

## **STATUS JURIDICO DO NASCITURO**

**Wilcinete Dias Soares<sup>1</sup>**

**Resumo:** O presente artigo apresenta como tema central o estudo a respeito do status jurídico do nascituro perante o ordenamento pátrio. Na primeira parte, é feita uma abordagem sobre a evolução histórica do nascituro, verificando como era a sua condição desde a antiguidade, analisando também sua posição jurídica no direito comparado, para após entrar-se efetivamente na questão jurídica sobre o lugar que ordenamento jurídico atualmente dá ao nascituro, analisando as teorias nacionais que fundamentam a sua situação jurídica, expondo-se os pontos polêmicos e as discussões sobre o assunto com a finalidade de chegar a uma definição concreta a respeito do início da personalidade jurídica e especialmente em saber, a partir de que momento o nascituro se torna sujeito de direitos. Na segunda serão analisados alguns direitos civis e sucessórios reconhecidos pelo ordenamento jurídico ao nascituro.

**Palavras-Chaves:** Nascituro. Sujeitos de direitos. Sistema jurídico.

SUMÁRIO: 1. Evolução histórica do Nascituro; 1.2. Conceito de Nascituro; 1.3 Início da Vida Humana; 1.3. Personalidade Jurídica; 1.4 A Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro; 1.5 A Condição Jurídica do Nascituro no Direito Comparado. 2.Direitos Reconhecidos ao Nascituro; 3. Conclusões. 4. Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Município de Diadema-SP; Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP; Advogada militante na área do contencioso judicial na Capital do Estado de São Paulo.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO NASCITURO

Se recuarmos um pouco no tempo, podemos constatar que historicamente o primeiro ordenamento a reconhecer a capacidade jurídica do *conceptus* foi na Grécia Antiga, mais especificamente em Tebas, em que eram previstas penas a quem praticasse o aborto, demonstrando-se a preocupação já na antiguidade com o nascituro. Aristóteles, só admitia o aborto enquanto o feto não tivesse adquirido “alma”.

Sergio Abdalla Semião doutrina (2007, p.60):

A filosofia de Aristóteles influenciou de forma crucial o pensamento filosófico ocidental, bem como o cristianismo, sendo que a distinção que ele fez sobre os fetos com alma e sem alma foi a mais significativa. Ele afirmou que o feto masculino receberia sua alma aos quarenta dias e o feminino aos oitenta. Com base nesse pensamento, concluiu que se um feto sem alma fosse abortado, isso não seria considerado um assassinato.<sup>2</sup>

No direito romano, verifica-se que o nascituro era reputado como parte do corpo da mãe, de modo que a proteção que se dava a ele era reflexa, porquanto, protegia-se o corpo da mãe e não do nascituro, porém sua vida intrauterina era tutelada, punia-se o aborto desde a concepção.

No Brasil apesar de não haver legislação específica em relação ao nascituro, está em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 478/2007- (Estatuto do Nascituro) de autoria da Deputada Solange de Almeida, que se aprovado poderá alterar substancialmente o *status* do nascituro em nosso sistema jurídico. Entretanto, conforme se verá mais adiante, a proteção do *conceptus* na atualidade, inicia-se antes do nascimento, portanto, engloba todos os seres humanos, indiferentemente de serem nascidos ou não.

### 1.2. Conceito de Nascituro.

Etimologicamente o termo nascituro significa o que está para nascer.

Para Maria Helena Diniz (2009 p. 334):

---

<sup>2</sup> Semião, Sergio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte. Del Rey, 2007

O nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais em estado potencial, somente com o nascimento com vida.<sup>3</sup>

Nascituro é, portanto, aquele ser vivo que já foi concebido, se encontra no ventre materno e que está por nascer.

### 1.3. Início da Vida Humana

Determinar o momento em que se inicia a vida é primordial para perquirir quando o *conceptus* passa a ser considerado ser humano - sujeito de direitos e portanto, adquire personalidade jurídica e aptidão para usufruir direitos na ordem civil.

Muitas são as definições sobre o início da vida humana, variando conforme convicções morais, religiosas, científicas, sociológicas, filosóficas, jurídicas.

Os religiosos acreditam que a vida começa na fecundação, sendo esta a opinião também da Embriologia. Por outro lado, parte dos geneticistas e fisiologistas acredita que a vida começa na nidação, pois é a partir dessa etapa que o embrião tem condições reais de se desenvolver. Ainda sem ter como dar uma resposta definitiva e exata para esta problemática, a maioria dos neurocientistas estabelece o marco inicial da vida após os 14 primeiros dias da concepção, com a formação das primeiras terminações nervosas. Importante ressaltar que quando a fecundação se dá fora do corpo da mãe por meio da fertilização *in vitro*, por exemplo, enquanto não implantado o óvulo fertilizado no útero da mãe não pode o ovo ser considerado nascituro.

Na doutrina, MARIA HELENA DINIZ (2009: 120-121) afirma que:

[...] a vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar, não sendo uma concessão do Estado, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Sendo na verdade, o direito à vida um direito de respeito à vida do próprio titular e de todos, logo se exige um comportamento negativo do autor, para proteger esse bem

---

<sup>3</sup> Op. Cit.p.334

inato e essencial, Importando em avaliar os limites desse bem jurídico fundamental<sup>4</sup>.

Assim, fica clara a preocupação em tutelar a vida humana desde o momento da concepção.

#### **1.4. Personalidade Jurídica.**

Antes de examinar a personalidade jurídica, deve-se analisar a acepção jurídica do termo pessoa, para após verificar se o nascituro é dotado daquele atributo jurídico.

O vocábulo pessoa deriva do latim *persona*, que segundo os historiadores significava máscara teatral. Era uma espécie de máscara, a qual além do cobrir o rosto do ator, tinha uma lamina metálica junto aos lábios que ampliava sua voz, assegurando o aumento do volume.<sup>5</sup>

Todavia, essa terminologia com o tempo, evoluiu e a palavra pessoa ganhou outra conotação, passando a ter outro significado ou seja, o sentido de sujeitos de direito.

De acordo com as percutientes observações de SILVIO DE SALVO VENOSA (2009, p. 249),

Pela evolução de sentido, o termo pessoa passou a representar o próprio sujeito de direito, nas relações jurídicas, como se todos nós fossemos atores a representar um papel dentro da sociedade. O fato é que em nosso conhecimento vulgar designamos pessoa a todo o ser humano, No sentido jurídico, pessoa é o ente suscetível de direito e obrigações.<sup>6</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que o termo pessoa revela um ser humano, a quem no âmbito jurídico se conferem direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito.

A esse ser humano ente físico, natural, o ordenamento jurídico reconhece personalidade, ou seja, atribuição para titularizar direitos e deveres na ordem jurídica.

---

<sup>4</sup> Op. Cit. p.120/121

<sup>5</sup> MORAES, Márcio André Medeiros. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, LTr. 2009, p.202

<sup>6</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, parte geral, 2009, p, 249

Segundo MOREIRA FILHO<sup>7</sup>, pessoa é o ser a quem atribuem direitos e obrigações, e personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações.

Para CARLOS ROBERTO GONÇALVES, (2010, p. 49), personalidade jurídica é:

[...] a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.<sup>8</sup>

Em síntese, a personalidade é um atributo jurídico da pessoa.

### **1.5. A condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro.**

Observa-se que, quando se trata do tema relativo ao início da personalidade jurídica do nascituro, há grandes polêmicas entre os doutrinadores, cujas opiniões se dividem.

De fato, pairam discussões sobre a personalidade civil do nascituro, através de três correntes doutrinárias, as quais apresentam os seguintes posicionamentos:

#### **1.5.1 Teoria Natalista.**

Para essa escola de pensamento, o início da personalidade do nascituro, somente pode ser reconhecida a partir do nascimento com vida. Seus seguidores afirmam que o nascituro não é pessoa, porquanto não tem personalidade jurídica, a qual começa apenas do nascimento com vida e, portanto não tem ele capacidade de direito mas sim mera expectativa, cujos direitos somente serão adquiridos após o nascimento com vida. Os defensores desta corrente asseveram que o início da personalidade coincide com o nascimento com vida.

É a teoria adotada pela maioria dos doutrinadores, tendo como adeptos CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, que em sua obra expressa:

---

<sup>7</sup> FILHO, José Roberto Moreira. O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida. Disponível em <http://jus.uol.com.br/doutrina>, Acesso em 20 de abr. 2014.

<sup>8</sup> GONÇALVES., Roberto Carlos, Direito Civil Brasileiro, 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p, 49

O nascituro não é ainda pessoa, não é ainda um ser dotado de personalidade jurídica, e não há se falar portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito<sup>9</sup>.

Na mesma linha de pensamento leciona o Professor SILVIO RODRIGUES, para quem “nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferido se nascer com vida”<sup>10</sup>

Para ROBERTO DE RUGGIERO (1934, P.341-342):

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mas uma parte das vísceras maternas. No entanto, com esperança de que nasça, o direito tem-no em consideração, dando-lhe uma proteção particular, reservando-lhe os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer, ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido (*conceptus pro iam nato habeatur*) é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveita a terceiros e exerce-se, por um lado, com instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro<sup>11</sup>.

Estabeleceu-se que, por essa corrente, que para ser sujeito de direitos e obrigações é imprescindível o nascimento com vida.

É a teoria adotada pelo legislador civil de 2002, que reproduzindo o texto do artigo 4º do Código Civil de 1916, prescreve em seu artigo 2º:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Dessa forma, pelo nosso Código Civil, nega-se ao nascituro personalidade jurídica e capacidade de direito, negando-lhe também o *status* de pessoa, considerando-o como um mero espectador de direitos, cuja personalidade jurídica somente começa a partir do nascimento com vida. É a vida que dá personalidade jurídica da pessoa.

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Editora Forense, 24ª ed. Rio de Janeiro, 2009

<sup>10</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Saraiva. São Paulo, 34ª ed. vol. I parte geral, p. 38, 2010.

<sup>11</sup> RUGGIERO de Roberto. Estudos de Direito de Família. Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1934.

### 1.5.2 - Teoria da Personalidade Condicional-

Para os defensores desta teoria, o nascituro é considerado pessoa desde a sua concepção, momento em que se considera presente a personalidade do ser humano, porém a eficácia de seus direitos estão atrelados a uma condição suspensiva, qual seja: a do nascimento com vida.

É a posição defendida por WASHINGTON DE BARROS, (2009, p, 60) segundo o qual:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. O nascituro é pessoa condicional, para adquirir a personalidade jurídica precisará nascer com vida. Então não terá direito adquirido, somente expectativa de direitos. Para que estes (direitos) se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.<sup>12</sup>

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES , comentando sobre o tema escreve:

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter a existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá se suceder, se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos.<sup>13</sup>

ALINE DE CASTRO BRANDÃO VARGAS, por sua vez afirma :

o início da personalidade começa com a concepção, mediante a condição suspensiva do nascimento com vida, isto significa dizer que se o nascituro nascer com vida, sua personalidade retroage a data de sua concepção<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> MONTEIRO Barros de Washington - Curso de Direito Civil. Parte Geral, 24ª ed. São Paulo, Saraiva,

<sup>14</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa- O nascituro como sujeito de direitos, Ed. Livraria do Advogado , p. 85

<sup>15</sup> VARGAS, Aline de Castro Brandão- Embrião criopersevadado. Ed. Revista dos Tribunais, 2009. P. 196

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do biodireito, 4ª ed. São Paulo, 2010,p.114

Interessante aqui, as observações de MARIA HELENA DINIZ (2009, p. 114):

O embrião, ou nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria independente da de sua mãe, Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica, Na vida intra uterina ou mesmo *in vitro* tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* após nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.<sup>15</sup>

Prossegue a referida doutrinadora, em outro trecho da mesma obra:

A personalidade jurídica da pessoa começa com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instante depois. Para constatar o nascimento com vida, utiliza-se da docimasia respiratória, onde os pulmões do recém-nascido são colocados em água com temperatura de quinze a vinte graus centígrados, Se for verificado que os pulmões flutuaram, significa que houve respiração, nasceu com vida, adquiriu personalidade jurídica. Se nascer morto (natimorto), não terá personalidade jurídica material, mas a formal merece proteção jurídica no que diz respeito aos seus direitos da personalidade, como nome, imagem, sepultura<sup>16</sup>

Assim sendo, segundo a teoria Condicionista, o nascituro adquire direitos e obrigações, portanto personalidade, a qual fica subordinada a uma condição suspensiva, a saber, o seu nascimento com vida.

### **1.5.3-Teoria Concepcionista.**

Entendem seus seguidores que a personalidade jurídica tem início desde o momento da concepção. Dessa forma, o início da personalidade jurídica do nascituro coincide com a própria concepção. Desde a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e sua nidação no ovário do ventre materno, o nascituro é titular de direitos e obrigações, com fulcro, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida. Essa teoria vem ganhando espaço na jurisprudência, pois é a mais protetiva.

---

<sup>16</sup> Op. Cit. p.116

Conforme observa MARIA CRISTINA ZAINAGHI, na atualidade, pode-se perceber uma tendência a adotar a teoria concepcionista, pois, a despeito das legislações, nota-se uma disposição da jurisprudência em assentir que o ser, em concepção, já é dotado de personalidade<sup>17</sup>

Para SILMARA JULY DE ABREU CHINELATO, uma das adeptas dessa teoria :

O nascituro com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascituro sem vida atua, para a adoção e a herança, como condição resolutive, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré natais, entre nós com impulso maior, depois dos Estudos de Bioética.<sup>18</sup>

Fazem parte ainda dessa corrente concepcionista: André Franco Montoro, Anacleto de Oliveira Faria. Francisco dos Santos Amaral, Teixeira de Freitas dentre outros juristas de renome.

## **1.6. A Condição Jurídica do Nascituro no Direito Comparado**

### **1.6.1- No direito romano.**

Segundo Sergio Abdalla Semião (2009 p.45), o Direito Romano apresenta em seus textos controvérsias quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade<sup>19</sup>.

Para alguns a personalidade do nascituro surge a partir do momento em que a criança nascesse com vida. Para outros o reconhecimento da personalidade está condicionada ao nascimento viável, não importando nascer apenas com vida, sendo imprescindível a forma humana. Era negada a personalidade às crianças nascidas sem forma humana porque eram tidas como um *monstrum*. Da mesma forma, o feto que fosse gerado por uma escrava não era aceito, porque o escravo era considerado como coisa e não pessoa.

---

<sup>17</sup> ZAINAGHI, Maria Cristina. Os Meios de Defesa dos Direitos do Nascituro, São Paulo; LTR- 2007

<sup>18</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Tutela Civil do Nascituro, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009 p. 9

<sup>19</sup> Semião, Sergio Abdalla. Os Direitos do Nascituro, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

### **1.6.2. No direito português**

No Direito Português, conforme Decreto-lei 47.344 de 25.11.1966, o reconhecimento da personalidade do nascituro, está condicionada ao nascimento com vida, adquirindo-se a personalidade no momento do nascimento completo com vida. Ocorrendo o óbito da criança durante o parto, a legislação portuguesa adota o entendimento de que não há nascimento completo e, portanto, não chega a haver personalidade jurídica ou capacidade para a aquisição de direitos. Assim, para ser considerada pessoa, tem que nascer com vida, o que tem importância decisiva quanto àqueles direitos que hajam de ser atribuídos aos nascituros. Esses direitos estão dependentes da condição do nascimento.

### **1.6.3 No direito Espanhol**

A legislação espanhola, seguindo a trilha do Direito Romano, em seu artigo 30, afirma que a personalidade somente tem início após o nascimento e desde que o recém-nascido tenha “figura humana” e ainda sobreviva por 24 horas, fora do útero. Trata-se de modelo antigo de tutela jurídica do nascituro, que vem sendo combatido exaustivamente por criar situações absurdas e não aceitar os avanços da medicina no tratamento das malformações congênitas.

### **1.6.4. No direito Nicaraguense.**

Dispõe o Código Civil da Nicarágua que a concepção presume a existência natural da pessoa, ressalvando que a existência legal somente se concretizará com nascimento.

### **1.6.5 No direito Mexicano**

O Código Civil Mexicano, norma que o nascituro tem proteção legal e, portanto, capacidade desde o momento em que ocorre a concepção.

### **1.6.6 No direito Germânico**

O direito germânico, estabelece o momento da concepção como o determinante para a aquisição da personalidade jurídica.

### **1.6.7 No direito Venezuelano**

O Código Civil da Venezuela adota o entendimento de que para ser considerada pessoa, tem que nascer com vida.

### **1.6.8. Direito Chinês.**

No direito chinês, a personalidade de uma pessoa tem início com a vida e termina com a sua morte.

Observa-se de forma clara que, no âmbito dos sistemas jurídicos do direito comparado, de um modo geral, o início da personalidade somente se dá a partir do nascimento com vida.

## **2. DIREITOS RECONHECIDOS AO NASCITURO.**

Embora na nossa lei civil como vimos, o marco inicial da personalidade jurídica do nascituro é fixada pelo seu nascimento com vida, entretanto, quanto à tutela de direitos ao nascituro observa-se que nosso ordenamento pátrio protege e elenca diversos direitos ao *conceptus*, o que, segundo alguns doutrinadores, configura flagrante contradição entre a primeira parte do artigo 2º, do Código Civil : “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” com o disposto na segunda parte do mesmo artigo: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”

É o que observa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (2006, p.146) ao lecionar que:

O que impede deixar assente é que a comparação entre as duas partes do artigo 2º coloca o interprete ante esta alternativa: ou aceita a possibilidade de ser titular de direitos um ente desprovido de

personalidade, ou imputa ao Código contradição insolúvel, violação escancarada de um dos primeiros princípios da razão especulativa<sup>20</sup>

Colocada a parte a discussão acima apontada, fato é que o Código Civil em seu bojo, elenca vários direitos de natureza civis e sucessórios ao nascituro, tais como: direitos a alimentos, à filiação, à sucessão dentre outros.

Conforme bem explica MARIA HELENA DINIZ (2009, p. 116):

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (arts. 353,357, parágrafo único, 372, 377,458,462,1718) que permanecem em estado potencial. Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá.<sup>21</sup>

É exatamente sobre alguns desses direitos que passaremos a discorrer em seguida.

## **2.1. Direito ao Reconhecimento da Filiação**

Nos termos do artigo 1609 parágrafo único do Código Civil<sup>22</sup>, o nascituro poderá ter sua filiação reconhecida, desde a concepção, bastando para isso uma declaração por escritura pública ou testamento, que, uma vez feita, torna-se irrevogável.

Também no Estatuto da Criança e do Adolescente está previsto este direito personalíssimo, conforme se infere do seu artigo 26 parágrafo único, do seguinte teor:

*“O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. Poderão ainda, os pais, pleitear em nome do nascituro o reconhecimento da paternidade ou da maternidade, e por consequência os direitos inerentes ao reconhecimento”.*

Interessante aqui, as observações propostas por SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA ao defender que:

---

<sup>20</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro à Vida. Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VII, n.34, fev/mar.2006, IOB Thomson, p. 146.

<sup>21</sup> Op. Cit, p.116.

<sup>22</sup> Art. 1609 § único- O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

O direito de ser reconhecido independe do nascimento com vida. Mesmo que o nascituro reconhecido nasça sem vida, o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz, dando legitimidade ao filho para pedir alimentos ao pai e a este, em tese, pátrio poder.<sup>23</sup>

Pontes de Miranda afirma que o reconhecimento antecipado, anterior ao nascimento beneficia, principalmente, a criança, visto que seu pai pode vir a falecer antes mesmo do seu nascimento, ou mesmo sua mãe pode não sobreviver ao parto<sup>24</sup>

ALINE DE CASTRO BRANDÃO VARGAS (2009,) por sua vez enfatiza que:

O embrião como filho terá seus direitos protegidos pela lei. Ressalta que a Constituição Federal condena qualquer *discriminen* entre filhos. Dessa forma, se existirem outros herdeiros que se enquadrem na mesma classe da ordem de vocação, aquele embrião será merecedor de quinhão de mesmo valor quantitativo.<sup>25</sup>

Ainda a mesma doutrinadora ressalta, que “o direito de reconhecimento de filiação jamais prescreve, citando a Sumula 149 do STF: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”

Pelo exposto, conclui-se que o *infans conceptus* tem o direito à filiação, expressamente amparado pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o que leva a inarredável conclusão de que o legislador o considera pessoa humana em formação, e portanto, fica evidenciada a sua personalidade jurídica, já que conforme visto, esta é um atributo da pessoa. O nascituro é sim um sujeito de direitos.

## 2.2. Direito a Alimentos.

O direito a alimentos tem por finalidade proporcionar a mãe os meios necessários para o bom desenvolvimento da gravidez, incluindo-se despesas médicas e medicamentos, visando o nascimento com vida do filho.

---

<sup>23</sup> Op. Cit. p. 211

<sup>24</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado; parte especial, Direito de Família: Direito Parental, Direito Protetivo, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoim p.215-6

<sup>25</sup> VARGAS, Aline de Castro Brandão. Embrião criopreservado implantado post mortem tem direitos sucessórios? Disponível em : [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?) acesso em 19 de abril de 2014

Pontes de Miranda pondera:

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 de pediatria<sup>26</sup>

Explica JOSE FRANCISCO CAHALI (2010, 47):

De fato, existem despesas necessárias à perfeita realização do pré-natal, destinando-se a garantir a vida do concebido. Ou seja, durante a gravidez são incontáveis as situações materiais que exigem a participação do pai. São gastos com saúde, alimentação, medicamentos, despesas hospitalares com maternidade..., sem contar a preparação do (necessário) enxoval do bebê como na hipótese do vestuário e da assistência pediátrica, que não podem ser exclusivos da genitora. Ora, reconhecidos diversos direitos ao nascituro, é natural que disso resulte a sua capacidade de ser parte, possuindo, destarte, legitimidade ativa para reclamar alimentos<sup>27</sup>

Nesse sentido a Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, conhecida como a lei dos Alimentos Gravídicos, trouxe inovações relevantes em relação ao nascituro, pode-se dizer que enalteceu, inegavelmente, a proteção do concebido, ao tratar da possibilidade de pleito de alimentos pelo nascituro ao seu suposto pai biológico.

Assim preceitua a Lei 11.804/2008 a respeito dos alimentos ao nascituro:

*Art. 2º- Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.*

---

<sup>26</sup> Op cit. p. 217

<sup>27</sup> CAHALI, José Francisco (Org) PEREIRA, Rodrigo da Cunha- Alimentos no Código Civil, Aspectos civil, constitucional, processual e penal. 3ª ed. São Paulo; Saraiva, 2010 p. 47.

*Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.*

Art. 3º (Vetado)

Art. 4º (Vetado)

Art. 5º (Vetado)

*Art. 6º- Convencido da existência de indícios da paternidade o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.*

*Parágrafo único- Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.*

Nesse contexto, conforme se depreende da lei supra, sem sombra de dúvidas, constata-se a preocupação do legislador em dar tratamento ao concebido em igualdade de condições com o nascido.

Inobstante isso, alguns doutrinadores entendem que não se deve conceder alimentos ao nascituro, já que o mesmo só é considerado como pessoa para assuntos que envolvam direitos patrimoniais. Esse posicionamento é severamente rebatido por SERGIO GISCHKOW PEREIRA (2011p.132) ao lecionar que:

Com toda a vênia, espanta-me que ainda haja posições em contrário, sem dúvida baseadas em uma visão puramente tecnicista e lógico-formal do direito, que deixa de lado, além disso, a exegese sistemática construída a partir da Constituição Federal. Trata-se simplesmente do maior de todos os direitos, que é o direito à vida e à vida com dignidade! Bastaria uma leitura do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que situa a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. De que adianta pôr a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, se ele vier a morrer por falta de alimentos?<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Estudos de Direito de Família- 3ª ed. Porto Alegre- Livraria do Advogado, 2011, p.132.

Este é também o entendimento predominante na jurisprudência, que já se manifestou atribuindo legitimidade ativa ao nascituro em ação de alimentos.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO -Ressarcimento por gravidez indesejada. Ilegitimidade ativa ad causam — Inocorrência - Legitimidade da mãe para pleitear alimentos para o nascituro.- Aplicação do artigo 4º do Código Civil . Indeferimento de expedição de ofícios à Vigilância Sanitária - Desnecessidade - A qualquer momento diligências poderão ser determinadas - Inteligência o artigo 130 do CPC - Inclusão da criança no polo ativo - Recurso provido em parte.(Agravo de Instrumento nº 171.713-4/2-00, Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Mattos Faria, julgado em 5/02/ 2001.)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS GRAVÍDICOS - INDÍCIOS DE PATERNIDADE - FIXAÇÃO COM OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE FINANCEIRA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Estando presentes os indícios de paternidade conforme o disposto no artigo 6º da Lei nº 11.804/08, há a obrigação de prestar alimentos gravídicos ao nascituro, a fim de cobrir despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto. Para a fixação deve-se observar o binômio necessidade/possibilidade. Contudo, não tendo o agravante comprovado sua incapacidade financeira em arcar com os alimentos provisórios fixados, a decisão proferida em primeira instância deverá ser mantida. (Agravo de Instrumento 1.0024.11.0595311/001 2ª CÂMARA CÍVEL- TJMG, Rel. Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, julgado em 05/06/2012)

Ação de Indenização- Em podendo a obrigação decorrente do direito a alimentos começar antes do nascimento e depois da concepção, tem os pais, mesmos tratando-se de direito personalíssimo, legitimidade para pleiteá-los pelo nascituro que será indiretamente beneficiado, enquanto se nutrir do sangue de sua mãe, e diretamente após seu nascimento, pois já que o Código Civil coloca a salvo os direitos do nascituro, e não dispõe este ainda de personalidade civil, os legitimados para representá-lo desde a gestação seriam os pais, Gravidez decorrente de uso de anticoncepcional falso- Alimento- Legitimidade ativa dos pais para pleitear indenização em nome do nascituro (TAMG-AGI. Acórdão 0321247-9, j. 20/12/2000, 3ª Cam. Cível- Rel. Duarte de Paula)

Dúvidas não restam portanto, de que o nascituro através de sua representante legal, a mãe, ou do curador ao ventre, poderá agir postulando alimentos em seu favor, fundamentando o dever de amparar e de dar assistência pré-natal ao ente que está por nascer. A suposta paternidade poderá ser comprovada por qualquer meio hábil, inclusive através do exame de DNA.

### 2.3. Direito à Adoção

Conforme ilustra ALICE DE SOUZA BIRCHAL (2009, p.42)<sup>29</sup>, “ o estado de filiação decorre de um fato ( nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção”. A adoção

<sup>29</sup> BIRCHAL, de Souza Alice. Manual de Direito das Famílias 6ª ed.Ed. RT, 2009.

possui uma natureza jurídica institucionalista, na medida em que é um ato jurídico em que uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, garantindo ao adotado um lar em ambiente familiar saudável, propiciador do pleno desenvolvimento humano, uma família, dignidade, amparada pelo princípio do melhor interesse da criança

O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado judicial.

No que diz respeito ao nascituro, a adoção é mais um dos direitos expressos em lei, disciplinado nos artigos 1621 do CC e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando que uma vez feita, necessária será a garantia de um desenvolvimento gestacional seguro e sadio, assegurado pela concessão de alimentos e integridade física, até o seu nascimento com vida.

#### **2.4 Direito à Curatela**

Em caso de falecimento do pai e perda do poder familiar pela mulher grávida, dispõe o art. 1779<sup>30</sup> do CC e arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil, a nomeação ao nascituro de um curador, com a função de zelar por seus interesses até o seu nascimento com vida quando, então, lhe será nomeado um tutor, nos ditames do art. 1728 do CC.

Conforme observação de SILVIO DE SALVO VENOSA (2009,446)

Duas condições são necessárias para possibilitar a curatela do nascituro: falecimento do pai ou perda do poder familiar se estiver à mulher grávida e não se encontrar esta em condições de exercer o pátrio poder.<sup>31</sup>

Não havendo perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão resguardados por quem detenha a sua representação legal, ou seja, seus genitores, já que a lei põe a salvo o direito à representação, que se trata da regra geral, pois será exercida pelos pais da criança.

---

<sup>30</sup> Art.1779: Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

<sup>31</sup> Op. Cit. 446

## 2.5. Direito ao Recebimento de Doações

Conforme estatuído no artigo 538 do Código Civil, a doação é o “contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagem para o de outra, desde que os aceite”.

O direito do nascituro a receber doações encontra-se disposto no art. 542<sup>32</sup> do CC, desde que já concebido no momento da liberalidade e desde que aceita pelos seus representante legal. A partir de então, seus representantes legais poderão usufruir do bem doado, entrar em sua posse e perceber-lhe os frutos desde então.

## 2.6 Direito à Sucessão

Assim preceitua o artigo 1.798 do Código Civil, a respeito do direito á sucessão do nascituro:

*“Art. 1.798- Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”*

O legislador civil confere ao nascituro direitos à sucessão desde que já esteja concebido no momento em que a sucessão for aberta. Portanto, os direitos à herança ele os terá, desde que já esteja concebido no momento da abertura da sucessão, sendo o nascimento com vida, condição resolutiva para aquisição plena de tal direito.

É o que nos explica TARTUCE E SIMÃO (2009, p. 40) ao pontuar que:

[...] o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire a personalidade civil ou capacidade de direito<sup>33</sup>.

Veja-se também a observação de MARIA HELENA DINIZ (2009, p.1245) em comentário ao artigo supra,

---

<sup>32</sup> Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo representante legal.

<sup>33</sup>TARTUCE, Flávio Simão, José Fernando, Direito das Sucessões, vol. 06, São Paulo, Ed. Método, 2009

O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder e adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se já fosse nascido porém em estado potencial, como lhe falta personalidade jurídica material, nomeia-lhe um curador ao ventre, Logo, se nascer sem vida à sucessão será tido como nunca tivesse existido, logo, a sucessão será ineficaz, Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder.<sup>34</sup>

Dessa forma, vindo a nascer com vida, operam-se os seus direitos sucessórios desde o momento da abertura da sucessão.

É de todo importante salientar que, ainda que o nascituro venha a falecer minutos depois de seu nascimento, o seu patrimônio transmite aos seus sucessores.

É o que leciona WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (2009, 43/44)

[...] o nascituro herdará mesmo que ainda venha a falecer momentos após o seu nascimento, onde herda o seu quinhão hereditário e o transmite a seus sucessores, pois a inexistência da pessoa natural termina com a morte, conforme determinação legal.<sup>35</sup>

Continua o renomado civilista: no entanto se ainda não estiver concebido até a data da morte do autor da herança não tem legitimação para suceder por sucessão legítima.

Conforme se pode observar ao resguardar os direitos sucessórios do nascituro desde a sua concepção, é possível afirmar que a lei civil reconhece-o como sujeito de direitos, conseqüentemente, confere-lhe a personalidade jurídica.

Ainda, nos artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil, verifica-se a preocupação do legislador em proteger os direitos sucessórios do nascituro ao regular a posse de seus bens em relação aos bens em que sucederá.

De fato, dispõe os referidos dispositivos:

*Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.*

---

<sup>34</sup> Op. Cit. p.1245

<sup>35</sup> Op. Cit. p.43/44

*§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.*

*§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.*

*§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.*

*Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.*

*Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.*

Nessas hipóteses a gestante deve ingressar com ação de imissão na posse dos direitos do nascituro, na qual basta que seja provada a gravidez para estar investida nos direitos do nascituro.

Por este lado adverte WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (2009)

Se à mãe competir o exercício do poder familiar, requererá ela exame médico, a fim de comprovar o estado de gravidez. Verificada esta, por sentença, o juiz investirá a mulher na posse dos direitos que caibam ao nascituro. Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curador ao nascituro.<sup>36</sup>

Com relação aos dispositivos em referencia SILVIO GUERRA JÚNIOR (2009) assinala que estes:

[...] instrumentalizam o exercício das garantias estampadas no artigo 2º do Código do Código Civil, onde dispõe que a personalidade civil começa com o nascimento com vida ;mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro. Concluí seu pensamento afirmando: onde é verificado duas grandes importância: a concepção e o nascimento com vida<sup>37</sup>

Diante da diversidade de direitos que são reconhecidos e protegidos ao nascituro antes mesmo de seu nascimento, pode-se concluir que o feto é sim sujeito de direitos dotado de personalidade jurídica desde a concepção.

---

<sup>36</sup> Op. Cit. p. 48

<sup>37</sup> JUNIOR, Sylvio Guerra. Da posse em nome do nascituro. Disponível em : <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp? 932>. Acesso em 02 de maio de 2014.

### 3. CONCLUSÃO

A análise do instituto pesquisado mostrou que a condição do nascituro, ou seja, de ser ele considerado ou não um ser humano e, em razão disso ser titular de direitos, não é nova. Pode-se verificar que desde os primórdios existiu polêmica acerca da sua personalidade jurídica.

Viu-se que no Direito Comparado a questão suscita acirrados debates jurídicos. Pode-se observar contudo, que os sistemas jurídicos estrangeiros, de um modo geral, consideram que o início da personalidade somente se dá a partir do nascimento com vida do *conceptus*.

No Direito Brasileiro, demonstrou-se que a questão sobre o início da personalidade do nascituro também é controvertida.

A pesquisa revelou a existência de três teorias que circundam o assunto: teoria Natalista, a Concepcionista e da Personalidade Condicional, sendo a primeira a adotada pelo legislador civil de 2002, e pela maioria dos doutrinadores pátrios, os quais como visto, negam ao nascituro a personalidade jurídica, cujo marco inicial segundo entendem, é fixada pelo seu nascimento com vida.

É bem verdade que o direito brasileiro adotou a teoria Natalista. Contudo, pelo que se pode aferir durante o presente estudo, o próprio Código Civil prevê expressamente a proteção do nascituro desde a concepção, elencando inclusive diversos direitos a seu favor, o que evidencia a sua qualidade de pessoa humana em desenvolvimento dotada de personalidade jurídica.

Deste modo, pode se afirmar que, atualmente, o nascituro ocupa um lugar destacado no nosso ordenamento jurídico, é um sujeito concreto de verdadeiros e atuais direitos, reconhecido pelo direito como tal, desde a sua concepção, de forma ampla.

Sendo assim, ousa-se dizer, que a teoria Concepcionista embora não seja a prevalente, é a que se mostra mais adequada, haja vista ser a corrente de pensamento que mais se harmoniza com o nosso sistema infraconstitucional.

**BIBLIOGRAFIA.**

**ALMEIDA**, Silmara J. A. Chinelato. Tutela Civil do Nascituro, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009 p. 9.

**BIRCHAL**, de Souza Alice. Manual de Direito das Famílias 6ª ed. Ed. RT, 2009.

**CAHALI**, José Francisco (Org) **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha- Alimentos no Código Civil,

Aspectos civil, constitucional, processual e penal. 3ª ed. São Paulo; Saraiva, 2010 p. 47.

**DINIZ**, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões- Vol. 6 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

**DINIZ**, Maria Helena. O Estado atual do biodireito, 4ª ed. São Paulo, 2010, p. 114

**FILHO**, José Roberto Moreira. O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida.

**GONÇALVES**, Roberto Carlos. Direito Civil Brasileiro, 7ª ed. São Paulo, 2010.

**JUNIOR**, Sylvio Guerra. Da posse em nome do nascituro. Disponível em : <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp? 932>. Acesso em 02 de maio de 2014.

**LOPES**, Miguel Maria de Serpa- O nascituro como sujeito de direitos, Ed. Livraria do Advogado , p. 85.

**MIRANDA** , Pontes. Tratado de Direito Privado; parte especial, Direito de Família: Direito Parental, Direito Protetivo, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoim p.215-6

**MONTEIRO**, Barros de Washington - Curso de Direito Civil. Parte Geral, 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p.60.

**MORAES**, Marcio André Medeiros. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo. LTr. 2009.

**MOREIRA**, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro à Vida. Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VII, n.34, fev/mar.2006, IOB Thomson, p. 146.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Editora Forense, 24ª ed. Rio de Janeiro, 2009.

**PEREIRA**, Sérgio Gischkow. Estudos de Direito de Família- 3ª ed. Porto Alegre- Livraria do Advogado, 2011, p.132.

**RODRIGUES**, Silvio. Direito Civil, Saraiva. São Paulo, 34ª ed. vol. I parte geral, p. 38, 2010.

**RUGGIERO** de Roberto. Estudos de Direito de Família. Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1934.

**SEMIÃO**, Sergio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: Aspectos Cíveis , Criminais e do Biodireito, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

**TARTUCE**, Flávio Simão, José Fernando, Direito das Sucessões, vol. 06, São Paulo, Ed. Método, 2009.

**VARGAS**, Aline de Castro Brandão- Embrião criopersevadado. Ed. Revista dos Tribunais, 2009. P. 196

**VENOSA**, Silvio de Salvo. Direito Civil, Parte Geral, 2009.

**ZAINAGHI**, Maria Cristina. Os Meios de Defesa dos Direitos do Nascituro, São Paulo: LTR, 2007.