partindo desse pressuposto, indaga-se sobre a situação do nascituro, enquanto pessoa humana. Com base no dicionário Larousse Cultural, o vocábulo nascituro significa: “adj. e s.m.: Que ou aquele que há de nascer. / Dir. Diz-se do, ou o ser concebido, antes de vir à luz”⁵. Ou seja, nascituro corresponde à fase intrauterina, aquela que antecede o nascimento.

Em face do exposto, de que a personalidade jurídica começa do nascimento com vida e a partir do conceito de nascituro, examina-se o que prescreve o Código Civil brasileiro, em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. Isto é, embora a personalidade inicie após o nascimento com vida, os direitos do nascituro já são resguardados desde o momento da sua concepção⁶.

À vista disso, percebe-se que os nascituros recebem proteção jurídica como qualquer outra pessoa munida de personalidade. Nesse passo:

Só pode ser titular de direito quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide⁷.

Logo, nota-se que o nascituro pode usufruir dessa aptidão, oriunda da personalidade jurídica, embora ainda no ventre de sua mãe, tendo a tutela de certos direitos, antes mesmo de nascer. Quanto a essa tutela, segundo o apontamento de Maria Helena Diniz:

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 potencial⁸.

A partir disso, percebe-se que a autora trata da personalidade jurídica sob dois ângulos: a formal, na qual o nascituro já poderá usufruir dos direitos da personalidade, e a informal, apenas após o nascimento com vida, que diz respeito aos direitos patrimoniais e obrigacionais. Assim, podemos afirmar que seria inadmissível negar direitos ao nascituro, no que concerne à personalidade.

TEORIAS QUE NORTEIAM A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS NASCITUROS

Cabe agora analisar, de forma sucinta, as três teorias que norteiam a situação jurídica dos nascituros, 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 concepcionista.⁹

A teoria natalista¹⁰ defende que a personalidade jurídica inicia-se somente após o nascimento com vida, logo, não considera o nascituro como pessoa. Afirma que ele possui apenas expectativa de direitos. Já na concepção da teoria da personalidade condicionada,¹¹ o nascituro até possui direitos, porém, sob condição suspensiva: se nascer com vida concretiza-se a personalidade, se nascer morto o feto, esta será extinta. Por último, pela teoria concepcionista, diferentemente das demais, o nascituro é considerado pessoa desde a concepção, possuindo personalidade jurídica.

A teoria concepcionista é a adotada no Brasil entre alguns doutrinadores e apresenta seus reflexos na maior parte da jurisprudência, por ser a que consegue melhor explicar a situação do nascituro como pessoa natural e os direitos que ele 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. 11.105/2005.¹²

Elimar Szaniawski reforça a ideia de que o Código Civil brasileiro também adota a teoria concepcionista:

O sistema do Direito Civil brasileiro como um todo revela que os codificadores do direito civil filiaram-se à teoria concepcionista, segundo a qual o concebido, o embrião e o nascituro, são, desde a fecundação, um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidor de autonomia genéticobiológica,⁵² tratando-se de um ser humano em desenvolvimento, sendo, por isso, uma pessoa e sujeito de direitos. ⁵³ Por essas razões, não encontramos dificuldades em afirmar que o embrião e o nascituro, desde a concepção, constituem-se em seres dotados de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, de uma identidade genética própria e exclusiva, constituindo-se em uma *spes personae*¹³.

Como se vê, apesar de a teoria concepcionista não ser adotada de forma unânime entre doutrinadores, e que todos os posicionamentos devem ser respeitados, não se pode ocultar que, com os avanços no campo da ciência, também o direito deve avançar a fim de proteger os direitos do nascituro, garantindo-lhes o direito à personalidade jurídica.

Por fim, nota-se que esse tema vem sendo debatido desde muito tempo, como leciona Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, em sua obra denominada *Curso de Bioética e Biodireito* (2013), a começar pela Grécia, onde Hipócrates deu sua palavra que não daria fármacos a mulheres que provocassem a morte do nascituro, uma vez que admitia a capacidade jurídica do nascituro. No Direito Romano, apesar de o nascituro não possuir capacidade jurídica, a lei protegia a gestante de penas capitais e/ou tortura, levando em consideração a proteção à vida do nascituro. Já no Direito intermédio, influenciado pelo Cristianismo, a proteção do nascituro é alargada, no que tange ao testamento ou doação¹⁴. Hodiernamente muitos juristas asseguram os direitos do nascituro, haja vista que a própria norma jurídica oferece essa tutela.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À VIDA DO NASCITURO

A partir do que se estudou anteriormente, no que tange aos direitos da personalidade da pessoa humana, neste momento será estudado de maneira mais aprofundada um destes direitos, o direito à vida. Nas palavras de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

A vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso, disso ninguém duvida. Vem antes de qualquer outro direito, ou seja, prevalece sobre todos os demais – o princípio do primado direito à vida prevalece então em face dos outros direitos nos casos de conflito. De sua proteção emanam todos os direitos e deveres dos homens. Seja oriundo das leis, dos códigos morais, dos costumes, da ética¹⁵.

Partindo do pressuposto de que a vida é um dos principais direitos a ser protegido, surge a necessidade de se entender e definir quando ela se inicia, bem como o momento da sua proteção jurídica. Tarefa nada fácil, uma vez que existem vários posicionamentos sobre o assunto, de ordem científica, bioética e jurídica. Sob o prisma científico do início da vida, sintetiza Pablo de Godoy Menezes:

Podemos dividir este período em três estágios, o primeiro chamado de estágio germinal de desenvolvimento, apresenta uma duração de aproximadamente duas semanas, é nele que ocorre a divisão da célula inicial e a movimentação desta pela trompa de falópio até se alojar na parede do útero. O segundo estágio de desenvolvimento, o estágio embrionário, é caracterizado pelo rápido crescimento e diferenciação dos principais sistemas e órgãos do corpo e o desenvolvimento de várias estruturas que apoiam o desenvolvimento fetal (placenta). Este estágio se estende, aproximadamente, da segunda até a oitava ou décima segunda semana de gestação. Chegamos ao terceiro estágio de desenvolvimento chamado de estágio fetal, este período é considerado o momento que ocorrem, basicamente, o crescimento rápido, as mudanças na forma

do corpo e o aprimoramento de todos os sistemas e órgãos¹⁶.

Conforme o mencionado, esse seria um resumo do período, que se inicia com a concepção até a formação fetal, ou seja, a última etapa de desenvolvimento, vindo logo mais aperfeiçoamentos que antecedem seu nascimento.

Na visão da bioética, Christian de Paul Barchifontaine, citado por Adriana Maluf, aduz que: “Biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozóide”¹⁷.

Desse modo, constata-se que a visão bioética vem ao encontro da visão científica, na qual se considera o início da vida a partir do momento da concepção. Para a bioética, segundo o autor, determinar o início da vida trará respostas a questões ainda discutidas dentro da sociedade, como a (i)lícitude do aborto e o uso de embriões para a cura de doenças, temas importantes, mas que não serão abordados neste trabalho.

No que tange à proteção e ao respeito à vida humana, ela já encontra guarida desde a concepção, inicialmente no âmbito internacional conforme menciona Zélia Maria Cardoso Montal, referindo-se ao Pacto de San José da Costa Rica (1969), cujo art. 4º consigna: “Toda pessoa tem 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”¹⁸. Já no âmbito interno, a Constituição Federal em seu art. 5º preceitua:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes [...]”¹⁹.

Dessa forma, é nítido que a inviolabilidade do direito à vida, assegurado em nossa Constituição, existe desde o momento da concepção, haja vista que não há especificação por parte do legislador quanto à vida, antes ou após o nascimento. Logo, havendo vida intrauterina, esta também deve ser protegida.

A maneira com que esses direitos são adquiridos é através da personalidade jurídica, característica inerente a todo ser humano, concretizando-se a partir do nascimento com vida, conforme mencionado acima. Mas a questão é: os direitos e obrigações do nascituro só se perfectibilizam a partir do seu nascimento com vida ou pode ele usufruir desta condição antes mesmo do seu nascimento?

A partir do posicionamento de Ingo W. Sarlet temos que:

No caso de embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção da conservação de suas vidas, e onde já se pode, inclusive, reconhecer como imanes os direitos da personalidade, assim como, em alguns casos, direitos de natureza patrimonial²⁰.

Dessarte, o posicionamento do autor vem ao encontro do que foi estudado, reforçando a ideia trazida no texto legal do Código Civil, em seu art. 2º, em que o legislador teve a preocupação em citar a proteção jurídica do nascituro, ao declarar que ele terá assegurado seus direitos desde a concepção, embora a personalidade civil inicie somente com o nascimento com vida²¹.

DO DIREITO À SAÚDE

Em se tratando do direito à vida, deve-se ter em mente outro direito que é assegurado a toda pessoa humana e que se encontra intrinsecamente ligado a ela: o direito à saúde. Uma vez que não há como se falar em direito à vida sem proporcionar uma necessidade que é básica para tal, a de se ter qualidade de vida. Em outras palavras, quando o legislador tratou do direito à vida no art. 5º da Constituição Federal gerou como consequência ao Estado uma certeza constitucional do acesso à saúde.

Ressalta-se, portanto, que não há como se referir a proteção à vida sem garantia de saúde. O direito à saúde é um direito social, que por sua vez se encontra consolidado dentre os direitos fundamentais de segunda dimensão, conforme aduz Ingo W. Sarlet:

Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 [...], caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, **saúde**, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [*grifo nosso*]²².

Desse modo, diferentemente da primeira dimensão, na qual a posição do Estado é mero expectador, nessa segunda dimensão a exigência é outra, a da intervenção do poder estatal para garantir os direitos de todos os cidadãos, no qual o direito à saúde está abarcado.

Nessa perspectiva, Ricardo Glasenapp declara que o direito à saúde é um direito que está incorporado na esfera dos direitos de solidariedade e que não diz respeito somente “à possibilidade individual de compra da assistência”, mas que se caracteriza como o direito que o indivíduo tem “a não ficar doente”, revelando uma qualidade de prevenção²³.

O conceito de direito à saúde vai além de um simples direito, de forma abstrata, o qual o cidadão possui, uma vez que é um direito que necessita ser concreto para que se torne efetivo. Tratando desse assunto, Marcus O. Correia e Érica P. Correia, citados por Ricardo Glasenapp, demonstram que o direito à vida:

Implica a sua conceituação a partir da óptica de uma política destinada à prevenção e ao tratamento de males que afligem o corpo e a mente humana, com a criação inclusive de um sistema organizado que atenda aos doentes²⁴.

Ou seja, esse direito se manifesta através de instrumentos utilizados para garanti-lo, como por meio de política pública, dirigida ao atendimento da população. No que tange à proteção jurídica do direito à saúde, cabe mencionar o art. 196 da Constituição Federal, que assim proclama:

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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação²⁵.

Primeiramente, sendo um direito de todos, nota-se, conforme suscitado no tema anterior, que o legislador, ao redigir sobre a questão da saúde, não especificou os destinatários, pelo contrário, generalizou-os – “a todos”. Desta forma, entende-se que o nascituro faz jus a esse direito, como qualquer outra pessoa, em suas diversas fases da vida humana.

No que diz respeito ao dever do Estado será tema do próximo item. Cabe lembrar aqui, contudo, que ao Estado é dada a incumbência de propiciar qualidade de vida e essa ocorre através de políticas sociais e econômicas, de acordo com o texto constitucional. Ainda, tem o fim de reduzir certos riscos de doenças à população, lembrando que esse acesso à saúde está baseado no princípio da isonomia, isto é, de forma igualitária e universal.

AMEAÇAS À SAÚDE DO FETO

Partindo do pressuposto de que a vida está intrinsecamente ligada ao direito à saúde, uma vez que se ter ou não boa qualidade de vida depende muitas vezes de um piso vital mínimo,²⁶ em que se proporciona o necessário para que uma pessoa possa ter garantido uma vida digna, na qual possa usufruir de uma sadia qualidade de vida.

Assim, neste último item, tratar-se-á de um direito ainda pouco suscitado, que é o decorrente do uso de substâncias tóxicas lícitas e ilícitas que possam prejudicar o desenvolvimento do feto, bem como trazer consequências danosas à sua saúde física ou psicológica. Dividiremos a abordagem sobre o tema quanto às substâncias tóxicas lícitas e ilícitas.

Substâncias tóxicas lícitas

Sabe-se que a gestante tem um papel fundamental e insubstituível na formação do bebê que está para nascer e que, através de seus hábitos saudáveis ou maléficos, acarretará consequências a esse nascituro.

Por isso a importância de um acompanhamento médico, por meio do pré-natal, bem como de informações por parte da genitora e seus familiares para que se tenha conhecimento daquilo que pode fazer uso e o que deve ser evitado durante o período gestacional, pois existe uma vida sendo gerada em seu ventre e a mãe possui a responsabilidade de proporcionar qualidade de vida e proteção ao bebê.

Daí surge um debate, absolutamente necessário, quanto às gestantes que usam entorpecentes nesse período e, embora possam ser lícitos, em função dos tóxicos existentes nessas substâncias trarão prejuízos não somente ao organismo da genitora como ao bebê que se encontra numa situação de vulnerabilidade.

Tabaco é uma planta, cujo nome científico é *Nicotiana tabacum*, na qual estão presente 4.700 substâncias tóxicas, dentre elas metais pesados, benzopireno, monóxido de carbono, amônia, níquel, arsênio e nicotina, entre outras. A nicotina, uma das principais causadoras do vício, é altamente cancerígena²⁷.

O tabaco pode ser utilizado de diversas formas, sendo a mais comum a inalação do cigarro. Nesse sentido, utilizando-se a gestante de cigarro, eventuais danos a seus pulmões, ao chegar ao sangue, através da placenta alcançarão o feto, resultando no chamado “bebê da nicotina” e provocando diversos efeitos contrários à saúde e à integridade física deste bebê.

Baseado em estudo recente realizado pelas Universidades de Durham e Lancaster,²⁸ a autora líder da pesquisa, doutora Nadja Reissland²⁹, declara que “padrões de movimento facial fetal diferem significativamente entre os fetos de mães que fumaram em comparação com as de mães que não fumam”. Imagens abaixo, feitas em 4-d, demonstram uma série de movimentos de dois bebês em período gestacional de 32 semanas. O bebê da imagem superior é de mãe fumante e o bebê da imagem inferior

é de mãe não fumante.



FONTE: University Durham, disponível em: <<https://www.dur.ac.uk/images/news-images/2015March/WEB2Smoking32aboveNS32below-.jpg>>, acesso em 06 mai. 2017.

A partir dessas imagens percebem-se os movimentos variados do bebê durante o uso do cigarro pela mãe, conforme relata a autora do estudo, constatando nitidamente a reação desse feto e assegurando a comprovação de que o uso das substâncias tóxicas provoca consequências nele.

O estudo ainda trata de questões que serão descobertas tardiamente, como no caso de crianças mudas, ou com língua presa, ou ainda com deformações na face, entre outras sequelas no desenvolvimento desse bebê³⁰.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima-se que aproximadamente um terço da população mundial adulta seja fumante, ou seja, aproximadamente 2 bilhões de pessoas, das quais 12% 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 de 5 milhões de mortes, por ano, em todo o mundo. Os

efeitos das substâncias tóxicas mencionadas também atingem fumantes passivos, uma vez que 7 não fumantes morrem por dia³¹.

Substâncias tóxicas ilícitas

Essas substâncias tóxicas, caso do *crack* e da cocaína, entre outras, da mesma forma trazem prejuízos ao nascituro. Convém lembrar que, ao se falar em substâncias tóxicas, a primeira palavra a vir em mente é “drogas”, por se tratar de algo ruim, negativo, que traz malefícios ao ser humano.

No âmbito da medicina, o termo *droga* é conceituado como “qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento”³².

Logo, essas substâncias provocarão alterações no organismo humano, tais como um medicamento que contrai os vasos sanguíneos, está mudando a função normal do organismo e resultando na elevação da pressão arterial, o que resulta em modificações fisiológicas. Outro exemplo é quanto às substâncias utilizadas para fazer com que os neurônios fiquem mais enérgicos. Conseqüentemente, a pessoa perderá o sono, ficando mais ativa, mudança esta que se dá no comportamento³³.

A partir do conceito de drogas, pode-se tratar de outro conceito, que é o de drogas psicotrópicas. Psicotrópico diz respeito à alteração no psiquismo. Estas drogas se dividem em três tipos: primeiramente, as que diminuem a atividade do cérebro, ou seja, que deprimem e são chamadas de “Depressoras da Atividade do Sistema Nervoso Central”. Tem-se como exemplo a heroína e o álcool. Seguem-se as que estimulam o funcionamento do cérebro, aumentando a atividade do mesmo: são denominadas “Estimulantes da Atividade do Sistema Nervoso Central”, sendo exemplo a cocaína. Por fim, as que causam perturbação na mente da pessoa e são conhecidas como “Perturbadores da Atividade do Sistema Nervoso Central”, caso da THC (da maconha) e a LDS-25³⁴.

No presente estudo abordaremos somente as drogas do segundo grupo, as estimulantes da atividade do sistema

nervoso central. O uso delas e de outros tipos de drogas, não só no âmbito nacional, mas também internacional, tem sido visto como uma questão de saúde pública, pois gera inúmeros problemas sociais, morais, psicológicos e econômicos entre os usuários, bem como a seus familiares, que de uma forma ou de outra sofrem com essa situação. E lamentavelmente o número de dependentes só tem aumentado (Universidade aberta do SUS-UNA-SUS/UFMA, s. d., s. p.)³⁵.

Entre os dependentes, encontram-se adolescentes, jovens e adultos, de ambos os sexos. Entretanto, em se tratando de mulheres gestantes, a preocupação aumenta consideravelmente, uma vez que as consequências desse comportamento nefasto da mãe ocasionam complicações também para o bebê, que está sendo gerado no seu ventre.

Existem estudos que demonstram as inúmeras consequências que poderão resultar no organismo da criança ainda no ventre, assim como após o seu nascimento. A maioria desses estudos chega a um consenso e aborda questões semelhantes no que tange aos possíveis efeitos gerados pelo uso de drogas na gestação.

Um dos trabalhos analisados foi realizado por uma acadêmica de Enfermagem, Thaís Pinto da Silva e sua orientadora, a professora Heloísa Antônia Tocci, da Universidade de Santo Amaro, no estado de São Paulo ³⁶.

Nesse estudo são abordadas questões sobre a cocaína, o *crack* e outros tipos de drogas. Segundo os autores citados, a ação da cocaína pode variar de acordo com a forma de administração usada pela gestante (inalada 3 minutos, injetável 15 segundos e fumada 7 segundos), absorvida rapidamente e seus efeitos de euforia podem durar em torno de 20 a 30 minutos; o *crack* pode ser absorvido muito mais rápido e tem seu efeito máximo em tomo de 5 a 7 minutos. Mas a ação desta droga no feto é muito mais rápida, uma vez que ao atravessar a placenta atinge sua concentração máxima em 3 minutos na circulação fetal.

Um dado relevante é que 20% da cocaína utilizada pela gestante é absorvida pelo feto, resultando no deslocamento prematuro da placenta, o que pode gerar abortamento espontâneo; crescimento retardado do feto; baixo peso ao nascer;

riscos de infecções no feto; óbito fetal tardio. Verificaram-se também más-formações congênitas em pelo menos 3% dos fetos expostos aos agentes nocivos.

Ainda segundo os autores, mencionados no estudo supracitado, Kronbauer *et al* e Carvalho *et al*, das Revistas Amrigrs e Feminista, respectivamente, ressaltam que outros efeitos das drogas nos fetos são:

Atraso motor e cognitivo, dificuldade de atenção, redução na capacidade de habituar-se, diferentes reações verbais, prematuridade, convulsão e diversas malformações nas diferentes estruturas do organismo como: estruturais, oftalmológicas, cardiovasculares, cerebrais, comportamentais, alterações de crescimento³⁷.

Nesse contexto, nítidas são as consequências que o uso de drogas durante o período gestacional pode ocasionar, com inúmeras sequelas aos fetos expostos a essa situação. Dessa exposição, é premente a tomada de providências para que essas mães e pais tenham informações sobre os malefícios do uso de drogas durante a gestação, não somente para elas como na vida de seus futuros filhos.

Lembrando que o foco está, obviamente, nas mães, mas principalmente no nascituro, haja vista que é um direito que ele tem, conforme a UNICEF, na Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), que elencou entre tais direitos: o de não ser discriminada e o de ser criada em um ambiente digno, que promova sua saúde física, mental, psicológica e intelectual e que a criança também deverá receber a proteção contra quaisquer formas de negligência, abandono, crueldade e exploração³⁸.

A Declaração dos Direitos da Criança (1989), em seu preâmbulo, afirma que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

Assim, faz-se mister tornar efetiva essa proteção ao nascituro, como pessoa que se encontra em estado de vulnerabilidade na situação de drogadição, especialmente da mãe, uma vez que

seus direitos devem ser protegidos e garantidos.

Tratando-se de tema pouco suscitado e com raras decisões judiciais, no que se refere à indenização dos pais em decorrência de sua atitude nefasta, o dano causado à saúde dessas crianças assume proporções maiores, gerando problemas humanos e sociais de difícil reparação após o nascimento.

A Corte Britânica, em 2014, em decisão que certamente é um precedente judicial, discutiu se a mãe de uma criança gerada sob risco pela drogadição deveria indenizar a filha pelos danos físicos ocasionados. O que se verificou nessa ação judicial em que uma menina de 6 anos, representada pelo Conselho Tutelar, procura responsabilizar sua mãe pelo fato de ela 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.³⁹ A decisão a ser tomada deve gerar um novo passo em relação à responsabilização da conduta dos pais para com os filhos, mesmo durante a vida intrauterina.

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 os direitos da criança.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou luzes sobre as consequências ocasionadas pela ingestão de drogas pelos pais antes do nascimento da criança. Trata-se de tema ainda pouco abordado pela sociedade e pela academia. A discussão sobre uma eventual responsabilização da genitora, em especial, passa pelo reconhecimento ou não dos direitos do nascituro desde a concepção.

Como vimos, em sua maioria, a doutrina nacional filia-se

à teoria natalista, ou seja, existe uma potencial proteção aos interesses da criança, desde que esta nasça com vida. Nesta perspectiva, segundo a legislação pátria, restaria de difícil sustentação qualquer reparação de danos à criança que foi gestada sob efeito de drogadição pela mãe, ou até de consumo de cigarro pelo pai, tendo a mãe e o bebê como fumantes passivos.

No entanto, alguns estudiosos brasileiros, filiam-se à teoria concepcionista, afirmando que o Código Civil brasileiro adota sim esta teoria, pela qual, desde a concepção, a criança gerada possui individualidade própria, distinta da mãe, possui uma estrutura biológica e genética autônoma. Diante desta condição peculiar, de ser humano em formação, fica evidenciada a necessidade de proteção desde a sua concepção.

Nessa perspectiva, há que se suscitar sobre consequências e responsabilidades da violação do embrião pelo consumo, especialmente pela mãe, de álcool, drogas e nicotina. Assim, em que pese a lei brasileira e internacional protegerem os direitos do nascituro, é absolutamente necessário que este direito seja, de fato, garantido desde a sua concepção, para evitar que a omissão dos cuidados elementares dos pais venha a trazer sequelas irreparáveis em crianças gestadas nestas condições.

A decisão citada no decorrer do trabalho, da condenação de mãe que não tomou os cuidados necessários com a própria saúde, apesar de alertada, e pelo feto, pode ser um precedente nesta discussão. Alerta para o fato de que o direito à vida e à saúde deve prevalecer sempre, ainda mais em se tratando de uma vida em formação.

A responsabilização, conforme decidiu a justiça britânica, envolve a esfera cível e a penal. Os danos relacionados a má-formações, tanto em órgãos internos como rins, pulmões, redução da capacidade cognitiva, assim como deformidades externas, dentre outras, suscitam uma responsabilidade patrimonial, tendo em vista as limitações a que fica sujeito o indivíduo, quer de forma temporária ou permanente.

A promotora, no caso em tela, também pediu a condenação criminal da mãe por lesão corporal grave, já que houve lesões permanentes à filha. Também pediu a condenação por tentativa de homicídio, uma vez que de seu comportamento negligente

poderia resultar a morte do feto.

Como se verificou, a discussão que envolve estas possíveis responsabilizações dos pais é bastante recente e peculiar por envolver direitos de quem ainda não nasceu. A questão ainda não chegou aos tribunais brasileiros, mas certamente dentro de um futuro breve poderá preocupar nossos julgadores. Mesmo que na legislação pátria não fique evidenciada a adoção da teoria concepcionista, entendemos que há que se considerar o nascituro como um indivíduo próprio, com direitos e interesses a serem especialmente tutelados pela sua condição peculiar.

Quando o legislador prevê estes direitos fundamentais, individuais e sociais, como o direito à vida e à saúde, não o faz apenas de forma retórica. Ao contrário, o sentido que se deve vislumbrar na lei é a proteção total da dignidade da pessoa humana, desde a sua origem, para que o ser humano existente no útero materno, ao nascer, possa dispor de todas as capacidades e aptidões que uma gestação saudável pode proporcionar.

NOTAS DE REFERÊNCIAS (ENDNOTES)

1. FERREIRA, Sandro de Souza. **O conceito de pessoa e a sua extensão a animais não-humanos**. Revista Unisinos. v. 1, n. 1, 2005, p. 75.
2. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 126.
3. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 212.
4. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 212-213.
5. CULTURAL, Larousse. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda, 1992, p. 777.
6. BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.
7. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Cap. VI.
8. 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.
9. Para obter um conhecimento mais aprofundado acerca da teoria natalista e a da personalidade condicional, consultar a obra de TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: Lei de Introdução e parte geral**. Prefácio de Maria Helena Diniz. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 117-119.
10. Seguem essa teoria, entre outros, Orlando Gomes e Pontes de Miranda.
11. Esta teoria ganha ênfase em Arnold Wald e Miguel Maria de Serpa Lopes.
12. 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.

13. SZANIAWSKI, Elimar. O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol. 46, n. 0, 2007, p. 171. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14978/10030>>. Acesso em: 20 abr. 2017.
14. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160.
15. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 146-147.
16. MENEZES, Pablo de Godoy. O desenvolvimento na vida intrauterina: uma política de saúde preventiva. **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 abr. 2017, s.p.

17. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 147.
18. MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Vida humana: Abordagem sob o ponto de vista dos avanços científicos e da necessidade de adequação dos conceitos jurídico tradicionais. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). **Biodireito constitucional**: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2010, p.46.
19. BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, DF, 1988.
20. SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 226.
21. BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.
22. SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.
23. GLASENAPP, Ricardo; *et al.* O princípio da igualdade aplicado ao direito de acesso à saúde. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (coords.). **Biodireito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 135.
24. GLASENAPP, Ricardo; *et al.* O princípio da igualdade aplicado ao direito de acesso à saúde. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (coords.). **Biodireito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 137.
25. BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, DF, 1988.
26. O piso vital mínimo, expressão da moderna doutrina brasileira, encabeçada por Celso Antonio Pacheco Fiorillo e incorporada por Rizzatto Nunes, serviu para sintetizar e clarear o conteúdo do artigo 6º da Carta Magna, que alicerça aqueles direitos essenciais ou imprescindíveis à sadia qualidade de vida (arts.

6º e 225 da CF), quais sejam, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (AFONSO, S. A., s. p., disponível em: <http://www.sccb.adv.br/eng/views/artigo.php?id=6>, acesso em: 20 jun. 2016).

27. SILVA, Ivana. **Tabagismo: o mal da destruição em massa.** Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/tabagismo.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2017.
28. Para ver o estudo na íntegra, acessar o site da Universidade de Durham. **High-definition scans suggest effects of smoking may be seen in unborn babies.** 23 mar 2015. Disponível em: <https://www.dur.ac.uk/news/newsitem/?itemno=24163>. Acesso em: 06 mai. 2017.
29. REISSLAND, Nadja. Universidade de Durham. **High-definition scans suggest effects of smoking may be seen in unborn babies.** 23 mar 2015. Disponível em: <https://www.dur.ac.uk/news/newsitem/?itemno=24163>. Acesso em: 25 abr. 2017.
30. CARVALHO, Cibele. **Estudos mostram como a expressão facial de fetos se altera em mães fumantes.** Disponível em: <<https://familia.com.br/8786/filhos/estudos-mostram-como-a-expressao-facial-de-fetos-se-altera-em-maes-fumantes>>. Acesso em: 22 jun. 2016.
31. BRASIL, OMS. **Cigarro mata mais de 5 milhões de pessoas, segundo OMS.** 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/08/cigarro-mata-mais-de-5-milhoes-de-pessoas-segundo-oms>>. Acesso em: 22 jun. 2016.
32. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas Universidade Federal de São Paulo – CEBRID – Livro Informativo sobre Drogas Psicotrópicas, 2003, p. 7. Disponível em: <http://www.cebrid.epm.br/index.php>. Acesso em: 24 abr. 2017.
33. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas Universidade Federal de São Paulo – CEBRID – Livro Informativo sobre Drogas Psicotrópicas, 2003, p. 7. Disponível em: <http://www.cebrid.epm.br/index.php>. Acesso em: 24 abr. 2017.

34. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas Universidade Federal de São Paulo – CEBRID – Livreto Informativo sobre Drogas Psicotrópicas, 2003, p. 7-8. Disponível em: <http://www.cebrid.epm.br/index.php>. Acesso em: 24 abr. 2017.
35. UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS. Drogas: um dos principais problemas de saúde pública no mundo. Disponível em: <<http://www.unasus.ufma.br/site/servicos/noticias/28-dependencia-quimica/692-drogas-um-dos-principais-problemas-de-saude-publica-no-mundo>>. Acesso em: 20 abr. 2017.
36. SILVA, Thais Pinto da; TOCCI, Heloisa Antonia. **Efeitos obstétricos, fetais e neonatais relacionados ao uso de drogas, álcool e tabaco durante a gestação**. Revista Enfermagem UNISA, 2002; 3: 50-6. Disponível em: <<http://www.unisa.br/graduacao/biologicas/enfer/revista/arquivos/2002-10.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
37. SILVA, Thais Pinto da; TOCCI, Heloisa Antonia. **Efeitos obstétricos, fetais e neonatais relacionados ao uso de drogas, álcool e tabaco durante a gestação**. Revista Enfermagem UNISA, 2002; 3: 50-6. Disponível em: <<http://www.unisa.br/graduacao/biologicas/enfer/revista/arquivos/2002-10.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
38. BRASIL. **Decreto n.º 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 20 abr. 2017.
39. 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: 24 abr. 2017.