

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA



ALESSANDRO FELIX DE SOUZA

**RECONHECIMENTO DO NASCITURO
COMO SUJEITO DE DIREITOS**

Caratinga/MG

2017

ALESSANDRO FELIX DE SOUZA

**RECONHECIMENTO DO NASCITURO
COMO SUJEITO DE DIREITOS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga — FIC, como exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor MSc. Daniel de Araújo Ribeiro.

FIC

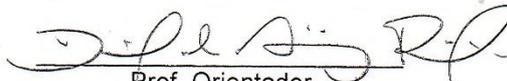
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
Reconhecimento do nascituro como sujeito de direitos elaborado pelo aluno **Alessandro Felix de Souza**
foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 06 de Dezembro 2017


Prof. Orientador


Prof. Avaliador 1


Prof. Avaliador 2

“Educação não transforma o mundo.

Educação muda pessoas.

Pessoas transformam o mundo”.

(Paulo Freire)

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo “in memoriam” a minha amada mãe, Ângela Maria Bonfá, exemplo de vida. Uma mãe exemplar, que lutou muito para educar os filhos, que com muita fé e dedicação ao trabalho, esforço, honestidade, simplicidade e respeito ao próximo e à natureza, venceu uma série de dificuldades típicas dos trabalhadores do campo, dentre elas, a falta de apoio e toda sorte de adversidades de seu tempo. Não são poucos os admiradores que deixou, dentre os quais, sou um dos mais ardorosos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado saúde, força e capacitado para superar as dificuldades, sendo meu refúgio e fortaleza.

A minha amada esposa, Marinez M. de Salles, que a mais de uma década o Senhor Deus me presenteou. Obrigado pelo apoio incondicional, a paciência, pelo incentivo, pela força e principalmente pelo carinho. Valeu a pena toda distância, todo sofrimento, todas as renúncias... Valeu a pena esperar... Hoje estamos colhendo, juntos, os frutos do nosso empenho!

A esta universidade e todo seu corpo docente, além da direção e a administração, que realizam seu trabalho com tanto amor e dedicação, trabalhando incansavelmente para que nós, alunos, possamos contar com um ensino de extrema qualidade.

Ao meu orientador Professor, Daniel de Araújo Ribeiro, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus irmãos, que mesmo distantes, torcem pelo meu triunfo e não deixam também de serem importantes nesta conquista.

A minha cunhada Regina Daniela M. de Salles, uma irmã que o Senhor Deus me presenteou.

Ao meu pastor e amigo, Osmar Júnior, responsável direto por essa conquista, obrigado por ter me incentivado e feito acreditar que seria tudo possível.

A Igreja Presbiteriana de Vargem Alegre, pelas orações e apoio.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso tem enfoque no que diz respeito ao reconhecimento do nascituro como sujeito de direitos, sendo ele, o ser humano em desenvolvimento, que está concebido no ventre materno, prestes a nascer. Seus direitos são juridicamente protegidos à luz do Código Civil, da Constituição brasileira de 1988, Código Penal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para estudo e melhor entendimento, foram abordadas as teorias Natalista, a teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicionada. Justifica-se o estudo na existência de divergência dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a possibilidade ou não de ser reconhecida a personalidade jurídica do nascituro, visando assim, um entendimento claro e uníssono sobre o tema. Na oportunidade, foi utilizada a metodologia de estudo bibliográfica, com minuciosa análise nas doutrinas de vários autores, bem como de artigos, em diversos diplomas jurídicos, que tratam do referido assunto.

Palavras-chaves: Discriminação; Direitos do Nascituro; Direitos Humanos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - DO NASCITURO.....	13
1.1 Pessoa.....	14
1.2 Personalidade Jurídica.....	15
1.3 Capacidade Jurídica.....	17
1.4 Considerações Históricas.....	18
1.4.1 Grécia Antiga.....	18
1.4.2 Roma Antiga.....	19
1.4.3 Idade Média.....	20
1.4.4 Direito Comparado.....	21
1.4.5 Nascituro No Código Civil Brasileiro.....	24
CAPÍTULO 2 - DIREITOS DO NASCITURO.....	27
2.1 Escolas Doutrinárias.....	28
2.1.1 Teoria Natalista.....	28
2.1.2 Teoria da Personalidade Condicional.....	30
2.1.3 Teoria Concepcionista.....	32
CAPÍTULO 3 - DIREITOS DO NASCITURO FRENTE A MAGNA CARTA DE 1988... 36	
3.1 Direito à vida.....	37
3.1.1 Sujeito de Direitos ou Processual.....	39
3.2 Análise Jurisprudencial.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

O estudo do ser humano sempre se fez presente dentre os doutrinadores do Direito, surgindo assim, polêmicas e infinitas discussões desde a antiguidade clássica. Na oportunidade, iremos discorrer sobre o Nascituro, e se o mesmo é sujeito de Direitos, aquele ser em desenvolvimento, que está prestes a nascer.

No artigo 2º do Código Civil é estabelecido que a personalidade tem início com o nascimento com vida, adquirindo assim, direitos e obrigações. Porém encontramos na segunda parte do referido artigo pondo a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção, não o reconhecendo como pessoa, restando com isso à dúvida: Seria o Nascituro sujeito de Direitos, embora desprovido de personalidade Jurídica? Mesmo que tal vida ainda não possua personalidade jurídica, esse embrião já tem tutelados alguns direitos, como por exemplo, o de alimentos gravídicos, sendo um auxílio destinados às mulheres que se encontram no período de gestação.

Existem muitas controvérsias e a acerca destes direitos trataremos algumas teorias, dentre elas estão, a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicionada. A Teoria Natalista defende que a pessoa só é sujeito de direitos a partir do nascimento com vida, momento em que adquire personalidade, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, primeira parte. Esta teoria é defendida por grande parte da doutrina, mas não é unânime. Para esta corrente o nascituro não é sujeito de direitos, é mero expectador de direitos, pois só será titular dos mesmos com o nascimento com vida. Já a Teoria da Concepção ou Teoria Concepcionista preceitua que a pessoa é considerada sujeito de direitos a partir da concepção no ventre, ou seja, desde a concepção o ser possui personalidade, e merece proteção jurídica, de acordo com o que dispõe o artigo 2º do Código Civil, segunda parte.

São correntes defendidas por alguns doutrinadores e juristas renomados, como por exemplo, André Franco Matoro que defende a tese concepcionista, dizendo ser o feto, pessoa com personalidade jurídica.

Se o Código fala em “direito” do Nascituro, é porque lhe reconhece a personalidade, pois, como vimos, todo titular de direitos é pessoa. Se os nascituros não são pessoas, qual o motivo das leis penais e de

polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo de punir-se o aborto? E, acrescenta: Não concebe que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos sem que seja pessoa. Se atribuírem direitos às pessoas, por nascer; se os nascituros são representados, dando-lhes o curador, que se tem chamado Curador ao ventre; é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar, também não seriam pessoas os menores impúberes, ao menor até certa idade.¹

Com tudo outros doutrinadores defendem a tese natalista, sendo para muitos a doutrina majoritária. Essa corrente defende que a personalidade jurídica é adquirida apenas com o nascimento com vida. Nesse sentido, o nascituro teria apenas expectativa de direitos. Em relação a essa teoria, leciona Flávio Tartuce (Manual de Direito Civil, 4ª edição, 2013, página 79) o seguinte:

“a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”.

A Teoria da Personalidade Condicional apresenta-se como uma mistura das duas teses anteriormente explanadas, apontando alguns autores como uma subdivisão da visão concepcionista da personalidade jurídica do nascituro. Oferece uma visão onde reconhece a personalidade desde a concepção, porém condicionada ao nascimento com vida.

Os alimentos inerentes ao nascituro estão relacionado com uma questão vinculada ao mais essencial direito do ser humano, ou seja, o direito à vida. Sendo o primeiro direito fundamental do qual todos os demais direitos se originam e também dependem. O direito à vida necessita de especial proteção da norma jurídica, ao mesmo tempo que sem ele não há que se falar em uma tutela eficaz dos direitos fundamentais.

O embrião, ou 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

¹ MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25ª ed. São Paulo: RT, 2000. Disponível no site, http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAX_MAF/direitos-nascituro-controversias-sobre-inicio-personalidade-civil-pessoa-humana-no-direito-brasileiro?part=5. Acesso em 13/11/2017

constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material após nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.²

Sendo assim, os alimentos do nascituro, que possui como finalidade principal possibilitar o nascimento e a concretização do direito à vida, apresentam-se como fundamentais a uma tutela eficaz da pessoa humana. Denominando-se alimentos para fins jurídicos, tudo aquilo que é necessário para garantir a subsistência humana.

A noção de subsistência passou a ser entendida não apenas a alimentação propriamente dita, mas compreende também gastos com vestuário, educação, assistência médica e até mesmo o lazer.

“A expressão ‘alimentos’ vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. “Engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar seu valor”.³

Assim, o presente trabalho, visa explicar as teorias acerca da personalidade do nascituro, bem como os direitos a eles conferidos. A proposta metodológica adotada no presente estudo foi a pesquisa bibliográfica, analisando-se artigos científicos e doutrinas de diversos autores que tratam sobre o assunto.

Foi o trabalho monográfico dividido em três capítulos. O primeiro capítulo trataremos de conceituar com a ajuda doutrinária o nascituro, o que vêm a ser personalidade jurídica, capacidade jurídica e natureza jurídica. Traz um breve histórico sobre o nascituro ao longo dos séculos, começando pela Grécia Antiga, Roma, até chegar no ordenamento pátrio atual. Sendo feito um estudo de Direito Comparado com alguns países.

No segundo Capítulo trataremos dos Direitos do nascituro, passando pelas três teorias doutrinárias, estudando-as, apontando posicionamentos doutrinários com fundamentação das mesmas.

No nosso último e derradeiro Capítulo, vamos contextualizar os Direitos do nascituro frente a Constituição Federal de 1988, começando pelo direito a

² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 19ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

³ DIAS, Maria Berenice. Conversando Sobre Alimentos. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

vida que é uma garantia fundamental, respeitando assim, a dignidade da pessoa humana com direitos inerentes não apenas aos já nascidos, mas aos concebidos que segundo o nosso ordenamento lhes atribuem alguns. Por fim, buscar descobrir se o nascituro é sujeito de direitos ou processual, não deixando de passar pela análise jurisprudencial.

CAPÍTULO I - DO NASCITURO

Nascituro é um feto. Tudo começa com a fecundação do óvulo, com a fixação do zigoto⁴ na parede do útero pelo espermatozoide. Desde então o ser ali gerado é chamado de nascituro. É o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno. A palavra nascituro se originou a partir do latim *nascitūrus*, que significa "que deve nascer".⁵ Segundo Francisco Amaral "o nascimento é o fato, natural ou artificial, da separação do feto do ventre materno. Com a primeira respiração tem início o ciclo vital da pessoa, marcando, também, o nascimento, o início da capacidade de direito." Significa que, verificado o nascimento e o início da vida com a penetração do ar nos pulmões, firma-se a capacidade jurídica do recém-nascido.⁶

Para Caio Mário da Silva:

O Nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há que se falar, portando, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito. Tão certo é isso que, se o feto não vem a termo, ou se não nasci vivo, a relação de direito não chega a se formar, nenhum direito se transmite por intermédio de natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.⁷

Existe uma grande controvérsia se, mesmo tendo vida, um feto pode ser considerado um ser humano e quais direitos que este ser possui e se o mesmo pode ser considerado como sujeito de Direito.

⁴ Zigoto, ou célula-ovo, é a célula formada após a união do espermatozoide (gameta masculino) com o ovócito (gameta feminino). Essa célula é responsável por formar todo o nosso organismo. SANTOS, Vanessa Sardinha Dos. "O que é zigoto?"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-zigoto.htm>>. Acesso em 05 de dezembro de 2017.

⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942.

⁶ AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 219.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217.

1.1 Pessoa

Juridicamente é o sujeito de direitos e deveres, sendo assim, capaz de adquirir direitos, contrair obrigações, podendo ser na espécie física ou jurídica. Mas nesse presente estudo, só a primeira será abordada.

Recorda Paulo Nader:⁸

Pessoa física ou natural é o ser dotado de razão e portador de sociabilidade, condição que o leva a convivência. Por sua constituição corpórea integra o reino da natureza e se sujeita às leis da física em geral. O que o distingue, todavia, é a espiritualidade – dom divino que o singulariza no conjunto da escala animal.

Maria Helena Diniz, em sua obra *Teoria Geral do Direito Civil*, faz uma abordagem sobre o ponto de vista Kelseniano:

Para Kelsen o conceito de sujeito de direito não é necessário para a descrição do direito, é um conceito auxiliar que facilita a exposição do direito. De forma que a pessoa natural, ou jurídica, que tem direitos e deveres, é um complexo destes direitos e deveres, cuja unidade é, figurativamente, expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação dessa unidade. Assim sendo, para Kelsen “pessoa” não é, portanto, um indivíduo ou uma comunidade de pessoas, mas a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos. Logo, sob o entendimento Kelseniano é a “pessoa” uma construção da ciência do direito, que com esse entendimento afasta o dualismo: direito objetivo e direito subjetivo⁹

As divergências a respeito do nascituro não são poucas. Alguns doutrinadores defendem que é um Direito natural desde a concepção o feto ser pessoa, outros, já são adeptos da doutrina natalista, que só passa a considerar como pessoa, a separação do feto do ventre materno. Segundo este entendimento, com a primeira respiração tem início o ciclo vital da pessoa.

⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Vo. I. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.144.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, v.1, 1962, p. 320.

1.2 Personalidade Jurídica

Na atualidade, a personalidade é a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil, que é indissociável da pessoa humana. A personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida (representado pela respiração do recém-nato). Os direitos da personalidade jurídica são necessários, essenciais ao resguardo da dignidade humana, portanto, universais, absolutos, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis e vitalícios

O próprio Código Civil brasileiro já reconhece a existência do nascituro, ressaltando-lhe direitos. Conforme dispõe *in verbis*: “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”.

Dois são os requisitos que podemos retirar para a caracterização da personalidade, sendo eles: o nascimento e a vida.

Ainda no artigo 1.798, que "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" e o art. 1.799, I, norma que "na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir a sucessão".

No referido artigo encontramos duas situações distintas: na hipótese do art. 1.798, tanto na sucessão legítima como na testamentária os nascituros são aptos a suceder, tanto quanto as pessoas já nascidas.

A teoria dos direitos da personalidade é uma construção relativamente recente, daí as divergências e dificuldades existentes na sua aceitação e compreensão. Sua construção deve-se principalmente: a) ao cristianismo, onde se impetrou a ideia da dignidade do homem, b) à Escola de Direito Natural, firmando a noção de direitos naturais, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo que valorizaram o ser em detrimento ao Estado.

Ensina Caio Mario da Silva Pereira que a “característica essencial da pessoa é a personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”¹⁰. Portanto, personalidade, é atributo jurídico que se dá a um ser status de pessoa.

No entendimento de muitos doutrinadores, toda pessoa é dotada de personalidade. A personalidade é invenção do direito, é atributo ou valor jurídico. A personalidade não é natural. Antigamente havia seres humanos aos quais o Direito não atribuía personalidade. Eram os escravos, considerados coisas perante o ordenamento jurídico.

Para Maria Helena Diniz, “pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”¹¹. Ainda, segundo ela:

Nascituro é aquele que na vida intrauterina tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneceriam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.¹²

É de grande valia ressaltar que não se confundem os conceitos de nascituro com a prole eventual, que são aqueles filhos não concebidos, que podem ou não o ser.¹³

Ainda no entendimento de Rubens Limongi França, completa: “nascituro distingue-se da prole eventual. Também protegido pelo direito e a diferença específica, face a ciência jurídica, está no fato de ser, o nascituro o ente já concebido no ventre materno”.¹⁴

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1977, p. 198.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007, p. 143

¹² DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1998.

¹³ “Uma reflexão interessante sobre o referido dispositivo é se os embriões mantidos em laboratórios, oriundos de reproduções artificiais e excedentes ao processo, se encontrariam amparados pela previsão. Isso porque já são entes concebidos (embora não implantados), afastando-se, no rigor técnico, tanto da categoria de prole eventual (que conforme a lei, se destina a seres ainda não concebidos, ainda não existentes), quanto da modalidade de nascituros, embora nada impeça uma interpretação analógica”. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ARAÚJO, Ana Tereza Meirelles. Tutela Jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Evocati revista** n. 23. Nov. 2007. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=166 >. Acesso em: 05/12/2017

¹⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de Direito Civil. 4ªEd. São Paulo: Saraiva, 1996, p.48

O instituto da prole eventual, de acordo com o inciso I do artigo 1799 do Código Civil, caracteriza-se pela possibilidade de ter capacidade testamentária passiva aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

1.3 Capacidade Jurídica

A capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. Contudo, nem todas as pessoas possuem a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação, que é a aptidão para exercer por si só os atos da vida civil.

A pessoa que possui a capacidade de gozo e a capacidade de ação, terá capacidade plena. E aquela que tiver apenas a capacidade de gozo, possuirá a capacidade limitada ou incapacidade.

Diverge a doutrina à equivalência ou não da capacidade com a personalidade. Sílvia Rodrigues admite “que o homem ter personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos”¹⁵.

A maioria dos estudiosos admite a distinção entre os institutos. Vejamos o que diz Paulo Nader:

Não se confundem os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. Impõe-se a distinção, pois enquanto que o conceito de personalidade jurídica é absoluto, uma vez que dela ninguém possui graus, a capacidade jurídica é relativa pois comporta alguma variação. Assim os estrangeiros possuem personalidade perante a legislação brasileira, mas a sua capacidade jurídica sofre restrições, pois não podem, por exemplo, ocupar certos cargos públicos que são privativos aos brasileiros natos.¹⁶

¹⁵ RODRIGUES, Sílvia, Direito Civil, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v13, p.2.

¹⁶ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, parte geral – vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p145.

Portanto podemos entender que para se adquirir personalidade, basta nascer com vida. Contudo, para ser capaz existem requisitos para serem preenchidos.

Podemos buscar na própria legislação brasileira que prevê três estados de capacidade jurídica: a) Capacidade plena: é a possibilidade plena de exercer pessoalmente os atos da vida civil. B) Incapacidade relativa: situação legal de impossibilidade parcial de realização pessoal dos atos da vida civil, exigindo alguém que o auxilie (assistente). Exemplos: maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, ébrios habituais ou viciados em drogas, entre outros. c) Incapacidade absoluta - situação legalmente imposta de impossibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil senão por representante. Exemplos: menores de dezesseis anos. Com a inserção do "estatuto da pessoa com deficiência, a incapacidade absoluta se resume apenas à faixa etária".¹⁷

1.4 Natureza Jurídica do Nascituro

1.4.1 Grécia Antiga

Na Grécia antiga podemos constatar que se admitiu a capacidade do nascituro, manifesta numa antiga história contada por Plutarco. Que dizia o seguinte:

Polydecte morreu cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o Rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a Rainha tivesse um filho, seria ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de tutor.¹⁸

Pode se ver aqui, que era admitida capacidade do nascituro, com a renúncia de Licurgo da função de rei devido a gravidez da mulher do seu irmão, ou seja, aquele ser havia adquirido o direito de governar Esparta. O primeiro ordenamento a admitir direitos ao nascituro foi na Grécia Antiga. Em Tebas, havia penalidades para quem praticasse o aborto, tutelando assim, de certa

¹⁷ Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vademecum OAB e concursos. Obra. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Art.1 ao 6.

¹⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000

forma, os direitos do nascituro. Platão, só admitia o aborto em casos de interesse estatal. Aristóteles, admitia a prática de aborto no caso em que o feto contrair com alguma deformidade.¹⁹

Os gregos, apesar de divergirem em relação à legislação, proibição e punição do aborto; apresentavam uma concepção inovadora, se comparada ao Direito Romano: eles reconheciam o nascituro como pessoa e assegurava-lhe direitos. Mesmo sendo antiga, a Grécia, talvez por inspiração de seus grandes filósofos, possuía opiniões e senso crítico, que muitos povos ainda hoje não os têm.

1.4.2 Roma Antiga

Roma herdou dos gregos muito de sua cultura. Contudo, foi seu Código de leis o maior legado para o povo ocidental. Portando nele o Jus Naturale, legado de filosofia jurídica; Jus Gentium, direito das gentes; Jus Civile, leis do ordenamento romano, aplicáveis aos cidadãos da época.

No direito romano, pessoa e homem possuíam conceitos distintos. Porquanto este era o conceito biológico, iniciando ao nascer e terminando com a morte; aquela era conceito jurídico, sendo obrigado duas condições: o nascimento perfeito e o status.

Para se ter estatus deveria ser titular de três elementos: 1) *status libertatis*; 2) *status civitatis*; 3) *status familiae*.

Já o natural, seria outros três requisitos:

a) nascimento com vida: de acordo com o Digesto²⁰ 50, 16, 129, os que nasciam já mortos era como se não tivessem nascido. Sendo provada a vida somente com a respiração ou com sons, tendo Justiniano aceito que seria necessário apenas a respiração. Porém para ser titular de direitos deveria ainda

¹⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.17

²⁰ O Digesto, conhecido igualmente pelo nome grego Pandectas, é uma compilação de fragmentos de juristas clássicos. Digesto de Justiniano, *liber primus*: introdução ao direito romano. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p50, 16, 129

de ter o total desprendimento das vísceras maternas, ou seja, rompimento do cordão umbilical.²¹.

b) Forma humana: deveria ter aparência humana e se fosse portador de deficiência física, poderia até ser morto pelo pai. Já que seria considerado um monstro.²²

c) Maturidade fetal ou viabilidade: atingida geralmente depois de seis meses da concepção.

Os Romanos também possuíam três causas restritivas da capacidade de fato: 1) sexo: sendo apenas os homens capazes, sendo excluídas mulheres; 2) idade: os homens eram considerados maiores apenas aos 25 anos, tendo só então plena capacidade de agir; 3) Saúde: os que não tivessem certas enfermidades físicas, ou alienação mental permanentes. Com tudo isso não quer dizer que os romanos não levavam em conta a existência do nascituro. Pois nas palavras de Windscheid, na doutrina da época: “o feto no útero ainda não é homem, porém, se nascer capaz de direitos, a sua existência se considera desde a época da concepção²³

A proteção daqueles que se encontram no útero como se nascidos fossem. Cabia ao *curador ventris*, semelhante ao curador dos dias atuais, defender esses interesses.²⁴

1.4.3 Idade Média

Na Idade Média, o posicionamento da igreja fazia muita diferença, exercendo um monopólio forte que refletia na forma de ser e de viver dos cidadãos da época. A doutrina cristã, que até então era dominante, era de aplicar punição para os que interrompiam a vida intrauterina. Assim, exercendo sua forte

²¹ Digesto 35, 2, 9, 1

²² Digesto 1.5.14

²³ WINDSCHEID APUD BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Edição rev. E atual por: prof. Caio Maria da Silva Pereira. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 77.

²⁴ Digesto 1. 5. 7

influência o catolicismo fortaleceu a autoridade do homem, dentro da célula familiar, tornando-o chefe absoluto.

O Direito Canônico na Idade Média tratava o nascituro como pessoa, pois conforme a tradição religiosa da época julgava que ele tinha alma, portanto, era sagrado. Interessante ressaltar que para Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, “o feto passaria a possuir alma apenas quando tomasse forma humana”, o que só acontecia a 40 dias de gestação de feto homem e 90 dias para mulher.²⁵ Assim, São Tomás de Aquino negava que a alma humana estivesse no embrião, pois era considerado apenas como matéria prima de um ser humano. Esse embrião inicial, pensava ele, “é apenas a matéria prima de um ser humano cujo desenvolvimento é dirigido por uma série de almas, cada qual apropriada ao estágio que alcançou e cada qual corrompida e substituída pela seguinte”.²⁶

Com o passar do tempo, o direito vai se adaptando a necessidade da época, para poder atender aos anseios do ser humano. Com isso, é necessário fazer um breve estudo do Direito Comparado e assim, podermos entender um pouco mais do assunto.

1.4.4 Direito Comparado

Para melhor situar o nascituro no direito brasileiro, se faz necessário o estudo do direito comparado. Pois o Brasil sofre influência e até mesmo influencia outros ordenamentos. Na oportunidade, veremos como alguns países se posicionam.

²⁵ O feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior-quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino. (DWORKIN, Ronald. 2003.p.56

²⁶ Aborto Inseguro: é necessário reduzir riscos. Disponível em: <http://aads.org.br/arquivos/>. Acessado em: 16 nov. 2017.

Apenas três países adotam na lei a concepção sendo ponto de partida da personalidade: Argentina, de forma absoluta, e Áustria e Venezuela, com variantes em seus ordenamentos.

Na Argentina, no artigo 70 do seu Código Civil:

Desde a concepção no útero materno começa a existência das pessoas; e antes de seu nascimento podem adquirir alguns direitos, como se já tivesse nascido. Esses direitos ficam irrevogavelmente adquiridos se os concebidos no útero materno nascerem com vida, ainda que do lado de fora por pequeno lapso de tempo depois de estar separado de sua mãe.²⁷

Com isso, o doutrinador argentino Roland Arazi afirma que as pessoas naturais ou de existência visível adquirem capacidade para ser parte, desde a concepção e a perdem com sua morte.

Já na Espanha a personalidade se inicia com o nascimento. Encontramos no artigo 29 do Código Civil Espanhol o seguinte: “O nascimento determina a personalidade, porém, o concebido se ter por nascido para todos os efeitos que lhe sejam favoráveis, sempre que nasça com as condições que expressa o artigo seguinte”.²⁸

No artigo 30 do já mencionado Código, encontramos que deveria ainda para essas condições ter forma humana e viver vinte quatro horas literalmente separado do corpo materno.²⁹

Na Itália, também se estabeleceu o nascimento sendo o marco inicial da personalidade. Tendo como título: Delle Persone Fische (Das pessoas físicas), em seu artigo 1º diz o seguinte: “A capacidade jurídica se adquire no momento

²⁷ “Desde la concepción en el seno materno comienza de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. ARAZI, Roland. Derecho Procesal Civil y comercial, T. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p.112.

²⁸ “Código Civil Espanhol: Real Decreto de 24 de julio de 1889, Gaceta de Madrid Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, Acesso em: 20/11/2017

²⁹ Art. 30 del Código Civil Espanhol: Real Decreto de 24 de julio de 1889, Gaceta de Madrid de la edición reformada del Código Civil

do nascimento. E o direito que a lei reconhece em favor do concebido é subordinado ao evento do nascimento”³⁰.

O Código Civil português reconhece direitos ao nascituro, dependendo, porém, do nascimento com vida, momento este que adquire personalidade jurídica.³¹

Nascimento para os irmãos portugueses, é o indivíduo sair do ventre da mãe e ficar totalmente separado dela, pois enquanto alimentado pelo sangue materno, a criança não tem vida própria.

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos,³² “o nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe”³³. O entendimento do ilustre professor foi usado como fundamento pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal para decidir que um bebê tem direito de receber indenização por danos morais porque seu pai morreu antes dele nascer.³⁴

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça Português: “a partir do momento da concepção, já existe um ser humano dotado de personalidade jurídica. Não cabe à lei retirar esse direito”.³⁵

No entanto, o tribunal de segunda instância, entendeu de maneira diferente: “o artigo deixa claro que o nascituro não tem personalidade jurídica e não pode, por isso, ter a sua dignidade ofendida”.³⁶

³⁰**Codice Civile Italiano**, REGIO DECRETO 16 marzo 1942 , n. 262, Art, 1º capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.

³¹ A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

³² Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

³³Aline Pinheiro, Revista **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2014.Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/nascituro-personalidade-juridica-stj-portugal>, acesso em: 18-11-2017.

³⁴Aline Pinheiro, Revista **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2014.Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/nascituro-personalidade-juridica-stj-portugal>, acesso em: 18-11-2017.

³⁵CASSETARI. Arquivo do mês: abril 2014.28 DE ABRIL DE 2014 · 18:04.Disponível em: <https://profcassettari.wordpress.com/2014/04/>, acesso: 18-11-2017

³⁶CASSETARI. Arquivo do mês: abril 2014.28 DE ABRIL DE 2014 · 18:04.Disponível em:

Pelo que se pode observar, existe uma grande divergência entre doutrinadores pelo mundo afora, porém grande parte dos países adotam o nascimento com vida como marco inicial para a personalidade jurídica. Entendimento este que já era adotado em Roma, que muito inspirou a maioria dos países como tal entendimento em seus ordenamentos.

1.4.5 Nascituro No Código Civil Brasileiro

O Brasil se inclui entre os países que adota o nascimento com vida sendo marco inicial para a personalidade jurídica. Pensamento este, como já mencionado acima, da maioria dos países.

No Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Então, segundo o Código Civil, nascituro é um ser já concebido e que poderá ser sujeito de direitos no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de *direito eventual*, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para quem nem ainda foi concebido³⁷. Assim, basta que se nasça com vida para que seja adquirida a personalidade.

A lei brasileira foi fortemente influenciada pela Igreja, e embora o Estado seja laico, a sacralidade da vida prevalece, é o que aponta Oliveira Queiroz: “O Direito Brasileiro foi fortemente influenciado pelo Direito Canônico. As igrejas cristãs justificam-se a doutrina de fé baseada no respeito à vida humana e, com isso, sempre manteve punição para a interrupção da vida intrauterina”.³⁸

O Código Civil, em seu artigo 2º, segunda parte mostra que a lei coloca a salvo os direitos do nascituro, *in verbis*: “A personalidade civil da pessoa começa

<https://profcassettari.wordpress.com/2014/04/>, acesso: 18-11-2017

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 45. ed. Revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 59.

³⁸ Paula de Abreu Pirota Castilho, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31789/teorias-sobre-o-inicio-da-personalidade-e-a-protecao-do-nascituro>. Acesso em: 18-11-2017

do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Nos dizeres de Oliveira Queiroz:

É importante que se tenha em mente a noção clara de personalidade civil e o momento e seu começo, pois é a partir de sua obtenção que a pessoa adquire direitos e contrai obrigações. Os direitos do nascituro são tutelados pela lei civil, que os põe a salvo desde a concepção, e também pela lei penal, tendo em vista a punição do aborto, do infanticídio durante o parto, da periclitación da vida e da saúde, entre outros.³⁹

Na segunda parte do mencionado artigo do Código Civil, foi adotada a teoria concepcionista que considera o direito da personalidade logo após a concepção.

De acordo com Moura Alessandro:

Entende-se por nascimento a cisão entre mãe e filho, isto é, a retirada da criança do útero materno, seja no período adequado ou não, por meio de parto normal ou procedimento invasivo. É o início da vida extrauterina, o momento em que o nascituro se desvincula do corpo materno para adquirir ou não vida própria. Para o nascimento com vida, exige-se que o indivíduo tenha respirado, isto é, realizado ao menos uma troca ox carbônica com o meio ambiente, ainda que não se tenha cortado o cordão umbilical⁴⁰

A delimitação do início da personalidade civil se faz influência para a caracterização de sujeito de direito e obrigações. Segundo Caio Alberto da Mota Pinto, a noção de personalidade jurídica está atrelada à “aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas”.⁴¹

O autor lusitano, que, em conformidade à legislação portuguesa, acredita que o início da personalidade se dá com o nascimento e a separação completa

OLIVEIRA, José Sebastião de. QUEIROZ, Meire Cristina. A tutela dos direitos do nascituro e o biodireito. Disponível. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_378.pdf, acessado dia 12.09.2013.

⁴⁰ MOURA, Alessandro. AS TEORIAS DO NASCITURO E O CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL, p.09, Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380> Acessado dia 05.11.2017

⁴¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p.201

e com vida do filho do corpo da genitora, entende que até o nascimento estamos diante da problemática de direitos sem sujeitos.

A controvérsia decorre de questionamentos tais como se o indivíduo passa a contrair direitos e obrigações a partir de sua personalidade jurídica ou mesmo antes dela.

CAPÍTULO 2 - DIREITOS DO NASCITURO

Muitos ainda são os questionamentos acerca dos direitos do nascituro, bem como a forma pela qual devem ser tutelados. Como já vimos, nascituro é aquele ser que ainda não nasceu, mas está em vias de nascer. Embora esteja em desenvolvimento, o nascituro pode ter seus direitos resguardados e é possível, inclusive que seja parte em ação judicial, desde que representado por sua genitora ou outro responsável.

Desde tempos remotos, como se viu no capítulo anterior, se discute acerca dos direitos daquele que foi gerado, mas ainda não nasceu. Em Roma, existia a teoria da condição da viabilidade, aceita por alguns doutrinadores ainda nos dias de hoje como Reinaldo Porchat que,

só é pessoa aquele que nasce vivo e tem condições para continuar a viver, em virtude de ter completado, no útero materno, o tempo natural de gestação perfeita. Essa indagação era importante também para se determinar a legitimidade do filho. Cai sob pátrio poder e, portanto, é filho legítimo o nascido de justas núpcias, gerado durante elas.⁴²

Assim os direitos daqueles gerados antes do casamento eram irrelevantes, se nascidos, não eram reconhecidos, desde que assim não fosse a vontade do poder patriarca.

Para Almeida, “feto imaturo que não consegue sobreviver fora do útero, para a teoria da viabilidade, não merece ter direitos tendo em vista que não viverá para tanto”.⁴³

Sendo assim, segundo o referido doutrinador, se uma criança nasceu com uma doença que a levará a morte em poucos dias, não haverá a aquisição da personalidade.

⁴² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.p.25

⁴³ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P.26

Estabelece o art. 1º do Código Civil de 2002 que com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Ressalta Maria Helena Diniz:

Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. Assim a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa, de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságue numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade, sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.⁴⁴

O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, caput da Constituição Federal Brasileira, direito este, que leva à alguns juristas oferecerem uma certa resistência de tal entendimento de ceifar o direito de nascer do nascituro com anomalias.

2.1 Escolas Doutrinárias

Para melhor conceituarmos se o nascituro é sujeito de direitos ou não, no presente trabalho, vamos levantar três das principais teorias, quais sejam, a teoria natalista, a condicional e a teoria concepcionista. Além destas, alguns pareceres de doutrinadores adeptos as referentes teorias.

2.1.1 Teoria Natalista

Esta teoria defende que a pessoa só é sujeito de direitos a partir do nascimento com vida, momento em que adquire personalidade, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, primeira parte. É defendida por grande parte da

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena, O estado atual do Biodireito. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 10–15.

doutrina, mas não é unânime. Entretanto, a corrente tem embasamento somente na primeira parte do dispositivo, não justificando o reconhecimento presente no mesmo artigo aos direitos do nascituro. Residindo aqui uma das grandes críticas a presente teoria, já que o Código fala expressamente em direitos, não fazendo uso do termo expectativa.

Os principais partidários da teoria natalista foram os comentaristas e doutrinadores clássicos do Código Civil de 1916, como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Eduardo Espínola e Vicente Raó.

Para os mesmos, o ser humano ainda no ventre, não tem existência própria, é parte das vísceras maternas, conforme tradição romana. Não tendo personalidade, conseqüentemente também lhe falta capacidade de direitos.

Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.⁴⁵

Ainda segundo ele: “Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com a vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro”⁴⁶.

O autor Flávio Tartuce critica a teoria natalista⁴⁷ tendo em vista que esta acaba por considerar o nascituro como uma coisa, a partir do momento em que ele só teria mera expectativa de direito. Outra crítica presente no panorama civilista atual com relação à teoria natalista é que esta se encontra totalmente

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil. 23ª ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 1, pp. 184; 186.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I p.218.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 70 - 71.

distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida, bem como da proteção dos direitos do embrião, temas estes que não podem mais ser ignorados, haja vista a desenvolvimento da ciência da Medicina nesse sentido.

Nesse sentido, explana o autor Flávio Tartuce:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.⁴⁸

Os adeptos dessa tese defendem que a titularização de direitos e personalidade jurídica seriam conceitos vinculados, de modo que, inexistindo personalidade jurídica anterior ao nascimento, a consequência lógica é que também não há direitos titularizados pelo nascituro, mas mera expectativa.

2.1.2 Teoria da Personalidade Condicional

A teoria da personalidade condicional reconhece a personalidade jurídica da pessoa humana no momento da concepção, entretanto, sendo esta de maneira condicional. Segundo tal entendimento, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais.

Os adeptos afirmam que nascendo com vida, a existência do indivíduo, no tocante aos seus interesses, retroagiria ao momento da concepção. Os direitos assegurados ao nascituro se encontrariam em estado potencial, ou seja, esperando a realização do nascimento com vida para que fossem seguramente efetivados.

A condição suspensiva está disciplinada no artigo 125 do Código Civil brasileiro, sendo este o pressuposto para que a pessoa possa se tornar titular

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 70 - 71.

dos direitos em face da ocorrência de um evento futuro e incerto, ou seja, enquanto não ocorrer tal evento, a pessoa tem apenas expectativa de direito.

Aqui, para o nascituro, a condição estabelecida é o nascimento com vida, ou seja, a respiração fora do ventre materno, e a tese da existência de direitos sob condição suspensiva encontra-se confirmada no artigo 130 do atual texto do Código Civil *in verbis*: “ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

No entendimento dessa teoria, o nascituro pode ser representado pela mãe, a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, estando a mulher grávida e não havendo outros descendentes, para se aguardar o nascimento. Pode, ainda, propor medidas acautelatórias em caso de dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados em testamento.

Nos dizeres de Miguel Maria de Serpa Lopes:

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinado a condição de que o feto venha a ter existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá se suceder; se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos.⁴⁹

Para Claudia Regina Magalhães Lourenço, “a personalidade se inicia com a concepção desde que se nasce com vida, entretanto, coloca em cheque o fato de os direitos de personalidade serem irrenunciáveis, absolutos, independentemente do nascimento com vida”⁵⁰

Assim, ocorrendo o nascimento sem vida, todos os direitos adquiridos são tidos como nunca existentes.

Como afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro* personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a

⁴⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. PUSSI, Willian Arthur. Personalidade jurídica do nascituro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 94.

⁵⁰ LOURENÇO, Claudia Regina Magalhães. Introdução do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.P.118

concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.⁵¹

Com tudo, tal teoria é criticada pelo apego sob questões patrimoniais, não tendo como foco os direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Aqui, os direitos da personalidade estão sujeitos a condições.

2.1.3 Teoria Concepcionista

Tal teoria preceitua que a pessoa é considerada sujeito de direitos a partir da concepção no ventre, ou seja, desde a concepção o ser possui personalidade, e merece proteção jurídica, de acordo com o que dispõe o artigo 2º do Código Civil, segunda parte.

Surge como uma busca de inovação no pensamento de alguns doutrinadores, os quais passam a admitir que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. A principal precursora da tese concepcionista no Brasil foi Silmara Juny Chinellato, a qual explana que:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.⁵²

A citada autora levanta o argumento de que o nascimento com vida não é o marco inicial para o alcance dos direitos patrimoniais, mas apenas consolida os mesmos, na medida em que passa a se tornar perfeita a possibilidade de defendê-los. Quanto aos direitos da personalidade referente à vida, à integridade física, à honra e à imagem, estes seriam atributos do nascituro desde o momento

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 82.

⁵² ALMEIDA, Silmara J. A. Chionelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000, p 134.

da sua concepção, razão pela qual deve ser protegido pela possibilidade de indenização pelos danos que lhes sejam causados.

A tese sustentada por Silmara Juny Chinellato restou acompanhada por diversos doutrinadores, como Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Flávio Tartuce, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz.

Esta teoria prevalece entre os autores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro, os quais conferem direitos efetivos e reconhecidos ao nascituro desde o momento da sua concepção.

O ordenamento jurídico brasileiro abrange vários dispositivos que conferem direitos aos concebidos e ainda não nascidos, como por exemplo a Lei Federal nº 11.804/2008, Lei dos Alimentos Gravídicos, a qual fora responsável pelo reforço do debate entre o momento de aquisição dos direitos da personalidade, confrontando as teorias aqui levantadas.

No dia 5 de Junho de 2013, a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara aprovou um substitutivo para o Projeto de Lei 478/2007.

Esse substitutivo institui o Estatuto do Nascituro, que concede às crianças que nascerem devido a um abuso sexual, por exemplo, o direito de receber uma pensão alimentícia (no valor de um salário mínimo).

De acordo com o texto, já aprovado como substitutivo na Comissão de Seguridade Social e Família, nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Ele terá assegurado o direito à vida, à saúde e a políticas públicas que garantam o seu desenvolvimento.

Segundo a proposta, o nascituro concebido a partir de estupro terá direito à assistência pré-natal e a ser encaminhado para adoção, caso a mãe assim deseje. Se a mãe vítima de estupro não tiver condições econômicas para cuidar da criança, o Estado arcará com uma pensão até que o esturador seja identificado e responsabilizado pelo pagamento ou a criança seja adotada, se for vontade da mãe.⁵³

⁵³ Ana Raquel Macedo. Agência Câmara Notícias". Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/444095- ESTATUTO-DO-NASCITURO-E-APROVADO-PELA-COMISSAO-DE-FINANCAS-E-TRIBUTACAO.html>. Acessado em: 20/11/2017

Acerca da referida lei, Flávio Tartuce sustenta:

Os citados alimentos gravídicos, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes à 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 como pertinentes.⁵⁴

Os alimentos inerentes ao nascituro estão relacionados com uma questão vinculada ao mais essencial direito do ser humano, ou seja, o direito à vida. Sendo o primeiro direito fundamental do qual todos os demais direitos se originam e também dependem. O direito à vida necessita de especial proteção da norma jurídica, ao mesmo tempo que sem ele não há que se falar em uma tutela eficaz dos direitos fundamentais.

Maria Helena Diniz defende que:

O embrião, ou 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 após nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.⁵⁵

Sendo assim, os alimentos do nascituro, que possui como finalidade principal possibilitar o nascimento e a concretização do direito à vida, apresentam-se como fundamentais a uma tutela eficaz da pessoa humana. Denominando-se alimentos para fins jurídicos, tudo aquilo que é necessário para garantir a subsistência humana.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método. 2012. p. 74.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, 2ª Ed.:São Paulo, Saraiva, 2002, p. 114.

A noção de subsistência passou a ser entendida não apenas a alimentação propriamente dita, mas compreende também gastos com vestuário, educação, assistência médica e até mesmo o lazer.

“A expressão ‘alimentos’ vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar seu valor”.⁵⁶

O vínculo familiar entre o alimentado e o alimentando é fundamental para que possa haver a prestação de alimentos por parte do alimentando.

Os alimentos serão fixados com base na necessidade de quem reclama e na possibilidade da pessoa obrigada, baseado no Princípio da Proporcionalidade. São avaliadas as condições do alimentante através dos seus rendimentos e as necessidades para que o alimentado mantenha a sua condição social. Os rendimentos poderão ser obtidos através da quebra de sigilo bancário, ou até mesmo declarações de imposto de renda.⁵⁷

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo o nascituro já como um filho concebido, essencialmente levando em consideração as despesas que a genitora tem para resguardar uma gestação saudável, bem como as despesas do parto.

Desde o momento da concepção, o ser humano – por sua estrutura e natureza – é um ser carente por excelência; ainda no colo materno, ou já fora dele, a sua incapacidade ingênita de produzir meios necessários à sua manutenção faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração.⁵⁸

A responsabilidade em alcançar alimentos aos seus filhos é recíproca dos genitores, conforme a suas possibilidades econômicas, o que não altera o dever de prestar alimentos.

Incube aos genitores – a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos.⁵⁹

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, P. 407

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, P. 433.

⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos, 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p. 29.

⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p.30.

Silmara Juny Chinellato especifica direitos dos quais o nascituro é titular desde o momento da sua concepção, fundamentando, assim, a sua tese concepcionista.

O nascituro é pessoa desde a concepção. Nem todos os direitos e estados a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como, por exemplo: o estado de filho (art. 458 do CC) – antes da Constituição de 1988 tinha o status de filho “legítimo” (art. 338 do CC) e de filho “legitimado” (art. 353 do CC) –, o direito à curatela (arts. 458 e 462 do CC) e à representação (art. 462 caput c/c arts. 384, V e 385, todos do CC), o direito ao reconhecimento (parágrafo único do art. 357 do CC e parágrafo único do art. 26 do ECA), o de ser adotado (art. 372 do CC), o direito à vida, o direito à integridade física (lato sensu), ambos direitos da personalidade, compreendendo-se, no último, o direito à integridade física (stricto sensu) e à saúde – direitos absolutos – e o direito a alimentos, reconhecido ao nascituro desde o Direito Romano, respaldado no Brasil por expressiva doutrina e novos acórdãos.⁶⁰

Sendo assim, os alimentos do nascituro, que possui como finalidade principal possibilitar o nascimento e a concretização do direito à vida, apresentam-se como fundamentais a uma tutela eficaz da pessoa humana.

⁶⁰ CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela Civil do Nascituro**. Publicado em 02/05/2001 no sítio www.saraivajur.com.br. Acesso em 05 dez 2017

CAPÍTULO 3 - DIREITOS DO NASCITURO FRENTE A MAGNA CARTA DE 1988

3.1 Direito à vida

A Constituição Federal Brasileira, em seu exaustivo rol de garantias fundamentais, consigna expressamente o direito à vida. Com efeito, esta proteção não abrange, tão somente, a vida extrauterina, como também a intrauterina, pois se ao contrário fosse, a Lei não seria plena e coerente, uma vez que, a partir da concepção, já existe vida.

Nesta defesa à vida, o Estado, acertadamente, põe a salvo os direitos do nascituro, sendo proibida a prática abortiva. O aborto, assunto de fartas discussões sociais e morais, sob um conceito jurídico, é a interrupção da gravidez, tendo por consequência a morte do feto.

A lei brasileira, entretanto, prevê três hipóteses em que não haverá punição para quem praticar o aborto: a) a primeira está descrita no art. 128, I, do Código Penal e diz respeito a possibilidade de não haver outro meio de salvar a vida da genitora; b) a segunda é o julgamento da ADPF n.54 de 12-04-2012, que decidiu por maioria de votos, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo o qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no referido inciso; c) Já a terceira hipótese é insculpida no inciso seguinte do mesmo artigo e se refere ao caso de a gravidez ter sido consequência de um estupro e que haja o consentimento da gestante, ou se esta for incapaz, de seu representante legal. Observe-se que num caso a lei preocupa-se estritamente com o direito à vida da gestante, enquanto noutro caso a lei atem-se especificamente ao aspecto de ordem moral.

O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, caput da Constituição Federal Brasileira, *in verbis*: Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Ela garante proteção à vida e trata-se de um direito inviolável conforme afirma Marcelo Novelino.⁶¹ Segundo o mesmo autor esse Direito pode ser entendido, como o Direito a "permanecer vivo", quanto a ter uma existência digna. Antes de proteger qualquer outro direito é dever do Estado se preocupar com aquele que é o mais importante: o direito à vida humana, que sem este, todos os demais ficam sem fundamento.

O nascituro é titular de direitos personalíssimos, como o direito à vida, tanto é que o aborto é tipificado como crime (artigos 124 a 128 do Código Penal). E o direito à proteção pré-natal, conforme o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Segundo Alexandre Alberton: “Deve ser feita uma interpretação do art. 2º do Código Civil em consonância com o art. 5º da Constituição Federal, sendo, portanto, o nascituro titular do direito à vida, e também aos alimentos, o que irá garantir a subsistência”⁶².

Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu livro Direito Constitucional, diz que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.⁶³

A Constituição Pátria prevê, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, ou seja, o mínimo necessário para garantir a subsistência do

⁶¹ Apostila de Direito Constitucional - Marcelo Novelino

Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6305667/apostila-de-direito-constitucional---marcelo-novelino---lfg-intensivo-i>. p.103. acessado dia 18-11-2017

⁶² ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a alimentos. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 85.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.289.

ser humano. Este princípio nos remete à obrigação alimentar, ou seja, o indispensável para a sobrevivência.

A esse respeito, assinala Sergio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz:

Sem adentrarmos na discussão sobre a dignidade da pessoa humana tratar-se ou não de um princípio de caráter absoluto, entendemos que a dignidade da pessoa deve ser vista como elemento inspirador das decisões judiciais concessivas ou denegatórias de alimentos, implícita ou explicitamente demonstrada no texto da edição, pois não se admite atualmente que o julgador desconsidere este valor fundamental, sendo que os alimentos, em especial, devem ser vistos sob o *prima* do princípio da dignidade porque afetam diretamente a vida do ser humano.⁶⁴

Nesse sentido, as decisões de nossos tribunais vêm caminhando com o entendimento de proteção absoluta ao nascituro, julgando os casos de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A Magna Carta, apesar de não se tratar especificamente dos direitos do nascituro, ela impõe princípios que embasam e preservam os direitos aplicados ao nascituro. Esses princípios, junto com o Código Civil Brasileiro, garantem o direito à vida e à dignidade do nascituro, fundamentando o direito ao alimento.

3.1.1 Sujeito de Direitos ou Processual

Ante o exposto, pode-se observar que o nascituro, de acordo com a Lei Federal nº 10.406, de 10/1/2002 (Novo Código Civil), não é pessoa e só o será se vier a nascer com vida. Contudo, o conflito na doutrina acerca da condição do nascituro deve-se aos termos empregados na segunda parte do artigo supracitado ("mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.").

Orlando Gomes, em seu livro *Introdução ao Direito Civil*⁶⁵, explica que:

⁶⁴ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Orgs.) *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152.

⁶⁵ GOMES Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Ed. Forense, Rio, ed. 1957, n. 75, p. 135.

ao lado da personalidade relevante existe a personalidade presumida e entre os casos de personalidade presumida tem-se a do nascituro, isto porque a lei protege os direitos daquele que foi concebido.

(...)

Ainda não tem personalidade, pois que esta começa com o nascimento, mas, desde a concepção, é como se a possuísse, visto que a própria lei reconhece no nascituro aptidão para ter direitos.

Com tudo, veremos uma breve exposição de alguns dos artigos dispostos pelo Código Civil, Código de Processo Civil e Código Penal.

Art. 542, Código Civil: a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 1.779, Código Civil: dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 650, Código de Processo Civil: Se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento.

Art. 733, Código de Processo Civil: O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. Art. 124, Código Penal: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125, Código Penal: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126, Código Penal: Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art.127, Código Penal: As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios

empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Depara-se com os artigos acima o direito do nascituro em receber doação, herança e de ser curatelado, além de ter seus direitos resguardados no caso de divórcio de seus futuros pais bem como ao seu quinhão correspondente do inventário existente.

Na seara penal, observa-se a proteção ao direito de nascer do nascituro, reprimendo todo e qualquer ato que possa vir a provocar o seu aborto, com as devidas cominações legais.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Nunca restou dúvida, no entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro quanto à aplicação da teoria natalista, qual seja, a pessoa natural começa sua existência com o nascimento com vida e, com isso, a sua capacidade jurídica. Contudo, a novidade permeia-se na crescente aplicação da teoria concepcionista, a qual garante, certa equiparação ente os nascidos e os ainda viventes no ventre materno.

Ainda que timidamente o Código Civil já garanta em seu artigo 2º proteção aos direitos daqueles que possam vir a ser titulares, ainda lhes nega a personalidade jurídica.

O ex-ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao julgar Recurso Especial o qual foi levado ao STJ com intuito de modificar julgado de indenização à filhos cujo pai faleceu em atropelamento, sendo um deles ainda nascituro na ocasião do fato, à época anunciou à Corte, por unanimidade de votos que:

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. (...) certo, esta dor é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo.

Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa.⁶⁶

A mesma Corte, em meados 2007, já sob a vigência do atual Código Civil, anuncia pela voz da Ilustre doutrinadora a ministra Nancy Andrichi que:

é impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. Determinados fatos têm como consequência uma dor moral não diretamente não quantificável – esta aceita de forma unânime como base do sistema – e a de que a dor pela perda de um pai é menor para aquele filho ainda não nascido na data do infortúnio.⁶⁷

Ou seja, é perfeitamente possível falar em direitos reais e concretos já garantidos ao nascituro, não apenas em mera expectativa de efetivação com o nascimento com vida. Pode-se dizer assim, que tal julgado abre caminhos para passos significativos.

Outro direito resguardado ao nascituro é o direito aos alimentos, estipulado pelo artigo 6º da Lei Federal nº 11.804/08 onde o juiz fixa alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança se estiver convencido dos indícios da paternidade. Desta maneira, dá condição ao pré-natal deste nascituro, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Hoje a jurisprudência se mostra favorável a tese do nascituro postular ação de alimentos, conforme demonstra a jurisprudência abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE, NO CASO. 1. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos, qual seja, “indícios de paternidade”, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804 /08, deve ser examinado, em sede de cognição sumária, sem muito rigorismo, tendo em vista a dificuldade na comprovação do alegado vínculo de parentesco já no momento do ajuizamento da ação, sob pena de não se atender à finalidade da lei,

⁶⁶ DIREITO DO NASCITURNO. STJ opta por aplicação da teoria concepcionista. 14 de junho de 2011, 13h02. Por Thaise Formigari Fontana. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-14/stj-opta-aplicar-teoria-concepcionista-direito-nasciturno> acessado em 19-11-2017

⁶⁷ DIREITO DO NASCITURNO. STJ opta por aplicação da teoria concepcionista. 14 de junho de 2011, 13h02. Por Thaise Formigari Fontana. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-14/stj-opta-aplicar-teoria-concepcionista-direito-nasciturno> acessado em 19-11-2017

que é proporcionar ao nascituro seu sadio desenvolvimento. 2. No caso, considerando a carteira de gestante, as fotografias e especialmente as declarações de que as partes mantiveram relacionamento amoroso no ano de 2014, em período concomitante à concepção, há plausibilidade na indicação de paternidade realizada pela agravante, restando autorizado o deferimento dos alimentos gravídicos em 30% do salário mínimo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravamento de Instrumento Nº 70065086043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/08/2015).⁶⁸

O STJ dispõe da abusividade das cláusulas contratuais que estabeleçam prazo de carência para situações de emergência, em que a vida do segurado ou do nascituro encontram-se em risco, tendo em vista que o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse (AgRg no AREsp 570.044/PE). Outro julgado sobre a abusividade de cláusulas diz respeito àquelas que excluem do contrato de plano médico o custeio dos meios necessários ao melhor desempenho do tratamento, em respeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana e o tratamento médico (AgRg no AREsp 364.606/CE). Tem-se, ainda, jurisprudência a respeito da possibilidade de pagamento de indenização por danos morais à ofensa da imagem do nascituro e até mesmo pelo ocasionamento de seu aborto, como nos casos do seguro DPVAT, quando o aborto é provocado pelo acidente de trânsito. (REsp 1415727/SC).⁶⁹

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO À SAÚDE. REALIZAÇÃO DE CESAREANA EM GESTANTE PORTADORA DE HIV POSITIVO. CUSTEIO DA ANESTESIA. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO NASCITURO. 1. Em face do precedente do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 699545/RS) que uniformizou a jurisprudência se tratando de reexames necessários em sentenças ilíquidas desfavoráveis aos Entes Públicos, é de ser conhecido o reexame necessário. 2. Verificada a necessidade de realização de cesariana para fins de preservação dos interesses do nascituro, como forma de garantir seu direito constitucional à vida e à saúde, é de ser confirmada a sentença atacada por seus próprios e jurídicos fundamentos. CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Reexame Necessário Nº 70055198873, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/08/2013)⁷⁰

⁶⁸ JusBrasil.Disponível em: <https://laurenfernandes.jusbrasil.com.br/artigos/459393813/quais-sao-os-direitos-do-nascituro>. Aceso em: 20/11/2017

⁶⁹ FERNANDES. JusBrasil.Disponível em: <https://laurenfernandes.jusbrasil.com.br/artigos/459393813/quais-sao-os-direitos-do-nascituro>. Aceso em: 20/11/2017

⁷⁰ FERNANDES. JusBrasil.Disponível em: <https://laurenfernandes.jusbrasil.com.br/artigos/459393813/quais-sao-os-direitos-do-nascituro>. Aceso em: 20/11/2017

Diante ao exposto, pode-se chegar à conclusão de que os direitos do nascituro estão resguardados tanto pelo Direito Constitucional quanto pelo Direito Civil. Cabe à doutrina e à jurisprudência o papel de preencher lacunas ou obscuridades para a melhor efetivação destes direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda são muitas as teorias e poucas certezas referentes aos direitos dos nascituros, tendo em vista que pelo direito brasileiro a personalidade jurídica, ou seja, a capacidade para se ter direitos e deveres se inicia com o nascimento com vida, entretanto, o próprio dispositivo civil coloca a salvo os direitos dos nascituros.

O ser humano precisa ser protegido desde a sua origem posto que todo e cada nascituro poderá um dia nascer e vir a se tornar de fato um ser humano detentor de dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não se tratar especificamente dos direitos do nascituro, ela impõe princípios que embasam e preservam os direitos aplicados ao nascituro.

Esses princípios, junto com o Código Civil Brasileiro, garantem o direito à vida e à dignidade do nascituro, fundamentando o direito aos alimentos.

A teoria natalista nega quaisquer direitos ao nascituro antes que este nasça com vida; a teoria condicionalista submete o nascituro a uma condição suspensiva de direitos e a teoria concepcionista, concede ao nascituro certos direitos. sua concepção, independente do nascimento com vida para que o nascituro possa ser considerado um sujeito de direitos.

Independentemente da teoria adotada, é consenso entre os doutrinadores de que o nascituro é um ser vivo e que tem direitos desde a sua concepção.

Assim, diante deste estudo, a possibilidade de reivindicar alimentos, baseado no dever de sustento dos pais em relação aos filhos, principalmente nesta etapa da vida dentro do útero materno, onde as necessidades são inúmeras, indo desde gastos médicos e hospitalares, até a vivência sadia da mãe, faz com que a teoria da concepção, no nosso entendimento, seja a mais adequada.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a alimentos. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 85.

Aline Pinheiro, Revista **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/nascituro-personalidade-juridica-stj-portugal>, acesso em: 18-11-2017.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Tutela Civil do Nascituro, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.17, 25, 26 e 134

Apostila de Direito Constitucional - Marcelo Novelino

Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6305667/apostila-de-direito-constitucional---marcelo-novelino---lfg-intensivo-i.p.103>. acessado dia 18-11-2017

ARAZI, Roland. Derecho Procesal Civil y comercial, T. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p.112.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos, 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p. 29 e 30

CASSETARI. Arquivo do mês: abril 2014.28 DE ABRIL DE 2014 · 18:04. Disponível em: <https://profcassettari.wordpress.com/2014/04/>, acesso: 18-11-2017

Código Civile Italiano, REGIO DECRETO 16 marzo 1942 , n. 262,

Código Civil Brasileiro Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vademecum OAB e concursos. Obra. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Art.1 ao 6.

Código Civil Espanhol: Real Decreto de 24 de julio de 1889, Gaceta de Madrid Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, Acesso em:20/11/2017

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela Civil do Nascituro**. Publicado em 02/05/2001 no sítio www.saraivajur.com.br. Acesso em 05 dez 2017

DIAS, Maria Berenice. Conversando Sobre Alimentos. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Digesto de Justiniano, *liber primus*, introdução ao direito romano. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p50, 16, 129

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007, p. 143

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito, 2ª Ed.:São Paulo, Saraiva, 2002, p. 114.

DINIZ, Maria Helena, O Estado Atual do Biodireito. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 10–15.

DIREITO DO NASCITURNO. STJ opta por aplicação da teoria concepcionista. 14 de junho de 2011, 13h02. Por Thaise Formigari Fontana. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-14/stj-opta-aplicar-teoria-concepcionista-direito-nasciturno> acessado em 19-11-2017

DWORKIN, Ronald. 2003.p.56, Aborto Inseguro: *é necessário reduzir riscos*. Disponível em: <http://aads.org.br/arquivos/>. Acessado em: 16 nov. 2017.

FERNANDES. JusBrasil.Disponível em: <https://laurenfernandes.jusbrasil.com.br/artigos/459393813/quais-sao-os-direitos-do-nascituro>. Aceso em: 20/11/2017

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de Direito Civil. 4ºEd. São Paulo: Saraiva, 1996, p.48

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, Ed. Forense, Rio, ed. 1957, n. 75, p. 135.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 82.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. v.1, 1962, p. 320.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. PUSSI, Willian Arthur. Personalidade jurídica do nascituro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 94.

LOURENÇO, Claudia Regina Magalhães. Introdução do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.P.118

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.289.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25ª ed. São Paulo: RT, 2000. Disponível no site, http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAX_MAF/direitos-nascituro-controversias-sobre-inicio-personalidade-civil-pessoa-humana-no-direito-brasileiro?part=5. Acesso em 13/11/2017

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p.201

Moura, Alessandro. As Teorias Do Nascituro E O Contexto Jurídico Nacional, P.09, Disponível Em:

<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380>, acessado dia 05.11.2017

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Parte Geral. Vo. I. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.144, 145

OLIVEIRA, José Sebastião de. QUEIROZ, Meire Cristina. A tutela dos direitos do nascituro e o biodireito. Disponível.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_378.pdf, acessado dia 12.09.2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ARAÚJO, Ana Tereza Meirelles. Tutela Jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Evocati revista** n. 23. Nov. 2007.

Disponível em: <

http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=166 >. Acesso em: 05/12/2017

Paula de Abreu Pirotta Castilho, Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/31789/teorias-sobre-o-inicio-da-personalidade-e-a-protexao-do-nascituro>. Acesso em: 18-11-2017

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1977, p. 198.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217.

Raquel Macedo. Agência Câmara Notícias". Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/Direitos-Humanos/444095- Estatuto-Do-Nascituro-E-Aprovado-Pela-Comissao-De-Financas-E-Tributacao.Html>. Acessado Em: 20/11/2017

SANTOS, Vanessa Sardinha Dos. "O que é zigoto?"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-zigoto.htm>>. Acesso em 05 de dezembro de 2017.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 70 – 71

WINDSCHEID APUD BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Edição rev. E atual por: prof. Caio Maria da Silva Pereira. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 77.