



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

IAM MAUL MEIRA DE VASCONCELOS

O NASCITURO E A PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS

Campina Grande - PB

2010.

Iam Maul Meira de Vasconcelos

O NASCITURO E A PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba – UEPB, como requisito para
obtenção do título de Bacharel

Orientador: Prof^a. Me. Raïssa de Lima
e Melo

Campina Grande - PB

2010.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

V331n Vasconcelos, Iam Maul Meira de.
O Nascituro e a proteção de seus direitos [manuscrito]/
Iam Maul Meira de Vasconcelos. – 2010.
51 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2010.
“Orientação: Profª. Ma. Raïssa de Lima e Melo,
Departamento de Direito Privado”.

1. Direito privado 2. Direitos do nascituro I. Título.

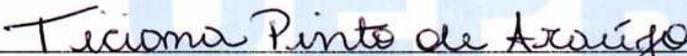
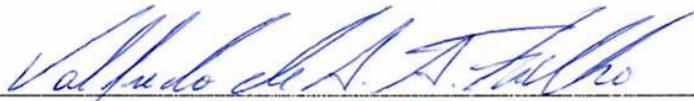
21. ed. CDD 346

Iam Maul Meira de Vasconcelos

O NASCITURO E A PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS

Monografia aprovada em: 08/12/2010

BANCA EXAMINADORA

 Profª. M.Sc. Raíssa de Lima e Melo - CCJ/UEPB Orientadora	- <u>30,0</u>
 Prof. Esp. Ticiano Pinto Araújo - CCJ/UEPB	- <u>30,0</u>
 Prof. Esp. Valfredo Andrade de Aguiar Filho - CCJ/UEPB	- <u>10,0</u>

Dedico este estudo

Aos meus pais,

Pelo suporte e carinho sempre demonstrados.

AGRADECIMENTOS

A Deus, digno de toda honra, glória e louvor.

Aos meus pais, pelo amor e apoio de sempre, pela minha criação e instrução, aos meus irmãos – Igor e Isnard, e a toda minha família por todo o suporte e carinho que sempre me deram.

A Prof.^a Raissa de Lima e Melo, pela paciência na orientação e todo o apoio sem o qual não seria possível a conclusão desta monografia.

Aos amigos queridos que fiz durante curso: Aniêgela, Maiara, Rafaela Rebeca e Talita.

Agradeço a Ismênia, Ana Carla e Arianne por todas as vezes que se fizeram presentes.

E, finalmente, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a elaboração dessa pesquisa.

"Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las."

(Voltaire)

RESUMO

O nascituro é o ser humano em desenvolvimento, que está concebido no ventre materno, prestes a nascer. Tem seus interesses juridicamente protegidos, sem, no entanto ser reconhecido como pessoa. Sendo assim, tem o presente trabalho o objetivo de analisar o tratamento dispensado ao concebido à luz do Código Civil e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários. Foram abordadas as teorias natalista, da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista, apontando-se as críticas, tentando unificar os posicionamentos atualmente existentes. Buscamos também estabelecer os direitos concedidos ao nascituro ao longo da legislação civil e menorista. 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 à busca de um entendimento concreto, claro e uníssono sobre o tema, de modo a influenciar nossos legisladores e operadores do direito. No desenvolvimento foi utilizada a metodologia de estudo bibliográfica, com análise de artigos e doutrinas de diversos autores que tratam do referido assunto, realizando-se uma abordagem histórica e comparativa com outros ordenamentos jurídicos, e também apreciando o Código Civil, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente que prevêem direitos ao nascituro. Com este estudo, observar-se-á que independentemente da teoria adotada o nascituro possui direitos e estes devem ser respeitados.

Palavras-chaves: Nascituro. Início da personalidade jurídica. Direitos do nascituro.

ABSTRACT

The unborn child is the developing human being who is conceived in the womb, about to be born. They have their interests legally protected, without, however, be recognized as a person. Thus, the present work has the purpose to analyze the treatment devoted to the unborn in Brazilian Civil Code, case law and doctrinal understandings. We have crossed the birth theory, the conditional theory of personality and the conceptionist theory, critically, attempting to unify the positions currently available. We also aim to establish the rights granted to the unborn child in the civil and minors laws of Brazil. It is justified the study in the existence of divergence in jurisprudential and doctrinal understandings about the possibility of being recognized or not the legal status of unborn child, searching to reach a concrete understanding and a clear voice on the subject, so as to influence our legislators and legal professionals. In the developing, the methodology used was the literature study, with analysis of articles and doctrines of many authors who treat of that subject, performing a historical and comparative approach with other jurisdictions, and also appreciating the Brazilian Civil Code, Criminal Code and the Child and Adolescent Law, which provides rights to unborn child. With this study, will be observed, regardless of the theory adopted, that the unborn child has rights and these should be respected.

Keywords: Unborn. Begin of legal personality. Rights of the unborn.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 A EVOLUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO.....	11
1.1 Grécia Antiga.....	11
1.2 Posição do Direito Romano.....	12
1.3 Idade Média e o pensamento da igreja católica nos dias atuais.....	14
1.4 Direito Comparado.....	15
1.5 O nascituro na história do direito brasileiro.....	18
2 NOÇÕES PRELIMINARES.....	19
2.1 Pessoas.....	19
2.2 Personalidade jurídica.....	20
2.3 Capacidade jurídica.....	21
2.4 Nascituro.....	22
2.5 <i>Início da vida: personalidade jurídica do nascituro.....</i>	24
3 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	26
3.1 A Teoria Natalista.....	26
3.2 A doutrina da escola concepcionista.....	28
3.3 A doutrina da personalidade condicional.....	32
4 DIREITOS DO NASCITURO.....	34
4.1 Direito ao reconhecimento da filiação.....	34
4.2 Direito à adoção.....	35
4.3 Direito à curatela e representação.....	36
4.4 Direito de receber doações.....	37
4.5 Direito de suceder.....	38
4.6 Direito aos alimentos.....	39
4.7 Direito à Vida.....	40
4.7.1 Indenização Civil por morte causada ao nascituro.....	41
4.8 Direito à integridade física.....	42
4.9 O nascituro no ECA.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O estudo das pessoas sempre ocupou lugar de destaque na teoria geral de Direito Civil, gerando discussões e polêmicas desde a antiguidade clássica. É neste campo que se insere um dos temas mais árduos da disciplina jurídica, a conferência de personalidade jurídica ao nascituro, aquele ser humano em desenvolvimento, que está concebido no ventre materno, prestes a nascer.

Já no artigo 2º do Código Civil fica estabelecido que a personalidade tem início com o nascimento com vida, passando, a partir daí, a ser ente suscetível de direitos e obrigações. Entretanto, a segunda parte do referido dispositivo legal põe a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção, sem reconhecê-los, no entanto, como pessoa, restando à dúvida: quando se inicia efetivamente a personalidade?

Dada essa disposição do Código existe grande controvérsia entre os estudiosos quanto à possibilidade de ser conferida ou não personalidade a estes seres ainda não nascidos. Tendo surgido várias teorias para solucionar a questão, merecem destaque três, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista.

Assim, o presente trabalho, visa explicar as teorias acerca da personalidade do nascituro, bem como os direitos a eles conferidos, e a partir dos textos legais, como o próprio Código Civil, demonstrar a possibilidade do mesmo ser sujeito de direitos.

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, realizando-se uma abordagem histórica e comparativa com outros ordenamentos jurídicos, e também apreciando o Código Civil, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente que prevêem direitos ao nascituro.

Foi o presente trabalho monográfico é dividido em quatro capítulos. O primeiro traz um breve histórico do tratamento dispensado ao nascituro ao longo dos séculos, começando pela Grécia Antiga, passando por Roma e pela Idade Média, até chegar ao ordenamento pátrio atual. Em seguida, é feito um estudo de Direito Comparado com diversos países do mundo.

No segundo Capítulo, os estudos foram direcionados para conceitos correlatos, importantes para a compreensão do tema, como o que vêm a ser personalidade, capacidade e quando se dá o início da vida.

Já no terceiro capítulo, foram traçados comentários acerca das teorias doutrinárias relacionadas ao objetivo dessa monografia, analisando-as uma por uma, apontando posicionamentos dos doutrinadores e fundamentação legal delas.

No último capítulo, fizemos uma análise dos direitos reconhecidos ao nascituro, a saber, a proteção a vida, o direito à filiação, à sucessão, à adoção, ao recebimento de doações, à alimentos e à representação, além de uma abordagem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, tal estudo demonstra sua importância em virtude do amplo conflito doutrinário que envolve a matéria, vez que chega a repercutir na jurisprudência, havendo inúmeras decisões conflitantes, que demonstram a falta de regulamentação clara quanto à personalidade jurídica do nascituro, fato este que causa uma incerteza jurídica, que reflete no âmbito social, ante a dúvida gerada, um verdadeiro constrangimento.

Além disso, muitas discussões bioéticas travadas atualmente relacionam-se estreitamente com o posicionamento acerca do tema, como é o caso do uso de células embrionárias, da permissão legal para outras hipóteses de aborto, do uso de pílulas do dia seguinte, da clonagem humana, do congelamento e descarte de embriões nos processos de fertilização *in vitro*, da inseminação artificial e outros.

1 A EVOLUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

A gravidez é o período de crescimento e desenvolvimento do concebido dentro da mulher. Começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, com devida fixação do zigoto¹ na parede do útero. Desde este momento até o nascimento, o ser ali gerado é chamado de nascituro, e tem despertado o interesse dos povos desde o início da civilização. Mas ao longo dos séculos, qual o tratamento que os Ordenamentos lhe dispensaram?

1.1 Grécia antiga

Como se sabe a Grécia teve grande influência na formação da cultura e política da civilização ocidental, tendo sido, os gregos, os primeiros a falar sobre democracia, o “governo do povo”.

Investigadores do seu passado foram criadores da pesquisa histórica. Dentre estes relatos, destacamos a Vida de Licurgo, escrito por Plutarco, que conta a história do personagem legendário criador da legislação da cidade de Esparta, conhecida pelo monopólio político dos cidadãos-guerreiros. Vejamos o trecho:

Polidectes, o qual morreu logo depois sem herdeiros; de maneira que todos estimavam que Licurgo devia ser rei, como também o foi, até que se conheceu que a mulher de seu irmão tinha ficado grávida: logo que ele o percebeu, declarou que o reino pertencia ao filho que nascesse, se fosse homem; e depois administrou o reino como tutor do rei somente.²

Como se pode ver, era admitida capacidade do nascituro, tendo Licurgo renunciado ao papel de rei em função da gravidez da mulher do seu irmão, ou seja, aquele ser havia adquirido o direito de governar Esparta.

Outra forma de se observar os direitos conferidos ao nascituro àquela época é analisando a punição conferida em caso de aborto. Em Tebas e em Mileto, a retirada da vida do concebido era punida severamente, sendo possível a pena de morte. Respeitando a diferença entre as pólis, em Atenas não há registro de punição a esta conduta. Já os legisladores Sólon e Licurgo puniam o aborto com uma pena pecuniária, forma de reparação aos danos causados à família.

¹ Zigoto é o produto da reprodução sexuada.

² PLUTARCO, Vida de Licurgo. Disponível em: < http://www.consciencia.org/plutarco_licurgo.shtml >. Acesso em: 09 set. 2010

Filósofos de grande prestígio também elaboraram comentários sobre o aborto. Para Platão, seria permitido apenas para melhoria da raça humana, o chamado aborto eugênico, pensamento compartilhado por Aristóteles, que também o admitia em razão do controle demográfico.

Nota-se que os gregos já reconheciam o nascituro e asseguravam-lhe direitos, concepção que se perdeu com o passar dos milênios como veremos adiante.

1.2 Posição do direito romano

Situada na península Itálica, Roma foi o maior império da antiguidade, tendo herdado dos gregos grande parte de sua cultura, sendo sua própria religião uma adaptação da grega. Porém, foi seu Código de Leis o maior legado para o povo ocidental. Compondo-se do *Jus Naturale*, compêndio de filosofia jurídica; *Jus Gentium*, direito das gentes; e *Jus Civile*, leis aplicáveis aos cidadãos de Roma, esta obra é um marco para o Direito.

Na origem etimológica do termo pessoa, tem-se o costume que os romanos tinham de freqüentar espetáculos teatrais. Neles, os atores se apresentavam em anfiteatros ao ar livre para milhares pessoas, sendo necessário o uso de uma máscara para fazer ressoar sua voz. Esse objeto era chamado de *persona*, palavra de origem etrusca (*persu*), que significava máscara de teatro, vindo posteriormente a significar o próprio ator e depois os papéis do mundo jurídico.

Para o direito romano, pessoa e homem eram conceitos distintos. Enquanto este era o conceito biológico, começando com o nascimento e terminando com a morte; aquela era conceito jurídico, necessitando o homem reunir duas condições para atingi-lo, sendo elas: o nascimento perfeito e o *status*.

O *status* consistia em três elementos: 1) *status libertatis* (ser livre - liberdade); 2) *status civitatis* (ser cidadão - cidade); 3) *status familiae* (ser *sui juris* - família).

Quanto ao natural, deveriam ser preenchidos três requisitos:

- a) nascimento com vida: de acordo com o Digesto³ 50, 16, 129, aqueles que nasciam mortos eram considerados como se não tivessem nascido. A vida era provada através de sinais. Para os sabinianos⁴ era bastante a respiração, enquanto que os proculeanos, além desta, esperavam que o nascido produzisse sons, tendo Justiniano decidido pela primeira teoria. Haveria ainda de ter o total desprendimento das vísceras maternas (Digesto 35, 2, 9,1)⁵, ou seja, rompimento do cordão umbilical. Se, de alguma forma, permanecesse ligado à mãe, ainda seria parte das entranhas desta, não tendo vida própria;
- b) forma humana: o bebê deveria nascer com aparência humana, se fosse portador de malformação que lhe retirasse essa característica, poderia ser morto pelo pai, já que seria considerado um *monstro* ou *prodígio*. (Digesto 1.5.14).
- c) maturidade fetal ou viabilidade: atingida geralmente depois do sexto mês da concepção.

Quanto às causas restritivas da capacidade de fato, os romanos elencaram três, a saber: 1) sexo: apenas homens eram capazes, estando excluídas mulheres e crianças; 2) idade: a maioridade dos homens era atingida aos 25 anos, quando adquiriam plena capacidade de agir; 3) saúde: aqueles que tivessem certas enfermidades físicas permanentes ou alienação mental necessitavam de curador.

Portanto, para os romanos, a personalidade se iniciava com o nascimento, antes disso, não havia como se falar em sujeito ou objeto de direitos. No entanto, isso não quer dizer que os romanos não levavam em conta a existência do nascituro, conforme conclui Windscheid, para a doutrina da época: “o feto no útero ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção”⁶.

³ O Digesto, conhecido igualmente pelo nome [grego Pandectas](#), é uma compilação de fragmentos de juriconsultos clássicos

⁴ A escola Sabiniana era uma das duas escolas mais importantes de direito durante os séculos I e II. Estava formada por juristas que se dedicavam ao direito como profissão, a diferença da escola Proculeyana que o considerava como um exercício livre da nobreza.

⁵ *Partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum; partum nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

⁶ WINDSCHEID apud BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Edição rev. e atual. por: prof. Caio Mário da Silva Pereira. 2a. edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p.77.

No Digesto 1.5.7 encontramos o seguinte ensinamento: “*Qui in útero est, perinde AC si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*” que significa: “Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos, sempre que se trate de seus interesses”. Cabia ao chamado *Curator ventris*, figura semelhante ao curador dos dias atuais, defender esses interesses.

Quanto aos direitos patrimoniais, podia aquele que ainda estava para nascer ser instituído herdeiro em testamento. Também quanto à herança, cabe citar Luiz Antonio Rolim:

O pai de sangue, possuidor de bens, falecia deixando a esposa grávida. Seus bens deveriam ser repartidos com o feto, o nascituro, em igualdade de condições com os filhos vivos⁷

Inspirado no Direito Romano, a legislação brasileira adotou o nascimento como marco inicial da personalidade.

1.3 Idade média e o pensamento da igreja católica nos dias atuais

A Idade Média é marcada pela forte presença da igreja. Esta exercia um monopólio cultural tão forte, refletido na mentalidade da época, que passou a ser chamado de teocentrismo cultural.

No direito, tal padrão filosófico proporcionou mudanças, o homem passou a ser considerado sujeito de direitos, e não objeto, tendo contribuído para o conceito de pessoa e direitos da personalidade atuais.

A doutrina cristã, dominante no período, defendia o respeito à vida humana, mantendo punição para a interrupção da vida intra-uterina.

Exercendo sua forte influência, a Igreja enraizou no Direito a concepção de que o aborto constitui uma praga social, tendo os antigos concílios o punido como forma de homicídio.

Ao longo dos séculos, a Igreja católica manteve sua doutrina defensora da vida. A Encíclica⁸ de Pio XI e a Sacra Congregação do Santo Ofício, datadas do

⁷ ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003, p.136.

⁸ É um [documento pontifício](#) dirigido aos [Bispos](#) de todo o mundo e, por meio deles, a todos os fiéis

final do séc. XIX início do séc. XX, enunciam que não há nenhuma forma de aborto lícito.

Ainda podemos citar trecho da Encíclica “*Mater et Magistra*” de João XXIII:

A vida humana é sagrada: mesmo a partir da sua origem, ela exige a intervenção direta da ação criadora de Deus. Quem viola as leis da vida ofende e enfraquece a Divina Majestade, degrada-se a si e ao gênero humano e enfraquece a comunidade de que é membro⁹.

Não há licitude, ainda que diante de necessidade ou legítima defesa de alguma lesão, nem mesmo quando a mãe tema por sua vida ou a infância do bebê. Sendo abortado, o ser fica privado do batismo, causando dano à sua alma.

Segundo o Código Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, quem provoca aborto incorre em excomunhão, exceto quando aborto indireto¹⁰.

Portanto, os católicos vêem o nascituro como uma verdadeira pessoa, ainda que incompleta, assegurando-lhe o direito a vida. Mesmo com o avanço da sociedade e admissibilidade de certos tipos de abortos, a Igreja se mantém reticente na sua posição de defensora da criação divina.

1.4 Direito Comparado

Mister se faz o estudo do Direito Comparado, vez que não estando sozinho no universo jurídico, o Brasil influencia e sofre influência de outros ordenamentos. Para melhor situar o nascituro no direito pátrio, veremos como alguns países do mundo tratam o tema.

Atualmente, apenas três países adotam em lei a concepção como sendo ponto de início da personalidade, sendo eles: a Argentina, de forma absoluta, e Venezuela e Áustria, com algumas variantes.

Na Argentina, enuncia o 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 tivessem nascido. Esses direitos ficam irrevogavelmente adquiridos se os concebidos no útero materno nascerem com vida, ainda que do lado de fora por

⁹ Carta Encíclica “*Mater et Magistra*”: 1984 apud ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Editora Saraiva, 2000: p.103.

¹⁰ Causado pelo efeito colateral de alguma ação inapta por si mesma a matar o feto.

pequeno lapso de tempo depois de estar separado de sua mãe. (tradução nossa)¹¹

Esclarecendo o artigo, o doutrinador argentino Roland Arazi¹² afirma que as pessoas naturais ou de existência visível adquirem capacidade para ser parte, desde sua concepção e a perdem com sua morte.

Continuando a leitura do referido Código, encontramos no art. 54¹³ que os nascituros seriam absolutamente incapazes, tendo o art. 63¹⁴ conceituado aqueles como sendo os que não tendo nascido estão concebidos no útero materno.

Por sua vez, na Espanha optou-se por iniciar a personalidade com o nascimento. O art. 29 do Código Civil daquele país estabelece o seguinte:

O nascimento determina a personalidade, porém, o concebido se tem por nascido para todos os efeitos que lhe sejam favoráveis, sempre que nasça com as condições que expressa o artigo seguinte.¹⁵

Essas condições seriam ter forma humana e viver vinte quatro horas separado do corpo da mãe, como traz o art. 30¹⁶ do já mencionado Código.

Quanto ao aborto, o Código Penal espanhol trata da matéria nos artigos 411 a 417, o permitindo nas seguintes hipóteses: para salvar a vida da mãe; para preservar a saúde materna; para preservar a saúde mental da genitora; quando tiver havido estupro; quando o concebido apresentar fortes defeitos físicos e psíquicos.

Na Itália, também se estabeleceu como marco inicial da personalidade o nascimento. O Código Civil italiano, em seu título *Delle persone fisiche* (Das pessoas físicas), artigo 1º prescreve que: “A capacidade jurídica se adquire no

¹¹ “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia 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”.

¹² ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*, T. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, p. 112.

¹³ “Tienen incapacidad absoluta: 1º Las personas por nacer”.

¹⁴ “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

¹⁵ “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

¹⁶ “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

momento do nascimento. E o direito que a lei reconhece em favor do concebido é subordinado ao evento do nascimento”¹⁷ (tradução nossa).

Em Portugal, são reconhecidos direitos ao nascituro, ficando estes condicionados ao nascimento com vida, já que é quando se adquire personalidade, conforme preconiza o art. 66¹⁸ daquele Código Civil.

Nascimento, para os 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. Sendo assim, se o óbito ocorrer durante o parto, não chega a haver personalidade jurídica ou capacidade para a aquisição de direitos.

A legislação chilena, apesar de não reconhecer personalidade jurídica ao ser humano em desenvolvimento no útero, lhe assegura o direito à vida, permitindo ação popular para a proteção desta em todas as fases do desenvolvimento embrionário. Transcrevemos agora o artigo 74, inc. I e o 75 do Codex daquele país:

Art. 74, inc. I - A existência legal de toda pessoa começa ao nascer, isto é, ao separar-se completamente de sua mãe. A criatura que morre no útero materno, o que perece antes de estar completamente separada de sua mãe, o que não haja sobrevivido à separação um momento sequer, se reputará não haver existido jamais.¹⁹ (tradução nossa).

Art. 75 - a lei protege a vida do que está por nascer. O juiz, em consequência, tomará, a pedido de qualquer pessoa ou de ofício, todas as providências que lhe pareçam convenientes, para proteger a existência do não nascido, sempre que julgar que há perigo. Todo castigo à mãe, que puser em perigo a vida ou a saúde do indivíduo que tem em seu seio, deverá ser adiado até depois do nascimento²⁰(tradução nossa).

¹⁷ “La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita (462, 687, 715. 784; Cost. 22)”.

¹⁸ “1. 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”.

¹⁹ “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamas”.

²⁰ “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia Del nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

México, Peru, Colômbia, Suíça e China também só reconhecem personalidade aqueles já nascidos, resguardando, no entanto, a vida do que está por nascer.

Pelo que se pode observar, a grande maioria dos países adota o nascimento com vida como marco inicial para a personalidade jurídica. Pensamento este que já era adotado em Roma, permanecendo nos países que se inspiraram em sua legislação.

1.5 O nascituro na história do direito brasileiro

O Brasil está incluído entre aqueles países cuja legislação foi inspirada no ordenamento romano. No período da colonização era o país regido segundo as Ordenações do Reino de Portugal, principalmente as Filipinas.

Àquela época em Portugal, somente com o nascimento com vida, que os indivíduos adquiriam os seus direitos subjetivos. Tendo essa linha de pensamento sido seguida pelo código civil brasileiro de 1916. No entanto, antes mesmo da vigência desse código, doutrinadores como Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilácqua defendiam que a doutrina concepcionista deveria ser acolhida pelo Direito Brasileiro, e não a natalista.

Já no artigo 221 do seu esboço, Teixeira de Freitas assim se pronunciava: “Desde a concepção no ventre materno começa a existência das pessoas naturais, e, antes do nascimento, elas podem adquirir alguns direitos como se já fossem nascidos”. Apesar de não ter sido diretamente utilizado no Brasil, tal esboço influenciou os trabalhos posteriores no país, resultando no Código Civil de 1916, como também os códigos do Paraguai, do Uruguai e da Argentina, o qual constitui base.

Seguindo o pensamento de seu antecessor, Clóvis Bevilácqua em seu Anteprojeto se manifestou: “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.

Apesar de tais esboços, o Código Civil vigente, datado de 10 de janeiro de 2002, no artigo 2º, adota a teoria natalista, conforme se vê: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

2 NOÇÕES PRELIMINARES

Para melhor compreensão do tema direitos do nascituro, cabe primeiramente estabelecer conceitos fundamentais correlatos.

Assim sendo, partindo do Direito Romano, nosso berço jurídico, citamos Justiniano: “Vejam os antes as pessoas, pois é conhecer pouco o direito, se desconhecemos as pessoas, em razão das quais ele foi instituído”²¹.

2.1 Pessoa

Juridicamente é o sujeito de direitos e deveres, ou seja, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, podendo ser física ou jurídica. No entanto, para o presente estudo, só a primeira nos interessa.

Lembra Paulo Nader²²:

Pessoa física ou natural é o ser dotado de razão e portador de sociabilidade²³, 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.

Este pensamento é compartilhado com Alexandre Marlon da Silva Alberton²⁴, que especifica que o ser humano é composto de duas partes: uma material e outra espiritual.

Tratando do tema, Maria Helena Diniz, em sua obra *Teoria Geral do Direito Civil*²⁵, faz uma abordagem sobre o posicionamento Kelseniano:

²¹ “*Et prius de personis videamus. Naum parum est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur*” (Institutas, I, 2, 12). Ver in As entidades familiares e a nova principiologia do direito de família. Disponível em: <<http://www.drummond.com.br/read/1asentidades.pdf>>. Acesso em: 09 set.2010

²² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral. Vol. I 1. 2 ed.*. Rio de Janeiro:Forense, 2004, p.144.

²³ “Sociabilidade é o princípio imanente aos seres humanos normais e que os impele a viver e participar da sociedade. É o ‘caráter daquele que gosta de viver em sociedade com os outros, ou aptidão de viver em sociedade’. Ver in Gerard Durozoi e André Roussel, Dicionário de Filosofia, Papyrus, 1990, p. 440.

²⁴ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p.22s.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

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 têm 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 esse autor a '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 prisma Kelseniano é a 'pessoa' uma construção da ciência do direito, que com esse entendimento afasta o dualismo: direito objetivo e direito subjetivo²⁶.

A mesma autora, no entanto, discorda de tal posicionamento, entendendo que pessoa não é apenas uma unidade personificada, um complexo de direito e deveres, mas na verdade um ser, ao qual vêm a ser atribuídos direitos e obrigações, vindo a ser tal conceito fundamental para o Direito.

2.2 Personalidade jurídica

Personalidade Jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Não se confunde com personalidade do ponto de vista da Psicologia, vez que nesta ciência, se trata da maneira de ser, agir e reagir, ou seja, o modo individual de cada pessoa.

Caio Mário faz algumas considerações:

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada. Sua duração é a vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só resposta ambas as perguntas.²⁷

Este pressuposto de inserção e atuação na ordem jurídica é estendido a todos os seres humanos, consagrando, de acordo com Haroldo Valadão²⁸, na legislação civil e nos direitos constitucionais, vida, igualdade e liberdade.

²⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 2. Ed.. 1962, v.1, p.320 e s.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216.

²⁸ VALLADÃO, Haroldo. Capacidade de Direito, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 13, p.34.

No passado, porém, nem toda pessoa era considerada sujeito de direitos, a exemplo dos escravos, que eram considerados coisas. Atualmente, estão excluídos os animais e as coisas, sendo estes, eventualmente, objetos de direito, tendo as leis em torno deles mero caráter protetivo à atividade do homem.

Dispõe o Código Civil em seu artigo 1º: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, reconhecendo a personalidade em sentido de universalidade, não fazendo distinções, nem mesmo entre a natural e a jurídica. Note que o termo utilizado é pessoa, diferentemente de homem, dando a idéia de igualdade irradiada pela Constituição Federal.

2.3 Capacidade jurídica

Também abrangida pelo artigo 1º do Código Civil está a capacidade, que pode ser conceituada como a aptidão para adquirir direitos ou exercê-los, por si ou por outrem, seria a medida da personalidade ou nos dizeres de Teixeira de Freitas, a “manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade”²⁹.

Diverge a doutrina quanto à equivalência ou não da capacidade com a personalidade. Sílvio Rodrigues³⁰ admite que afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. No entanto, a grande maioria dos estudiosos admite a distinção entre os institutos, senão, vejamos o posicionamento trazido por 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 jurídica perante a legislação brasileira, mas a sua capacidade jurídica sofre restrições, pois não podem, por exemplo, ocupar certos cargos públicos que são privativos de brasileiros.³¹

²⁹ CHAVES, Antônio. Capacidade Civil, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.13, p.2.

³⁰ RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1980, p.35.

³¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, parte geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.145.

Venosa também congrega a gama de doutrinadores que distinguem os institutos, afirmando “A capacidade é elemento deste conceito; ela confere o limite da personalidade”.³²

Portanto, podemos entender que para se adquirir personalidade, basta o nascimento com vida ao ser humano. No entanto, para ser capaz há necessidade de preenchimento de requisitos.

A capacidade está dividida em duas, sendo elas, a de direito e a de fato. À aptidão para adquirir direitos na vida civil dá-se o nome de capacidade de direito, já a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo é capacidade de fato. Quando se possui as duas espécies, temos a capacidade plena; quem, porém, só ostenta a de direito, sofre limitação, necessitando que outra pessoa substitua ou complete sua vontade, são os “incapazes”.

2.4 Nascituro

A palavra nascituro deriva do latim *nasciturum* e significa “que deverá nascer”. Chinelato o define como “pessoa [...] já concebida no ventre materno, a qual é conferida todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz”.³³

Para Maria Helena Diniz:

Nascituro é aquele que [...] na vida intra-uterina 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.³⁴

Outro posicionamento é o do doutrinador Caio Mário da Silva, que ao tratar do tema não desmembra o conceito de personalidade como faz Maria Helena, mas também se refere a seus direitos como estando em estado potencial, vejamos:

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*

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.124.

³³ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.6-7.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, v.3, 1998.

a *constituir-se*, e não há que se falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não chega a ser 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.³⁵

Há de se ressaltar que não se confundem os conceitos de nascituro com o de prole eventual, que são aqueles filhos não concebidos, que podem ou não sê-lo. Este encontra proteção no inciso I do artigo 1799 do CC, concedendo-lhes capacidade testamentária passiva: “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Acrescenta Rubens Limongi França:

[...] nascituro [...] Distingue-se da prole eventual. Também protegida pelo Direito e a diferença específica, face a ciência jurídica, está no fato de ser, o nascituro, o ente já concebido no ventre materno”.³⁶

Conclui o mesmo autor que:

Filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico - tomista) o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém – nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo ser: o homem, a pessoa.³⁷

Assim, para a ciência jurídica, todo ser humano está dotado de uma dignidade e é necessariamente pessoa, sujeito de direito. Em sendo humano, por que não seria o nascituro pessoa? Pensamento já esposado por Teixeira de Freitas em seu esboço do Código Civil³⁸.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217.

³⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

³⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Op. Cit., p.50.

³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. *A teoria das pessoas no esboço de Teixeira de Freitas; superação e permanência in Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial*, v. 11, nº 40, abr./jun. 1987, p.10.

Acrescentamos que conceito de nascituro abrange hoje, com o avanço da ciência, o feto, o embrião, e de acordo com alguns, o próprio zigoto. Chinelato³⁹ considera que o nascituro surge com o fenômeno da nidação, ou seja, da fixação do ovo na parede do útero materno. De acordo com este pensamento, ficam excluídos do conceito de nascituro os embriões fertilizados *in vitro* ainda não implantados no organismo materno, já que ainda não há gravidez, que assegura a sobrevivência e o desenvolvimento do ovo, não possui, portanto, viabilidade.

No entanto, tal pensamento não é unanimidade entre os doutrinadores. Para Antônio Chaves⁴⁰ a fecundação marca o início da vida, já que a partir deste instante o ser passa a ter carga genética própria e individual, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, e o uso de qualquer método artificial para destruí-lo, põe fim a vida.

2.5 Início da vida: personalidade jurídica do nascituro

Prescreve o artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Retira-se do conceito que dois são os requisitos para a caracterização da personalidade: o nascimento e a vida.

Segundo a Resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde, nascimento com vida é a “expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”. Analisemos separadamente cada um dos caracterizadores da personalidade.

O nascimento ocorre quando o feto é separado das vísceras maternas, podendo ser feito naturalmente ou com o auxílio de instrumentos obstétricos, resultando no fim da unidade biológica, constituindo mãe e filho duas unidades distintas.

A vida caracteriza-se com a respiração pulmonar, sendo este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Vive o bebê que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Pode ser

³⁹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10/11.

⁴⁰ CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.16.

provados por todos os meios, como choro, movimentos ou ainda pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de Galeno, que conforme leciona Roberto Gonçalves:

Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam.⁴¹

Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com sua morte os transmite.

Outros códigos ao redor do mundo exigem outros requisitos além dos dois já mencionados. O direito francês requer que o nascido seja viável, ou seja, possua compleição fisiológica para viver, estando presentes todos os órgãos essenciais. O Código Espanhol, em seu artigo 30, exige a forma humana, além da permanência em vida por ao menos vinte e quatro horas.

No tocante ao Direito brasileiro, preleciona Carlos Alberto Bittar:

Adotou-se sistema em que se tem como início da personalidade o nascimento com vida, mas se respeitam os direitos do nascituro, desde a concepção, ou seja, quando formado o novo ser. Conforme esse entendimento, ficam sob condição da vinda à lume os direitos do nascituro, considerando-se como tal a exalação do primeiro sopro de vida após a separação da mãe, que demonstra afirmação da nova existência, diversa da genitora, cabendo daí, ao filho todos os direitos reconhecidos à pessoa humana no plano jurídico. Mesmo que venha a falecer em seguida, consideram-se adquiridos os direitos, para todos os efeitos próprios, protegendo-se assim os interesses do nascituro e do respectivo círculo familiar.⁴²

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2007, p.78.

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994. V. 1. P. 79.

3 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O grande questionamento envolve o *status* da pessoa do ser concebido. São incessantes as discussões sobre o início da vida, da personalidade do ser humano e de sua caracterização como sujeito de direitos.

Desde o Direito Romano, há uma grande hesitação entre os juristas e a legislação para definir e demarcar quando passamos a ser sujeito de direitos.

Dentre as muitas teorias surgidas para solucionar a questão, no Brasil, três merecem destaque, sendo elas: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista. Explicitaremos agora cada uma delas.

3.1 A Teoria Natalista

Esta corrente doutrinária atribui a personalidade somente ao ente que nasceu vivo, portanto, aquele que está por nascer não a possui, sendo detentor apenas de uma expectativa de personalidade.

Reconhecida legalmente na primeira parte do artigo 2º do nosso Código Civil, cujo conteúdo merece transcrição: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Conforme leciona Caio Mário: “Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro.”⁴³

Uma vez que é mera expectativa de pessoa, o nascituro possui apenas expectativa de direitos e é considerado como existente desde sua concepção somente para aquilo que lhe for juridicamente proveitoso. Residindo aqui uma das grandes críticas a presente teoria, já que o Código fala expressamente em direitos, não fazendo uso do termo expectativas.

Entre os juristas que se posicionam a favor desta corrente temos: Eduardo Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mário Pereira da Silva, Vicente Raó, Sílvio Rodrigues e Ferrara. Para estes, o ser humano ainda no ventre, não tem existência

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I p.. 218.

própria, é parte das vísceras maternas, conforme tradição romana. Como não tem personalidade, conseqüentemente também lhe falta capacidade de direito.

Criticam aqueles que admitem a personalidade do que está para nascer, pois em sendo titular de direitos, seria o nascituro também sujeito passivo de obrigações. Igualmente, também seria a possível a sua sucessão hereditária, caso tendo obtido posse de herança enquanto nascituro, não viesse a viver fora da barriga da mãe, o que não ocorre conforme aponta Pontes de Miranda:

[...] No útero, a criança ainda não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nunca foi pessoa. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.⁴⁴

Também sobre o tema, Carlos Alberto Bittar se posiciona da mesma maneira, justificando que em nascendo morto e não havendo aquisição de direitos, nunca houve personalidade, senão, vejamos:

Contudo, nos termos codificados, a personalidade somente se exterioriza com o nascimento, devendo a criança estar viva, para que ingresse no cenário jurídico, evidenciando-se o fato por sinais inequívocos, como respiração natural, o choro, a movimentação independente e outros compatíveis. Todavia, se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se não tivesse vindo à luz. Com isso, nem recebe, nem transmite direitos.⁴⁵

Os natalistas entendem que caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como sustentam os concepcionistas, não haveria necessidade do Código decliná-los um a um, sendo ele pessoa todos os direitos lhe seriam conferidos automaticamente.

Outro ponto em que fundamentam sua doutrina é o Código Penal, admitindo que a proteção dada ao nascituro não seja a mesma da pessoa já nascida, havendo desigualdade desta para aquele que não nasceu, facilmente perceptível quando comparamos as penas conferidas ao aborto com as do homicídio. Ainda neste

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, V.1, p. 79.

Código, admitem que no aborto humanitário⁴⁶ o sentimento de repulsa da gestante sobrepe o direito à vida do nascituro, num sentido claro de não se está diante de conflito de bens iguais.

Para Sérgio Semião⁴⁷ a presente doutrina é a mais moderna e lógica frente a questões como a biogenética, se adaptando a esta sem se contradizer. É que, segundo ele, ao não se reconhecer a personalidade jurídica do concebido permite-se a destruição de embriões excedentes, que enquanto não implantados no útero não são viáveis, não sobrevivendo mais do que quatro a seis dias fora dele. Acrescenta o autor que o direito à vida é concedido somente aos já nascidos, uma vez que a Constituição se refere a brasileiros e estrangeiros, cujos conceitos estão diretamente ligados à nacionalidade e conseqüentemente ao nascimento.

Silmara Chinelato e Almeida tece severas críticas a esta teoria, apontando que o texto do artigo 2º do nosso Código não traz a expressão “expectativas de direitos” e sim reconhece direitos ao concebido, e estes lhe são efetivamente atribuídos ao longo da legislação civil, como o “status” de filho pelo artigo 1.778 e o direito de ser adotado pelo 1621, entre outros.

Portanto, concluímos que, para esta corrente, o nascituro é um ser humano por nascer, que carece de personalidade. A lei, no entanto, lhe reconhece expectativa de direitos, tomando-o por nascido sempre que se tratar do seu interesse.

3.2 A Doutrina da escola concepcionista

Para essa escola, a personalidade civil do ser humano começa com a concepção e não com o nascimento como ensina a escola anterior. É também chamada de verdadeiramente concepcionista para se diferenciar da teoria da personalidade condicional.

⁴⁶ Aborto Sentimental ou Humanitário - também chamado legal pela excludente, permitindo o aborto em caso de estupro. Justifica-se a permissividade legal pelo fato de que a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de um coito violento, não desejado. Não necessita de autorização legal, apenas do BO da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, do exame de corpo de delito do ITEP e decisão da comissão multiprofissional de avaliação. Critérios objetivos. OMS até 22.^a semana ou 500 g, alguns hospitais admitem 12 semanas apenas. Vítimas incapazes necessitam de autorização dos responsáveis.

⁴⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biobireito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 175. .

Segundo Franco Montoro e Anacleto Faria⁴⁸, há de se reconhecer a qualidade de pessoa do nascituro, uma vez que direitos são conferidos a ele, isto porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa.

Nota-se que muitos dos direitos, além própria essência do nascituro, não dependem do nascimento com vida, os direitos da personalidade, o direito de ser adotado ou de ser reconhecido são exemplos disto. Para estes, o nascimento sem vida equivale à morte dos já nascidos.

Afinal, como explicar que nascituro tem direito à curatela, a adquirir por testamento, ter posse em seu nome, sem que seja considerado pessoa? Para esta teoria, a qual me filio, ao afirmar que ele tem direitos, estar-se-á dizendo que ele é sujeito de direitos e, conseqüentemente, pessoa.

Segundo os partidários desta corrente, o Código Penal Brasileiro ao declinar os crimes contra a vida em seu título dos crimes contra a pessoa inclui o tipo penal aborto, num claro sinal de que no direito pátrio o nascituro é sim pessoa.

Também, de acordo com essa teoria, a Consolidação das Leis do Trabalho, quando dá proteção à maternidade, mais especificamente, em seus arts. 392, 393 e 394, almeja precisamente proteger o nascituro.

Ferrenha defensora da escola concepcionista, Silmara Chinelato admite que o já citado art. 2º do Código Civil, ao contrário do que se pensa, consagra a teoria concepcionista e não a natalista, o que vale citar *in verbis*:

A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica *excepciones sunt strictissimae interpretationis*. Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras *só, somente, apenas* e outras similares, inexistentes no texto do art. 4º, que, ao contrário, refere-se genericamente a 'direitos do nascituro'.⁴⁹

Ou seja, os direitos conferidos ao nascituro pelo Código não se tratam de exceções, são regras, e em não fazendo o legislador o uso de nenhuma expressão restritiva, não pode o doutrinador fazer cota taxativa. Sendo assim, a interpretação

⁴⁸ MONTORO, André Franco e FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953, p.10.

⁴⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil* in Revista de Informação Legislativa, n. 97. Brasília, p.185 e 186.

dada ao artigo deve ser a mais ampla possível, conferindo-se outros direitos além dos expressamente trazidos pela legislação civil.

Ainda segundo a autora⁵⁰, a personalidade não se confunde com capacidade e não é condicional. De modo que somente alguns direitos dependem do nascimento com vida, a exemplo dos direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação. Para estes, o fato de nascer garante integral eficácia, o que inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou doados pode ser exercida por seu representante legal desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, através de medida cautelar ou processo de jurisdição voluntária. Portanto, a plenitude da eficácia desses direitos fica condicionada ao nascimento com vida.

Quanto aos direitos da personalidade, a citada autora entende que o nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, sendo o nascimento sem vida a condição resolutiva para estes direitos, já que o artigo 2º do nosso código, como já mencionado, fala em direitos e não expectativa de direitos.

O artigo 1º da Consolidação elaborada por Teixeira de Freitas traz: “as pessoas considerar-se-ão como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento.”⁵¹ Assim garante-se direitos ao concebido de forma irrestrita e universal.

Como já mencionado, o projeto para o Código Civil de 1899 admitia o começo da personalidade com a concepção, condicionando ao nascimento com vida.

Transcrevemos agora pensamento de Limongi França:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por esse não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 7º). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade.⁵²

⁵⁰ _____. *Direito de alimentos: uma contribuição do Direito Romano in* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, 14 (54): 52-60, out./dez. 1990.

⁵¹ TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1986.

⁵² FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

Apesar de nesta corrente ser o concebido possuidor de personalidade, ele não gozaria de capacidade de agir, devendo ser sempre representado. Porém, não há motivos para críticas quanto a isso, não se diferenciando em nada da situação em que se enquadram os absolutamente incapazes e as pessoas jurídicas, que também dotados de personalidade não possuem capacidade de fato.

Como visto no capítulo anterior, outra doutrinadora que admite a personalidade jurídica do nascituro é Maria Helena Diniz, no entanto ela o faz com ressalvas, conforme traz em seu Curso de Direito Civil Brasileiro: o nascituro possui personalidade jurídica formal quanto aos direitos personalíssimos, já quanto aos direitos patrimoniais, sua personalidade jurídica só será material com o nascimento com vida, não nascendo, nenhum direito patrimonial terá. Vejamos o exemplo que ela nos mostra:

[...] suponhamos o caso de um homem que, recentemente casado pelo regime de separação de bens, faleça num desastre, deixando pais vivos e viúva grávida. Se nascer morto, o bebê não adquire personalidade jurídica e, portanto, não recebe nem transmite a herança de seu pai que ficará com os avós paternos, pois em nosso direito a ordem de vocação hereditária é: descendentes em concorrência com cônjuge sobrevivente, ascendentes em concorrência com consorte, cônjuge sobrevivente, colaterais até o 4º grau (CC, art. 1829, I a IV) e o Município, Distrito Federal ou União havendo declaração de vacância da herança (CC, art. 1.822). Se nascer vivo, receberá a herança e, se por acaso vier a falecer logo em seguida, a herança passará a sua mãe, provando-se o seu nascimento com vida pela demonstração de presença de ar nos pulmões.⁵³

De acordo com Benedita Chaves⁵⁴, também partilham do pensamento da corrente concepcionista os seguintes autores: Clóvis Beviláqua, Carlos de Carvalho, Ives Gandra da Silva Martins, Francisco do Amaral Neto, José Tavares, Mário Emílio Bigotte Chorão, Marcel Planiol.

Portanto, de acordo com Semião, os principais fundamentos dos concepcionistas são:

a) desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito como se já tivesse nascido; b) o Direito Penal pune a provocação do aborto como crime contra a vida, protegendo o nascituro como um ser humano; c) o Direito Processual

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.198.

⁵⁴ CHAVES, Benedita Inês Lopes. *A tutela jurídica no nascituro*. São Paulo: LTr, 2000, p.26.

autoriza a posse em nome do nascituro; d) o nascituro pode ser representado por um curador; e) é admissível o reconhecimento de filhos ainda por nascer; f) pode o nascituro receber bens por doações e por testamento; g) enfim, a pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus interesses.⁵⁵

2.3 A doutrina da personalidade condicional

Alguns doutrinadores dividem a doutrina concepcionista em duas: a verdadeiramente concepcionista e a da personalidade condicional. A primeira, como visto, admite que a personalidade começa da concepção, dependendo apenas alguns direitos, como os patrimoniais, do nascimento com vida. A segunda sustenta também que a personalidade tem início com a concepção, no entanto, sob a condição do nascimento com vida.

Noticiada por Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, esta doutrina sustenta que o início da personalidade de alguém começa a partir da concepção, mediante condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o nascituro vem ao mundo com vida, sua personalidade retroage à data de sua concepção.

Gastão Grossé Saraiva⁵⁶, defensor da presente teoria, interpreta a segunda parte do artigo 4º do Código de 1916 (atual artigo 2º) da seguinte maneira: juridicamente o nascituro é titular de direito, no entanto, subordina-se a um evento futuro e incerto, que é o nascimento com vida e, enquanto este não se verificar, não adquirirá o direito objetivado pelo ato jurídico.

De acordo com Silmara Chinelato, seria essa a teoria adotada por Clóvis Bevilacqua no artigo 4º de seu projeto do Código Civil, senão, vejamos o que diz a autora:

O notável civilista pátrio, embora tenha-se aproximado bastante da teoria concepcionista, deixa à margem de suas indagações os Direitos da Personalidade – entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida – direitos absolutos, incondicionais, não dependentes, pois, do nascimento com vida.

⁵⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 34.

⁵⁶ SARAIVA, Gastão Grossé. *Os direitos do nascituro e o art. 4º do Código Civil in Revista dos Tribunais* 131/144.

É mister observar que o Projeto Bevilacqua, bem como o Código Civil Brasileiro vigente (**sic**), são datados de época em que entre nós não estava plenamente divulgada e alicerçada a Doutrina do Direitos da Personalidade, falha na qual incide o Projeto do Código Civil atual (**sic**) (Projeto nº 634, de 1975, artigos 11 a 21).⁵⁷

Durante a gestação, teria o nascituro a proteção legal, que lhe garantiria certos direitos personalíssimos e patrimoniais, sob a condição suspensiva de nascer com vida. A fim de garantir-lhe esses direitos, o concebido seria representado por curador ou por representante legal.

Limongi França⁵⁸ faz críticas a presente teoria, segundo ele, ela inspiraria a idéia de que a personalidade só existiria depois do nascimento, o que, na sua óptica, é equivocado, já que esta começa desde a concepção. Conclui dizendo que a condição de nascimento não é para que a personalidade exista, mas para que a capacidade jurídica se concretize.

De modo geral, os concepcionistas, sejam eles adeptos da vertente da personalidade condicional ou não, ao verem o tratamento dispensado ao nascituro pela legislação brasileira, tanto penal quanto a civil ou ainda a trabalhista, chegam à conclusão de que, sendo titular de inúmeros direitos, deve ser considerado pessoa, não cabendo razão a doutrina natalista.

⁵⁷ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Direitos da personalidade do nascituro in* Revista do Advogado, n.38. São Paulo: AASP, dezembro/92, p.22.

⁵⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48/49.

4 DIREITOS DO NASCITURO

Como visto, independentemente da teoria adotada, todos os doutrinadores consideram o nascituro um ser vivo que possui direitos, alguns na forma de expectativa, pela teoria natalista, outros na forma suspensiva, na teoria da personalidade condicionada e ainda aqueles que atribuem na forma plena, pela teoria verdadeiramente concepcionista. Discorrer-se-á agora sobre estes direitos assegurados ao concebido.

4.1 Direito ao reconhecimento da filiação

A filiação pode ser incluída entre os direitos cabíveis ao nascituro, uma vez que é certo que a relação de parentesco surge com a concepção, estabelecendo um elo jurídico que permanecerá unindo genitores e filhos por toda a vida. Oportuno fazer citação de Chaves Lopes:

[...] o problema jurídico da filiação está intimamente ligado ao fato da concepção, [...] Assim, as relações de parentesco se fixam desde a concepção, e não do momento do nascimento, surgindo desse fato que estabelecerá as características fisiológicas que determinarão o elo jurídico que permanecerá por toda a vida, numa união permanente de pai e filho.⁵⁹

É no artigo 1.609, I a III, que se encontra a previsão do reconhecimento dos filhos, deixando claro o parágrafo único deste, que o mesmo pode ser feito antes do nascimento.

O reconhecimento, no caso do nascituro, pode ser feito por declaração, por escritura pública ou por testamento, e uma vez feita, torna-se irrevogável.

A justificativa encontra-se no temor do pai morrer antes do seu filho nascer ou de contrair doença que o impossibilite de externar livremente sua vontade, ou ainda, a incerteza da mãe de sobrevivência ao parto.

Tanto mãe como o pai, em face de equiparação do poder familiar, poderá pleitear em nome do nascituro o reconhecimento da paternidade e os direitos a ele relacionados, a exemplo dos alimentos.

⁵⁹ CHAVES LOPES, Benedita Inez. *A Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTr, 2000, p.85.

Quanto aos meios de prova em juízo, poderão ser feitos por todos os permitidos, sendo o exame de DNA o mais confiável, sem riscos para mãe ou para o bebê, podendo ser feito a partir da nona semana de gravidez.

4.2 Direito à adoção

O direito à adoção do nascituro já vinha previsto no Código Civil de 1916, que em seu artigo 372 prescrevia: “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro”. O atual Código seguiu a mesma linha, tratando do tema em seu artigo 1.621.

Acontece que desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente passaram a vigorar no Brasil dois sistemas de adoção, o primeiro voltado para crianças, previsto pelo Estatuto e o segundo previsto pelo Código Civil. Tal fato dividiu a doutrina, pondo natalistas e concepcionistas em posicionamentos distintos quanto ao sistema de adoção do nascituro.

Acreditando que o nascituro é um ser humano e tendo ele menos de doze anos, os adeptos da corrente concepcionista, incluem o nascituro no conceito de criança trazido pelo Estatuto, admitindo ser possível a adoção daquele pelas regras previstas por esta legislação. Entendem, portanto, que no caso do já concebido, tanto a Lei Civil quanto o Estatuto podem regular sua adoção, sendo, em ambos os casos, a eficácia plena⁶⁰.

Sérgio Pereira se posiciona da seguinte maneira:

A adoção do nascituro deve ser feita, por analogia, consoante o sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se se entender deva seguir os requisitos do CC, no mínimo a eficácia deve ser plena, aplicada a igualdade constitucional.⁶¹

Para a doutrina natalista, a adoção prevista pelo Estatuto exige um estado de convivência com o possível adotado, o que na condição do nascituro é biologicamente impossível. Devendo a adoção, nesta hipótese, ser regulada pela Lei Civil, estando seus efeitos condicionados ao nascimento com vida.

⁶⁰ Adoção plena é a espécie pela qual o menor adotado passa a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho legítimo dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (CF, art. 227, §§ 5º e 6º; Lei 8069/90 (ECA), art. 41).

⁶¹ PEREIRA apud ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.223.

Há de se concluir que ambas as doutrinas admitem a adoção do nascituro, e sendo esta realizada, garante alimento e integridade física até seu nascimento com vida, com vistas a possibilitar-lhe um desenvolvimento gestacional seguro e sadio.

4.3 Direito à Curatela e representação

Estabelece o *caput* do artigo 1.779 do Código Civil: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. O curador ao ventre terá a função de cuidar dos interesses do concebido até o seu nascimento com vida, tendo este, a partir daí, um tutor.

De origem latina, curador é o indivíduo encarregado judicialmente de administrar os bens e os interesses de outrem; no caso do nascituro, impedindo em favor dele e de terceiros, a suposição, a substituição e a supressão do parto⁶².

Um exemplo é na hipótese de morrendo o marido, ficar mulher grávida e toxicômana, que acaba de perder o poder familiar, sendo necessário conceder curador ao nascituro para agir em defesa dos seus direitos. Não havendo perda do poder familiar, cabem aos que detenham sua representação legal, em geral os pais, resguardá-los.

Observe que se a mãe já tiver sido interdita, o seu curador será o mesmo para o nascituro, conforme estabelece o parágrafo único do citado artigo. Sustentando a doutrina que só há interesse de curador ao nascituro na hipótese de herança, legado ou doação em favor do concebido.

Segundo Clóvis Beviláqua⁶³, o Código de 1916 e, por conseguinte o atual, vez que tratou a matéria do mesmo modo, erra ao tratar do tema sob a forma “Da Curatela do Nascituro”, pois não considerando o feto possuidor de personalidade, não existiria “direito” à curatela. Lembra também da excepcionalidade de tal medida,

⁶² São delitos previstos no artigo 242 do Código Penal, consistindo cada um deles em: a) suposição do parto - Dar parto alheio como próprio, sendo necessária que haja a criação de situação onde gravidez e parto sejam simulados com apresentação de recém-nascido alheio como se fosse próprio, ou então o parto real com natimorto substituído por filho de outrem independentemente do falso registro civil; b) supressão - é a ocultação do recém nascido, de modo a suprimir-lhe o direito ao reconhecimento da personalidade civil, sendo indispensável o nascimento com vida; c) substituição - a conduta delituosa se dá com substituição de recém-nascido de modo a atribuir o estado civil de um ao outro., sendo desnecessária à configuração, o registro de nascimento das crianças substituídas. A troca pode ser por criança viva ou natimorta.

⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p.72.

que somente existirá no caso previsto em lei, sendo o código omissivo, pois a morte não é única forma de ausência de pai.

Em sendo o adotado o nascituro, o poder familiar passará para os adotantes, não havendo necessidade do uso do presente dispositivo legal.

4.4 Direito de receber doações

Sua previsão legal encontra-se no artigo 542 do atual Código Civil, “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. O requisito que se exige é que o donatário já esteja concebido desde o momento em que é feita, e não daquele em que se dá a aceitação.

Para os seguidores da doutrina concepcionista, o presente artigo é mais um indício de que no Brasil é adotada tal doutrina, vez que fossem seguidos os rigores da lei, em especial a primeira parte do artigo 2º do Código, não seria permitida doação a pessoa não nascida.

Sobre o assunto, posiciona-se Wagner Barreira:

Ora, não há razão para pôr a regra de lado nos casos de doações feitas a nascituros. Nada as distingue, na verdade, das demais doações. Se representarem liberalidades puras e simples, portanto, deverão entender-se aceitas pelos pais que não declararem aceitá-las.⁶⁴

A partir da liberalidade, poderá o representante entrar na posse dos bens doados, percebendo-lhe os frutos, como está disciplinado nos artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil, cabendo a transcrição deste último: “Apresentado o laudo que reconheça gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro”.

Parte da doutrina entende que o artigo 539 do Código Civil também deve ser aplicado a doação feita ao nascituro, *in verbis*: “O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”.

⁶⁴ BARREIRA *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.232.

4.5 Direito de Suceder

É na antiguidade clássica que vemos o surgimento do direito a suceder, tendo tanto a Grécia quanto Roma assegurado direitos sucessórios ao nascituro. Nesta última, tanto no período clássico quanto no pós-clássico, estava ele incluído na sucessão legítima e na testamentária, podendo a prole eventual também adquirir por testamento.

No Brasil, tal direito encontra-se disposto no artigo 1.799 do CC/02, que diz: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicados pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Pode-se dizer que o nascituro terá plenos direitos à herança, se já estiver concebido no momento da abertura da sucessão, ou seja, no tempo da morte do autor da herança, já esteja a mãe grávida. Posiciona-se Maximiliano sobre o assunto: “Com o direito à sucessão legítima e testamentária, é necessário para o nascituro suceder, que, no momento da morte do *de cuius* ele já viva e ainda viva”⁶⁵.

A condição resolutiva do direito sucessório do nascituro é o seu nascimento sem vida, pois sendo natimorto será considerado como se nunca tivesse existido, não vindo a ter qualidade de herdeiro.

Os artigos 1.784 e 2.020 do Código Civil juntamente com os artigos 877 e 878 garantem que desde a abertura da sucessão, os representantes legais poderão requerer a imissão na posse dos bens herdados pelo nascituro, recebendo-lhes os frutos.

Para parte da doutrina, o artigo 2º do Código Civil bastaria para conferir o direito à sucessão legítima ao nascituro, assim como os demais direitos não expressos pelo Código. Neste sentido, posiciona Silmara Chinelato e Almeida: “Ainda que o Código Civil não contivesse dispositivo expresso sobre a capacidade passiva para a sucessão legítima do nascituro, reconhecem-na sem divergir a doutrina e a jurisprudência”⁶⁶.

⁶⁵ MAXIMILIANO: 1937 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.235.

⁶⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.234.

Até mesmo pessoas ainda não concebidas ao tempo da morte do autor da herança podem herdar, é que na sucessão testamentária, segundo os artigos 1.798 e 1.799 do Código Civil, o testador pode contemplar filho ou filhos eventuais que possam ser gerado por pessoas por ele designadas em testamento e que estejam vivas quando de sua morte.

O direito de suceder é ainda reconhecido pelos Códigos de Portugal (art. 2.033), Espanha (art.745), França (art.906), Argentina (arts. 39 e 3.373), Itália (art. 462) e Suíça (arts. 544 e 605).

4.6 Direito aos alimentos

A finalidade do direito a alimentos é proporcionar à mãe os meios necessários para a sua sobrevivência e a do filho concebido, visando-lhe o nascimento com vida. Trata-se de um direito controverso, somente defendido pelos seguidores da doutrina concepcionista, que consideram o nascituro como pessoas e titular de direitos dissociáveis da mãe.

Dentre os defensores encontramos Pontes de Miranda que leciona:

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências da pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do art. 1.534, inciso II, da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio, consiste, não só no pagamento de despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também, na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.⁶⁷

Apesar de tratar-se do Código de 1916, tal posicionamento continua válido, estando o fundamento correto, estaria o Ordenamento negando o direito à vida se acaso recusasse proteção ao concebido.

Entende-se por alimento aquilo que for necessário para o bom desenvolvimento da gravidez, podendo-se incluir neste conceito até mesmo despesas médicas e medicamentos, visando o nascimento com vida do filho.

⁶⁷ MIRANDA *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.240.

O nascituro por meio de seu representante legal, em geral a mãe, poderá pleitear alimentos provisionais ao pai, provando em juízo a gravidez e a convivência com o suposto pai. Devendo-se fundamentar o pedido no dever de amparar e dar a necessária assistência pré-natal do nascituro. Podendo a paternidade ser provada de qualquer meio, inclusive por DNA.

Em caso de separação conjugal, estando grávida a mulher e esta fizer renúncia a alimentos, não atingirá o nascituro, sendo aqueles ainda devidos a este, detentor do *status* de filho (arts. 1.609, caput, I a III; e 1.778 do Código Civil).

4.7 Direito à vida

Dentre todos os direitos assegurados ao nascituro, este é, sem dúvida, o principal deles. A respeito da vida humana, leciona Paulo Napoleão Nogueira: “Por vida humana deve ser entendido um complexo de elementos físicos, psíquicos, intelectuais, éticos e morais: é esse conjunto que constitui o que se denomina o que se entende por ‘ser humano’ [...]”⁶⁸. Inerente ao homem, este direito o acompanha em todas as fases do seu desenvolvimento, da fase do zigoto até o envelhecimento, encerrando-se com a morte.

Trata-se de um direito condicionante, vez que todos os demais estão sujeitos a ele. De acordo com o mesmo, o concebido tem direito de se desenvolver naturalmente no ventre materno, para que possa nascer e viver dignamente.

Tal direito encontra reconhecimento internacional na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil somente em 1992, que em seu artigo 4º, 1 diz: “Toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

No Brasil, tal direito está previsto expressamente no *caput* do artigo 5º da nossa Constituição Federal, *in verbis*: “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”.

Sobre esse direito, dispõe Santos Cifuentes:

⁶⁸ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.530.

Falar de um 'direito sobre a vida' poderia implicar na legitimidade do suicídio, uma vez que denota um poder absoluto, como se a pessoa pudesse dispor sem limites sobre sua vida. Também se faço uso 'direito à vida', mas, como é inato, é dado desde o começo, não sendo apropriado dar a entender que se tem direito a conseguir a vida. Ela se consegue ou se obtém de forma automática; é um acontecimento natural. Há outro aspecto. Tem-se direito a que os outros se abstenham de atacar; a conservação da vida e o gozo dela. O gozo comporta, no plano jurídico, a defesa. (tradução nossa).⁶⁹

O nosso Código Penal protege à vida nos arts. 121 a 127, nos crimes como homicídio, aborto e infanticídio.

Do direito à vida emana a proteção do nascituro contra possíveis danos à sua integridade física e moral, visando o seu desenvolvimento saudável.

Portanto, o direito à vida é inerente ao ser humano, estando ele já nascido ou concebido, não importando a teoria adotada, cabe sim este ao nascituro.

4.7.1 Indenização Civil por Morte causada ao Nascituro

Trata-se de assunto bastante controverso a indenização civil por morte causada ao nascituro, dividindo-se a doutrina entre aqueles que admitem e aqueles que são fervorosamente contrários a tal possibilidade.

Os natalistas, baseados na primeira parte do artigo 2º do Código Civil, excluem a indenização do nascituro por não considerar que ele possua personalidade civil, não tendo, conseqüentemente, direitos.

Os concepcionistas, admitem ser possível o nascituro ter direito a tal indenização, fundamentando-se na segunda parte do citado artigo, que diz: "a lei põe a salvo desde a concepção os direito do nascituro". Conforme leciona Zanoni:

⁶⁹ "Hablar de un 'derecho sobre la vida' podría implicar la legitimidad del suicidio ya que denota un poder absoluto, como si la persona pudiera disponer sin limites sobre su vida. También se uso 'derecho a la vida', pero, como es innato, nos viene dado por el hecho del comienzo, no es apropiado dar a entender que se tiene un derecho a conseguir la vida. Ella se consigue u obtiene con automaticidad; es un acontecimiento natural. Hay otro aspecto. Se tienes derecho a que los demás se abstengan de atacar; a la conservación de la vida y al goce de Ella. El goce comporta, en el plano jurídico, la defensa". CIFUENTES: 1972, p.180 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.294.

Mesmo que não se reconheça personalidade do nascituro, admitindo-se apenas a existência de vida humana, ainda que sem personalidade, há de se concordar que existe no *conceptus* o direito de nascer, como particular manifestação dos direitos de viver.⁷⁰

Sendo a vida um direito personalíssimo incondicional, este não depende do nascimento, já sendo inerente ao ser humano. Os direitos patrimoniais, este sim dependem do nascimento com vida.

Nesta ação caberiam como titulares os pais ou cada um deles em separado, se um deles já houver falecido. Há doutrinadores que não aceitam a personalidade do nascituro, mas concordam que a morte seria indenizável, representando dano moral aos pais pela morte do filho.

Para Silmara Chinelato Almeida⁷¹ não há razão para indenizar a morte de recém-nascido, ainda que tenha vivido por alguns minutos, e não indenizar a morte do nascituro. Ainda segundo a autora, a indenização por morte do nascituro pode ser sustentada com fundamento na transmissibilidade do dano moral, para os que defendem a tese da personalidade do nascituro ou baseando-se no dano moral causado aos pais, como direito próprio, para aqueles que não reconhecem a personalidade.

Acrescentamos ainda a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “É indenizável o acidente que causa morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, admitem os doutrinadores que no caso da responsabilidade civil subjetiva podem-se equiparar filhos nascidos e nascituros.

4.8 Direito à Integridade Física

O artigo 949 do Código Civil estabelece:

“No caso de lesão ou ofensa contra a saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum prejuízo que o ofendido prove ter sofrido”.

⁷⁰ ZANONI: 1982, p.121 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.305.

⁷¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.307.

A doutrina entende que o nascituro pode ser incluído como ofendido, já que biologicamente é pessoa, e apesar de ligado à sua mãe, com ela não se confunde, possuindo, conforme a psicologia, inteligência e traços de personalidade próprios.

Através do exame pré-natal passou a ser possível o diagnóstico de anomalias fetais, podendo-se identificar lesões naturais e as causadas por fatores externos. Assim, se alguém ofende saúde do nascituro, pode-se considerá-lo ofensor do direito à integridade física do feto, sendo possível a sua identificação, devendo responder nos moldes do citado artigo.

Esse direito prevalece até sobre a mãe, conforme leciona Silmara Chinelato:

O direito à vida, à integridade física e à saúde são do nascituro e não da mãe, não é lícito que ela se oponha a tal direito. Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do filho nem a submeter-se a intervenção cirúrgica que vise dissolver medicamento no líquido amniótico, que o feto engole instintivamente. Não cabe a mãe dispor de direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim de filho nascituro. Pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada.⁷²

Lembramos que tal omissão resultará também em responsabilização penal, na forma do artigo art. 135 do Código penal.

Concluimos que o reconhecimento à integridade física, estando aí incluído o direito à saúde, deve ser concedido desde a concepção, independente do nascimento com vida. Podendo a ação pertinente, seja para prevenir o dano, seja para ressarcir o que já ocorreu, ser proposta antes do nascimento.

4.9 O nascituro no ECA

Alguns direitos concedidos ao nascituro estão dispostos na Lei nº 8.069 de julho de 1990, que dispõe sobre crianças e adolescentes, além de outras providências.

Como já mencionado, no art.27 de tal legislação encontra-se a previsão do estado de filiação, sendo direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

⁷² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.315.

Podendo seu exercício ser feito face aos pais ou seus herdeiros, correndo em juízo sob sigilo de justiça.

Outro direito previsto encontra-se no art. 7º, que diz:

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 existências.

Nota-se que, de acordo com o que fica estabelecido, crianças e adolescentes são os sujeitos, os titulares dos direitos fundamentais de vida e saúde, não mais sendo tratados como objetos de direito como se dava anteriormente a Constituição de 1988 e da presente lei. Nesse diapasão, pode-se entender que o nascituro também é titular de direitos.

Também no art. 8º encontramos demonstração da preocupação do ordenamento para com o bem-estar da gestante e de seu bebê, procurando-se garantir o bom desenvolvimento do feto, vejamos:

“É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

(...)

§3º Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem”

Para os concepcionistas, este artigo garantiria a exigência de alimentos perante o Estado para o concebido.

Cabe lembrar que tal estatuto estabelece como princípio norteador a Prioridade absoluta para infante-adolescência, podendo ai incluir-se o nascituro. Sob a influência deste, pode-se requerer a efetivação dos direitos cabidos ao concebido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tratou de um dos temas mais relevantes e discutidos atualmente: o nascituro. Este ser que apesar de ainda não ter nascido se destaca no ordenamento jurídico brasileiro pela atenção adquirida.

A problemática surge logo no princípio do Código Civil, que no artigo 2º proclama que a personalidade civil do ser humano começa com o nascimento com vida, mas a lei salvaguarda os direitos daquele que ainda está no ventre materno desde a concepção. De má redação, tal artigo transmite incoerência, pois como se pode atribuir direitos àquele que nem sequer é reconhecido juridicamente?

Na busca de uma solução, o estudo averiguou a origem do status e dos direitos do concebido, vindo a retroceder no tempo e pesquisar na antiguidade clássica as implicações legais a favor do nascituro até chegar à legislação pátria atual. Vimos que desde aquela época o assunto já despertava controvérsias, sendo ao nascituro conferido alguns direitos como a vida e a sucessão patrimonial.

No Direito Comparado podemos também observar divergências, tendo os países de origem latina optado pela conferência de personalidade somente ao nascer, porém, passando parte considerável dos países a admitir a capacidade de direito desde a concepção.

Dada a complexidade do tema, várias teorias surgiram para explicar o início da personalidade e a condição jurídica do nascituro, destacando-se no Brasil três correntes: a) natalista – considera como início o nascimento com vida; b) da personalidade condicionada – a personalidade começaria com a concepção, sob a condição do nascimento com vida; c) concepcionista – considera que o nascituro tem personalidade desde a concepção

A primeira teoria encontra grande número de adeptos, fundamentando-se na primeira parte do artigo 2º do Código Civil, defendendo que o concebido é possuidor de mera expectativa de direito. Entretanto, o retro artigo em sua segunda parte concede direitos desde a concepção, o que a referida teoria não explica.

Há de se observar também que quando se fala em início da personalidade da pessoa está se tratando do ser humano. O que é então o nascituro? Argumentar que ele é parte das vísceras da mãe não procede, já que com o avanço da ciência foi possível descobrir que ele possui composição genética completa, com forma própria, igual a um adulto.

Os concepcionistas, inseridos aí os adeptos da vertente da personalidade condicional ou da teoria verdadeiramente concepcionista, ao observarem que só pessoas são capazes de serem titulares de direito encontram aí a razão para se conferir personalidade ao nascituro.

Apesar desta polêmica, todas as teorias admitem que a legislação traz formas de proteção dos interesses do nascituro. Esses direitos estão dispostos ao longo do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se expõe a seguir.

Ao prever no artigo 1.609 o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ainda que antes do nascimento, o Código Civil confere ao concebido o direito ao reconhecimento de filiação, que é feito por declaração, escritura pública ou testamento.

Já no artigo 1.621, encontramos a previsão do direito à adoção, podendo esta ser feita nos moldes da legislação civil ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando os adotantes responsáveis pelo alimento e integridade física do bebê.

O direito à curatela e representação encontra-se no artigo 1.779 do *codex*, tendo o curador a função de cuidar dos interesses do nascituro até o nascimento.

O concebido tem direito ainda a receber doações, conforme diz o artigo 542 do Código de 2002, podendo a partir da liberalidade, o representante entrar na posse dos bens doados, percebendo-lhe os frutos.

Conferido ao nascituro desde Roma, o direito de suceder encontra-se atualmente disposto no artigo 1.799 da Lei Civil, com pleno direito do concebido à herança se já estava concebido no momento da abertura da sucessão.

O direito à alimentos encontra previsão nos artigos 397 e 2º do Código Civil, com finalidade proporcionar à mãe os meios necessários para a sua sobrevivência e do filho em sua barriga.

O nascituro tem o direito inalienável de nascer, vir ao mundo, tendo a Constituição Federal erigido o direito à vida como fundamental. Assim, a proteção tem que iniciar desde a concepção, e não após o nascimento com vida. Objetivando-se uma ampla proteção do nascituro.

Assim face ao tratamento dispensado pela legislação, que remete a proteção do nascituro desde a concepção, atribuindo-lhe direitos, acreditamos ser a corrente concepcionista a mais acertada, uma vez que se é titular de direitos, não há como não ser pessoa. Cremos acertada a posição de só atribuir-lhe personalidade formal,

devendo a material ser adquirida somente com o nascimento com vida. Afinal, o concebido tem resguardados, normativamente, seus direitos, porque desde a concepção passa a ter existência orgânica.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Direito de alimentos: uma contribuição do Direito Romano in* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, 14 (54): 52-60, out./dez. 1990.

_____. *Direitos da personalidade do nascituro in* Revista do Advogado, n.38. São Paulo: AASP, dezembro/92.

_____. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil in* Revista de Informação Legislativa, n. 97. Brasília.

_____. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

AMARO, Elisabete Aloia. *As entidades famílias e a nova principiologia do direito de família*. Disponível em: <<http://www.drummond.com.br/read/1asentidades.pdf>>. Acesso em: 09 set.2010.

ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*, T. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Edição rev. e atual. por: prof. Caio Mário da Silva Pereira. 2a. edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. Código Civil. *Lei número 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF, Senado, 2010.

_____. Código Penal. *Decreto-Lei número 2.848*, de 02 de Dezembro de 1940. Brasília, DF, Senado, 2010.

_____. Código de Processo Civil. *Lei número 5.869*, de 11 de Janeiro de 1973. Brasília, DF, Senado, 2010.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 2010.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei número 8.069*, de 13 de Julho de 1990. Brasília, DF, Senado, 2010.

CHAVES LOPES, Benedita Inez. *A Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

CHAVES, Antônio. Capacidade Civil, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.13.

_____. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1997

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, v.3, 1998.

DUROZOI, Gerard; ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. Papyrus, 1990.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Parte Geral. 5.ed. São Paulo:Saraiva, 1999;

KELSEN, *Teoria pura do direito*, 2. Ed.. 1962, v.1

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 9.ed.Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 200. V. 1.

MEIRA, Silvio A. B.. *Instituições de direito romano*. 4 ed.. São Paulo: Mas Limonad, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Parte Geral, volume 1*, São Paulo:Saraiva,1987-1989;

MONTORO, André Franco e FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 1997;

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral. Vo.I 1. 2 ed.*. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. *A teoria das pessoas no esboço de Texeira de Freitas*; superação e permanência *in* Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial, v. 11, nº 40, abr./jun. 1987.

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

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado. Parte geral. 2. Ed.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PLUTARCO, *Vida de Licurgo*. Disponível em: < http://www.consciencia.org/plutarco_licurgo.shtml>. Acesso em: 09 set. 2010

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1980, p.35;

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano. 2 ed.* São Paulo: Editora Revista do Tribunais,2003.

SARAIVA, Gastão Grossé. *Os direitos do nascituro e o art. 4º do Código Civil in* Revista dos Tribunais 131/144.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

TEXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1986.

VALLADÃO, Haroldo. Capacidade de Direito, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 13.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 8.ed. São Paulo: RT, 1995.