

## **DIREITOS E GARANTIAS DO NASCITURO**

Célio Monteiro da Silva Louro<sup>1</sup>

Vera Carmem Avila Dutra<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O nascituro é um ser humano concebido ainda no ventre materno. Seria ele, portanto, considerado pessoa para fins de aquisição da personalidade jurídica? O presente artigo se pautará no estudo acerca dessa acirrada discussão doutrinária. Em síntese, a teoria natalista defende que a personalidade começa no momento do nascimento com vida, não sendo o nascituro, considerado pessoa, porém, deixando a salvo seus direitos desde a concepção; a teoria da personalidade condicionada sustenta que todos os direitos do nascituro estão vinculados a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida; enfim, a teoria concepcionista defende possuir o nascituro personalidade jurídica desde a concepção. Foram listados os direitos assegurados ao nascituro antes mesmo de nascer, e qual a necessidade da garantia desses direitos para o nascituro.

**PALAVRAS-CHAVE:**NASCITURO. PESSOA. PERSONALIDADE JURIDICA. TEORIAS DA PERSONALIDADE. GARANTIA DE DIREITOS.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende observar e descrever quais são e se é que existem direitos garantidos ao nascituro até o seu nascimento de fato.

O Código Civil de 2002 faz referência implicitamente sobre o início da vida do ser humano, em seu artigo 2º, ao dizer que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

A própria lei põe o nascituro a salvo, ou seja, o protege desde sua concepção. O que nos leva a concluir que o início da vida se encontrar no momento da fecundação ou na concepção intra-uterina. Muitos embates giram em torno de onde realmente se dá o início da vida humana, e até mesmo o fim da mesma. Essa ressalva que artigo 2º do Código Civil de 2002 faz em sua segunda parte é mais um motivo para discussão e debates entre juristas. A legislação, infelizmente não é muito clara na adoção dos princípios que caracterizam o início e o fim da vida, tratando o marco inicial da vida humana de forma totalmente adversa, e, deixando por muitas vezes a cargo de órgãos federais, disporem sobre o assunto por meio de resoluções e/ou portarias. Devido a essa subjetividade de nossa legislação surge um impasse, pois, afinal de contas, onde se dá o início da personalidade jurídica? São três as teorias fundamentais da personalidade que surgem para tentar responder essa questão: a teoria natalista, a teoria condicionalista e a teoria concepcionista. Porém, o nascituro possui resguardado direito, como, por exemplo, a busca de "alimentos gravídicos". Esses direitos são garantidos ao nascituro mesmo antes de seu nascimento, até seu nascimento de fato.

Neste sentido, o presente trabalho –“Direitos e Garantias do Nascituro”, se divide em três capítulos para tentar esclarecer quais são esses direitos e como são assegurados ao nascituro. Abordando o conceito de pessoa natural; o momento em

que surge a vida humana; a definição da figura do nascituro e como é abordado no direito brasileiro; analisaremos o conceito de personalidade jurídica; o momento em que o nascituro passa a ser detentor de personalidade jurídica e o surgimento das teorias da personalidade consoante a isso; qual teoria vem sendo adotada no Brasil; e por fim; quais seriam esses direitos assegurados ao nascituro e onde estão positivados em nossa legislação pátria.

## **1 PESSOA NATURAL E SUA RELAÇÃO COM NASCITURO: BREVE HISTÓRICO**

A definição de pessoa natural, de acordo com Chaves de Farias e Rosenvald (2011) é o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana. Em suma, é o ser humano e a sua dignidade é o principal fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerada a base de todo o sistema jurídico. É a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. Nenhum ser humano poder ter sua qualidade de pessoa retirada, em quanto forem considerados sujeitos de direito. Portanto todo ser humano, isso é toda pessoa natural é dotada de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica.

Surge aí uma grande subjetividade para o Direito. Pessoa natural não pode ser definida apenas como o ser humano biologicamente concebido. Com os avanços tecnológicos e no mundo globalizado em que vivemos, existem diversas possibilidades através da biotecnologia, que possibilitam a concepção artificial, através das técnicas de fertilização medicamente assistida (fertilização *in vitro* e inseminação artificial). Nesse caso, a pessoa natural não seria biologicamente concebida.

Ou seja, segundo a obra de Chaves de Farias e Rosenvald (2011), pouco interessa se a pessoa nasceu através de uma concepção natural (através de relações sexuais) ou uma concepção artificial (fertilização medicamente assistida).

Ainda que o embrião seja fertilizado em laboratório, permanecendo congelado por um determinado prazo, uma vez que ele seja implantado no útero, o mesmo passa à condição de nascituro, dispondo de proteção jurídica.

Seguindo nessa linha, um breve histórico de acordo com Chaves de Farias e Rosenvald (2011, p.319):

O nosso Código Civil adotou a expressão pessoa natural, considerando que decorre da própria natureza humana: ser humano nascido com vida. Já o Código Civil argentino, sob a influência de Teixeira de Freitas, optou pela terminologia ente de existência visível, a quem se contrapõe o ser de existência ideal, que seria a pessoa jurídica. No Direito francês e no italiano adotou-se a nomenclatura pessoa física, expressão também acolhida pela nossa legislação tributária do imposto de renda, embora seja imprecisa, por desnaturar o homem, realçando aspectos materiais, desconsiderando o espírito e moral (elementos que também integram a personalidade). Criticável, ou não, a opção do legislador brasileiro, o certo é que seria possível apresentar censura a todas as denominações cabíveis. Toda e qualquer pessoa natural dispõe, inexoravelmente, de personalidade jurídica, podendo titularizar relações jurídicas. É, pois, sujeito de direito. Contudo, a personalidade tem uma medida para a prática de atos determinados, que é a capacidade. Assim, qualquer pessoa humana pode ser titular de direitos e obrigações, porém nem toda pessoa praticará os atos da vida civil pessoalmente (somente aqueles que dispõem de plena capacidade).

A pessoa natural é, portanto, o ser humano considerado como sujeito de direitos e deveres, independentemente de sua origem. Importante ressaltar que os animais e os seres inanimados não são considerados pessoas naturais, portanto não são sujeitos de direito, e sim objeto das relações jurídicas. De qualquer forma os mesmos possuem proteção especial, dedicada por legislação específica, à tutela jurídica dos animais, decorrente da própria tutela jurídica do meio ambiente.

Importante fato para o Direito, ressaltar o início da qualidade de pessoa e por consequência, da personalidade jurídica.

Analisando o que dispõe o Código Civil de 2002, logo em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a

salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. No mesmo sentido, segundo Chaves de Farias e Rosenvald (2011), se posicionam as legislações da Itália, de Portugal, da Suíça e da Alemanha. Viável ou não, reveste-se o nascido com vida de personalidade, adquirindo e transmitindo direitos, o que se apresenta com extrema importância para efeitos sucessórios.

## 1.1 O surgimento da vida humana

### 1.1.1 Definição de vida

A vida (do latim *vita*) possui um conceito bastante abrangente e um grande número de definições. Vida pode estar se referindo a um processo em curso o qual os seres vivos compõem como parte; pode também se referir ao espaço de tempo entre a concepção e a morte de um organismo; vida também é a condição de uma entidade que nasceu e ainda não morreu; assim como também é aquilo que garante que um ser esteja vivo.

### 1.1.2 Onde se inicia a vida humana?

Segundo o raciocínio de Simão e Miranda (2011), é na fecundação onde se inicia a vida no ventre materno. Importante ressaltar quando a fecundação será efetivada, pois após sua efetivação, uma nova vida será formada no útero materno. Portanto, sob o aspecto biológico, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Que a partir deste, surgirá o feto, representando uma vida individual, que não se confunde nem com a do pai, nem mesmo com a vida de sua genitora. Fecundado, o embrião será chamado de nascituro. Ou seja, o nascituro é um indivíduo, fruto da concepção humana, que vive dentro do ventre materno, ligado a sua genitora pelo cordão umbilical.

## 1.2 O nascituro

De acordo com Simão e Miranda (2011), nascituro é um termo de origem latina, oriundo da palavra *nasciturus*, ou seja, indica aquele que ainda não nasceu, mas que irá nascer. O significado dessa palavra é sinônimo de expectativa, ou seja, o ente já foi concebido, porém ainda não veio ao mundo, estando ele com vida ou não. Se nascer morto ou morrer dentro do útero é chamado de natimorto ou nado-morto.

O texto legal do código Civil de 2002 em seu artigo 2º assegura os direitos do nascituro, porém, o artigo não define o que é nascituro. No universo jurídico, a definição desse termo se dá através de análise da doutrina e da jurisprudência e mesmo assim não é uma coisa simples, ao passo de que requer conhecimentos de diversas áreas do conhecimento humano. Para se obter uma definição aceitável, devemos contar com a ajuda das ciências biológicas.

Tendo em vista a doutrina clássica como base, nascituro é o ente já gerado ou concebido, com existência no ventre materno, dotado de vida intra-uterina. Nascituro então é o ser vivo resultante da concepção. Concepção essa que é gerada através da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, desde que já fixado nas paredes internas do útero (endométrio) por meio do processo denominado nidação, o qual dá início a gravidez.

## 1.3 Evolução histórica do nascituro

### 1.3.1 Direito estrangeiro

A figura do nascituro existe também no Direito estrangeiro. Desde a mais remota antiguidade os gregos admitiam a capacidade jurídica do nascituro e foram preceptores nos estudos e no desenvolvimento da Embriologia.

### 1.3.2 No Direito Brasileiro:

Analisando as conclusões da obra de Paganini (2008), o Código Civil de 1916, já revogado, (Lei 3.071/16) trazia em seu art. 4º, quanto ao início da personalidade jurídica, a seguinte descrição: “A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a Lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, dispositivo esse originado no projeto revisto por Clóvis Beviláqua. Contudo, podemos perceber claramente que o antigo código não recepciona o requisito da viabilidade, assim como em outros ordenamentos estrangeiros, bastando apenas a manifestação de sinais inequívocos de vida. Ou seja, analisando o art. 4º, tendo em vista a afirmação de que o nascituro é titular de direitos, mas que, porém, não é considerado pessoa, visto que a personalidade só começa com nascimento com vida, os doutrinadores ao analisarem o Código Civil de 1916, entendem que a teoria adotada seria a natalista.

A figura do nascituro também recebe atenção do Direito Internacional. Importante destacar o que dispõe o Pacto de São José da Costa Rica (1969), o qual o Brasil aderiu através do Decreto nº. 678/1992, pacto esse que prevê expressamente a proteção à pessoa desde o momento de sua concepção conforme a seguir:

Art. 3º. Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica.  
Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.  
Art. 4º. Direito à Vida  
1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

E finalmente podemos falar do Código Civil de 2002. Mário da Silva Pereira (2010) enfatiza em sua obra que pelo nosso direito, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida de proteger e resguardar os interesses do

nascituro. Situações existem, na verdade, que se reconhece a existência de um direito potencial ao ente concebido, que abrange a criança já concebida, ainda não nascida. É o lugar onde o nascituro encontra maior proteção legal em toda nossa legislação pátria. Alguns exemplos de disposições a respeito do nascituro contidas no Código Civil são: a cláusula geral do início da personalidade jurídica fixando seu termo inicial no momento do nascimento com vida, garantindo ainda a proteção aos direitos titularizados pelo nascituro (Art. 2); o direito de receber doação (Art. 542); o direito ao reconhecimento de paternidade (Art. 1.609); à representação (Art. 1.690); ao recebimento de alimentos (Art. 1.694 e seguintes); o direito à curatela (Art. 1.779 e Art. 1.780). Importante ressaltar o que conclui o autor Mário da Silva Pereira (2010, p.185) em sua obra:

Mas em qualquer destes casos não se pode falar em “pessoa” do nascituro, pois que o resguardo dos seus interesses equipara-se à doação à prole eventual de determinado casal (Art. 546 do Código Civil) ou à substituição fideicomissária (Arts. 1.951 e seguintes do Código Civil) nas quais o direito assegura os interesses de quem não se acha ao menos concebido, e, se ao nascituro, porque lhe assegura um direito potencial, fosse preciso reconhecer personalidade, dotado de personalidade seria igualmente um donatário ainda nem concebido ou um fideicomissário não gerado.

## **2 PERSONALIDADE JURIDICA DO NASCITURO E AS TEORIAS FUNDAMENTAIS DO INICIO DA PERSONALIDADE**

### **2.1 Personalidade jurídica**

Após sabermos o significado de pessoa, podemos começar a trabalhar com a Personalidade Jurídica no mundo do Direito. Mário da Silva Pereira (2010, p. 183) assim inicia o estudo da Personalidade:

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolavelmente ligada. Sua duração é a da vida toda. 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, a resposta de ambas as perguntas.

Na mesma corrente de pensamento Diniz (2009, p.116) diz:

Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeitos das relações jurídicas e a personalidade a possibilidades de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ela reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.

## **2.2 Teorias fundamentais do início da personalidade**

São três as teorias que foram desenvolvidas sobre a questão do nascituro, cada qual com suas características. Elas são a teoria natalista, a teoria condicionalista e a teoria concepcionista. Através dos estudos até esse ponto, fica evidente a discussão por trás das teorias, a discussão sobre onde se dá o início da personalidade jurídica.

### **2.2.1 Teoria natalista**

De acordo com a definição de Ruggiero (1934), essa corrente diz que o nascituro não deve ser considerado uma pessoa, mas apenas uma expectativa de pessoa. Ou seja, o nascituro não seria titular de direitos e sim mero detentor de expectativas de direito. Assim, o nascituro não seria dotado de personalidade, fato que somente ocorreria caso nasça com vida, não tendo nascido ainda, não se reconheceriam direitos. Os defensores desta corrente afirmam que o nascituro não possui vida independente, estando ligado à sua genitora e dela dependendo para

manter sua vida. São alguns doutrinadores apoiadores dessa teoria Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira, Sergio Abdalla Semião.

Parece ter sido a teoria acolhida pelos legisladores do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916, em seu art. 4º, estabelecia: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.” Já Código Civil de 2002, embora tenha aperfeiçoado a redação do artigo 4 do código anterior, manteve a adoção da teoria natalista: “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”.

Segundo Oliveira, 2014 (apud GONÇALVES, 2009, p. 98-99), essa teoria prevê que o início da personalidade jurídica começa do nascimento com vida, o que, mais precisamente, será no exato momento em que indivíduo é expelido do ventre materno, desde que inicie a troca oxcarbônica com o meio ambiente, ou seja, com o funcionamento do sistema cardiovascular, comprovada com o procedimento de docimasia pulmonar hidrostática de Galeno. Baseado na prova de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões, que são imersos em água, e caso tenha havido respiração, eles sobrenadam. Hoje em dia, com avanço medicinal, existem exames e meios mais modernos para a constatação.

Concluindo, defendem os adeptos natalistas que se o nascituro fosse considerado pessoa, não existiria a necessidade de seus direitos terem sido positivados no atual Código Civil de 2002, porque para as pessoas, seus direitos são automaticamente adquiridos, Oliveira, 2014 (apud SIMÃO E MIRANDA, 201, p.16).

### 2.2.2 Teoria condicionalista

Lopes (1999) explica a teoria da personalidade condicional, onde a personalidade jurídica é conferida no momento da concepção, com a condição de que haja o nascimento com vida. Mesmo a personalidade se iniciando na concepção, ainda estaria sujeita a uma condição suspensiva, com a característica de retroagir até a data da concepção. São alguns adeptos dessa corrente, doutrinadores como

Maria Helena Diniz, Miguel Maria de Serpa Lopes, Gastão Grossé Saraiva, Washington de Barros Monteiro, Fábio Ulhoa Coelho dentre outros.

Chaves de Farias e Rosenvald (2008, p. 200) assim se refere a essa teoria:

Outra parte dos doutos sustenta que o nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira personalidade jurídica condicional (teoria condicionalista), porque haveria uma condição pendente para a implementação de sua personalidade (o nascimento com vida), como defende Washington de Barros Monteiro. Nessa linha de entendimento, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que “a condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.

De acordo com Oliveira (2014), podemos concluir que a teoria da personalidade condicionada fica entre as teorias Natalista e a Concepcionista. O nascituro seria dotado de personalidade apenas para direitos existenciais, como os Direitos da personalidade, como o Direito à vida, mas apenas teria sua personalidade consolidada para a aquisição de direitos econômicos ou materiais, sob a condição de nascer com vida.

### 2.2.3 Teoria concepcionista

Chinelato e Almeida (2003) diz que para esta corrente, a personalidade se inicia antes mesmo do nascimento, e não a partir do nascimento com vida, pois desde a concepção já existe proteção dos direitos e interesses do nascituro, sendo estes assegurados prontamente. A personalidade começa no decorrer do período de vida intra-uterina, no momento em que a pessoa concebida já goza das prerrogativas da personalidade jurídica concreta, possuindo titularidade potencial, ou seja, desde a concepção o nascituro já é titular de direitos subjetivos e interesses existenciais. Essa teoria concepcionista defende que a aquisição da personalidade

jurídica se dá no momento de sua concepção, de maneira que o nascituro tem aptidão para adquirir direitos e contrair deveres.

São doutrinadores adeptos dessa corrente de pensamentos, André Franco Montoro, Rubens Limongi França, Teixeira de Freitas, Francisco dos Santos Amaral, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, Pontes de Miranda, Renan Lotufo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, José Ascensão de Oliveira, Flávio Tartuce, Clóvis Beviláqua, dentro outros.

Posicionam-se da seguinte maneira, Chaves de Farias e Rosenvald (2011, p. 200) a respeito dessa teoria:

E, finalmente, impõe-se registrar uma posição mais avançada da moderna doutrina civilista, esposando a tese de que o nascituro possui personalidade jurídica. É a teoria concepcionista. A ideia é inspirada no Direito francês e assegura que a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção. Com esse pensar, encontram-se os preclaros Pontes de Miranda, Renan Lotufo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Rubens Limongi França, Francisco Amaral, José Ascensão de Oliveira, Flávio Tartuce, Silmara Juny A. Chinellato e Almeida, dentre outros, e que tem como precursor o genial Teixeira de Freitas. Essa teoria está alicerçada, corretamente, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referências as regras contidas nos Arts. 1.609, Parágrafo Único (que permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro). Assim, vislumbram que a ordem jurídica, verdadeiramente, reconhece a personalidade jurídica do nascituro, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida.

Podemos concluir que dessa forma não existiria distinção entre o já nascido e o nascituro, ao passo de que ambos seriam titulares de direitos e obrigações. A teoria parece afirmar que o nascituro já é considerado um ser humano e, por tanto, dotado de personalidade jurídica.

### **2.3 A teoria adotada no Brasil**

Segundo as conclusões de Oliveira (2014), até hoje não existe uma pacificidade e uma uniformidade nos tribunais brasileiros sobre qual teoria foi adotada pelo atual ordenamento jurídico a respeito do início da personalidade jurídica da pessoa, devido a essa dinâmica e acirrada discussão doutrinária. Nesse sentido, entendeu o legislador, que alguns direitos são inerentes àqueles que já existem fisicamente, ou seja, que nasceram com vida, prevalecendo o entendimento de que o atual Código Civil teria adotado a Teoria Natalista. Destaca Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.79) que “é de se observar que a doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, nessa questão, a teoria natalista, que exige o nascimento com vida para ter início à personalidade. Antes do nascimento não há personalidade.” Diferente do que adota o Código Civil Francês, determinando o início da personalidade desde a concepção, o Código Civil brasileiro não seguiu a mesma orientação. Predominando, por sua vez, a teoria natalista, para o início da personalidade jurídica da pessoa. Sendo resguardados ao nascituro, desde sua concepção, a garantia de direitos, estes, que em sua maioria, seriam diferentes daqueles adquiridos pelo sujeito já nascido com vida. Segundo Bevilacqua (1975, p. 178), em seus comentários ao código civil dos Estados Unidos do Brasil, em posição ainda vigente, o Código Civil tendeu aparentemente a adotar a Teoria Natalista, por ser considerada mais prática, embora em alguns momentos sofra influência da teoria concepcionista, quando, por exemplo, reconhece ao nascituro o direito a doação, vida, alimentos etc.

### **3 A GARANTIA DE DIREITOS AO NASCITURO**

#### **3.1 A garantia aos direitos**

Então quais seriam os direitos assegurados ao nascituro?

São eles:

a) Direito à vida

Segundo Pereira (2010, p. 1):

A Constituição da República assegura, no artigo 5.º, caput, dentre outros direitos, o direito à vida, que é considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais. Assim, ao se falar em vida, quer-se protegê-la de forma plena, inclusive a vida uterina.

Ademais, a Carta Magna assegura, em seu artigo 201, inciso II, proteção especial às gestantes, e mais adiante, no artigo 227, trata dos deveres familiares, da sociedade e do Estado ao estabelecer diversos direitos à criança e ao adolescente.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica, que entrou em vigor internacional na data de 18/07/1978 e em vigor para o Brasil na data de 25/09/1992, por meio do decreto n. 678, traz no seu artigo 4.º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

b) Direito à integridade física

De acordo com Oliveira (2014, p. 101):

O direito a integridade física está garantido no artigo 5º da Constituição Federal. O nascituro é pleno titular desse direito, assim como à vida, sendo garantido o direito ao feto de se desenvolver de forma sadia e sem danos, o que é um verdadeiro dever do Estado promover medidas para sua proteção, objetivando à viabilização para seu nascimento saudável, bem como a prevenção, diagnóstico e tratamento de eventuais patologias que ele possa vir a enfrentar no período gestacional. Porém, a gestante também deve colaborar para uma gestação saudável, fazendo um acompanhamento adequado para o bom desenvolvimento do feto.

c) Direito à imagem e à honra

Consoante sobre esses Direitos, Oliveira (2014, p. 101):

O sentido técnico do direito à imagem diz respeito à reprodução (utilização) da imagem física da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação, tal como fotografia, vídeo, pintura. No caso do nascituro, uma forma de utilização da imagem seria a ultrassonografia, que permite a reprodução do feto, importando a necessidade do consentimento do titular da imagem, que por sua vez, estaria na pessoa do representante legal: a mãe, o pai ou o curador, conforme o caso (Art. 458 do Código Civil) Oliveira, 2014 (apud CHINELATO E ALMEIDA, 2000, p.102-103).

#### d) Direito à identidade genética

Sobre os direitos relacionados à identidade genética, Oliveira (2014, p. 101) diz:

Oliveira, 2014 (apud CHINELATO E ALMEIDA, 2004, p.103-104), num estudo sucinto, defende que este possui natureza jurídica de Direito de Personalidade, sendo, portanto, inalienável, incessível, imprescritível, fazendo-se opor ao anonimato exigido dos e pelos doadores de gametas. É a possibilidade de o filho conhecer seus pais biológicos – pais genéticos – quando doadores de gametas, o que não importará a desconstituição da paternidade, mas tão somente o exercício de um direito da personalidade.

#### e) Direito ao reconhecimento de filiação

Sobre esse direito, Pereira (2010, p. 1):

O direito de filiação é assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 26, parágrafo único, que dispõe: “o reconhecimento pode proceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”. Ou seja, tanto o pai quanto mãe poderão pleitear, em nome do nascituro, o reconhecimento de paternidade e maternidade e, ainda, todos os direitos inerentes a tal reconhecimento.

Tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem artigos que regulamentam a adoção de crianças e adolescentes, no entanto, não fazem menção a possibilidade de adoção do nascituro. O que deu margem ao surgimento de duas correntes doutrinárias.

Segundo Pussi (2008, p.413), a primeira corrente afirma não existir a possibilidade desse tipo de adoção, pois não há alusão no ordenamento jurídico da eventual adoção do nascituro. Afirmam, ademais, que a ninguém deveria ser facultado a possibilidade de

realizar a adoção de quem ainda não nasceu, uma vez que não se sabe se haverá o nascimento com vida. E essa incerteza “contraria o princípio de segurança e estabilidade que deve presidir as relações que deixam marca no estado das pessoas”.

A segunda corrente combate os argumentos contrários à adoção com base em uma afirmação de cunho sociológico-sanitarista, no sentido de que a adoção é um direito inerente ao próprio ser, assemelhando-se aos direitos que o nascituro tem reconhecidos antes mesmo do nascimento.

#### f) Direito a alimentos

Sobre os alimentos, de maneira bastante concisa se manifesta Pereira (2010), dizendo ser resguardado ao nascituro, representado por sua genitora, o direito de demandar em processo judicial os alimentos gravídicos. São os valores que a mulher gestante recebe em nome do nascituro, a fim de se garantir uma gravidez saudável. Justamente por possuir o direito à vida, é que é buscado o desenvolvimento saudável e digno dentro do ventre materno. Sendo assim, quando necessários, deve o pai prestar alimentos ao nascituro, para propiciar à gestante, condições para manter a sua gravidez de forma sadia e digna. Alimentos gravídicos são prestações necessárias para o custeio das despesas oriundas da gestação, que se estendem da concepção (fixação do óvulo fecundado no útero) até o parto, momento o qual os alimentos perdem o caráter de gravídicos e se convertem em pensão alimentícia. A própria lei 11.804/2008, no seu artigo 2.º, elenca, em um rol exemplificativo, o que deve ser abrangido pela pensão alimentícia, enunciando “as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis.”

#### g) Direito à curatela

Sentido ao direito à curatela, Oliveira (2014, p. 102) se manifesta da seguinte forma:

Nos termos do Código Civil, dispõe art. 1.779, quanto ao direito do nascituro de ter curador: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.” A lei determina que, no caso de falecimento do pai, e a mulher estando grávida, se está vier a perder o poder familiar, surge então o direito do nascituro de ser-lhe nomeado um curador, que terá o dever de cuidar e zelar por todos os interesses do nascituro, até o nascimento com vida da criança, momento em que lhe será nomeado um tutor.

#### h) Direito de receber doações

Quanto ao direito de receber doações, Pereira (2010, p. 1) diz que: “O nascituro também pode, de acordo com o artigo 542 do Código Civil, receber doação, contudo, para que isso seja possível, é necessária a manifestação do aceite daquele que tem o dever de cuidar de seus interesses.”

Nessa linha, Oliveira (2014, p. 102) completa:

Conceitua o atual Código Civil, em seu art. 538, que doação é o “contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.” Seguindo no contexto, consagra o art. 542 desse diploma legal: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.” Nesse sentido, a partir do momento em que houver a liberalidade por parte do representante legal do nascituro, esse poderá usufruir do que tenha sido doado, tendo a posse e percebendo os frutos consequentes da doação. Contudo, se o nascimento se der sem vida, a doação será considerada inexistente, ou seja, como se nunca tivesse ocorrido, voltando ao patrimônio do doador aquele bem doado; Oliveira, 2014 (apud MATTOS, 2009, p. 9).

#### i) Direito à sucessão

Referente a esse Direito, Pereira (2010, p. 1):

No Código Civil, além do artigo 2.º, há outros dispositivos que dizem respeito aos direitos e garantias do nascituro, sendo um deles o direito à sucessão - legítima ou testamentária. Conforme o artigo 1.798, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” e, mais adiante, ao tratar da sucessão testamentária, no artigo 1.799, inciso I, também faz referência ao nascituro de forma indireta “os filhos, ainda

não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

j) Outros direitos

Além dos direitos até então listados, a figura do nascituro ainda aparece em diversos outros momentos em nossa legislação pátria. Como no CPC, e no direito penal na questão do aborto, questão esta tão debatida atualmente sobre sua legalização ou não.

Seguindo na legislação brasileira, Pereira (2010) lembra que o ordenamento penal enquadra o aborto dentre os crimes contra a vida, protege a vida do ser humano em formação, atribuindo-lhe a qualidade de pessoa. Para Pereira, 2010 (apud CHINELATO E ALMEIDA, 2000, p. 254-255) “qualquer que seja a posição da doutrina a respeito da natureza jurídica do nascituro, se é pessoa, *spes personae*, *speshominis*, é mister observar que o código penal brasileiro subsume o aborto no título I da Parte Especial, que cuida dos crimes contra a pessoa”. É por ter essa qualidade de pessoa, que o Direito Penal conceitua aborto como a interrupção da gravidez por meio do extermínio do produto da concepção. No aborto, ocorre a destruição da vida intra-uterina, esteja ela em qualquer estágio de desenvolvimento. Pereira, 2010(apud CAPEZ, 2003, p. 108-109) explica que:

A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto, pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio.

Pereira (2010) ainda lembra que o nosso ordenamento penal brasileiro traz em seu Art. 128 do Código Penal dois casos que excluem a ilicitude de aborto, aborto necessário (quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante), e o aborto sentimental ou humanitário (quando a gravidez resultar de estupro).

### **3.2 A importância desses direitos serem assegurados**

No direito, a personalidade civil é de extrema importância, sendo que, ao nascer com vida, o indivíduo adquire a personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos e obrigações. O reconhecimento ao nascituro de seus direitos fundamentais para que venha a nascer vivo, com saúde e dignidade se fazem necessários através dos direitos da personalidade. Além desses direitos, o nascituro precisa de condições para se adquirir personalidade, como o direito de receber alimentos, o direito de ter uma assistência pré-natal e o direito de receber indenização caso ocorra uma injúria a sua imagem ou de sua honra.

A lei não consegue prever todos os eventuais acontecimentos que podem acontecer em nosso dia-dia e previamente criar normas para todos eles. É uma tarefa que cabe aos juízes e doutrinadores, que devem construir bases para a concreção jurídica, ajustando o positivismo jurídico à evolução natural das relações sociais. São esses doutrinadores e os Tribunais Superiores brasileiros que possuem a importante tarefa para o direcionamento e a aplicação dos direitos atribuídos ao nascituro, além dos já possuídos e previstos em lei.

### **CONCLUSÃO**

A terminologia nascituro não é muito conhecida pela população nacional por esse nome. A população na maioria das vezes quando se refere à criança em seu estado intra-uterino, se refere como feto. Mas nascituro, é na verdade uma figura muito conhecida e causadora de várias controvérsias e discussões doutrinárias entre os juristas e no mundo do Direito.

Uma das maiores polêmicas que giram em torno da figura do nascituro, é sobre o marco inicial da personalidade jurídica. A partir de qual momento o ser humano adquire personalidade jurídica. É uma questão ainda bastante debatida no

mundo jurídico, não apenas em nosso país, mas ainda gera bastante discussão nos países estrangeiros também, onde cada país tem uma posição sobre o marco inicial da personalidade no mundo jurídico.

Em nosso país, essa controvérsia sobre o início da personalidade jurídica do nascituro se divide em três correntes conhecidas como teorias fundamentais da personalidade. São elas: a teoria natalista que defende que a personalidade começa no momento do nascimento com vida, não sendo o nascituro, considerado pessoa, porém, deixando resguardados seus direitos desde sua concepção; a segunda é a teoria da personalidade condicionada a qual sustenta que todos os direitos do nascituro estão vinculados a uma condição suspensiva, a condição do nascimento com vida; e a terceira, é a teoria concepcionista, que defende que o nascituro possui personalidade jurídica desde o momento de sua concepção no mundo.

O que tange sobre qual seria a teoria que deveria ser adotada no Brasil, à dúvida surge na interpretação à luz do artigo 2º do Código Civil de 2002, mais precisamente em sua segunda parte. O referido artigo diz em seu texto que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Entretanto, expressamente em sua segunda parte, dispõe o artigo que resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. E foi dessa parte que surgem várias interpretações e entendimentos. Porém, uma coisa é clara: os direitos do nascituro são postos a salvo. Dessa forma, fica claro que havendo qualquer dano ou ameaça de dano ao seu bem estar físico ou psíquico, cabe proteção ao nascituro.

Através de pesquisas e de estudos sobre posicionamentos dos tribunais, podemos perceber que a legislação brasileira, ultimamente vem adotando a teoria natalista como ponto de partida na solução dos conflitos, por se tratar de uma teoria que vem sendo abraçada pela maioria dos doutrinadores modernos.

No Brasil, existem diversos dispositivos legais que resguardam os direitos do nascituro, contudo, estes dispositivos estão assistematicamente espalhados dentro de nosso ordenamento jurídico pátrio. É uma tarefa dos Tribunais Superiores, de seus juízes e dos doutrinadores construírem uma base com interpretação, onde o positivismo jurídico é ajustado para nossa evolução natural das relações sociais.

São esses os responsáveis pelo direcionamento e a aplicação dos direitos atribuídos ao nascituro nos determinados casos concretos de nosso dia-a-dia.

Podemos concluir, que o direito à vida e a dignidade da pessoa humana é a principal fonte para que o legislador tenha se preocupado em resguardar os direitos do nascituro. Estes mesmos direitos fundamentais devem servir de base para uma legislação mais humanista.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. Código civil (2002). **Código civil**. 65. ed. São Paulo: Saraiva; 2014.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo civil**. 3. ed. São Paulo: Lawbook, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975. V.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2011.

CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juni Abreu. **Tutela civil do nascituro**, São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Silmara Juni Abreu. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. Scientia Iuris. **Revista do programa de mestrado em direito negocial da UEL**. v.7/8. 2003. Disponível em:  
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/1110>  
5>. Acesso em: 13.mar. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** - parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1.

MATTOS, Karina Denari Gomes. Os direitos do nascituro no ordenamento brasileiro. **Artigo virtual de revista**. Disponível em:  
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/%20article/viewFile/1371/1317>> . Acesso em: 13. mar. 2015

OLIVEIRA, Vinicius Mazza. Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Artigo virtual de revista**. Disponível em:  
<<http://www.faeite.edu.br/revista/Artigo6-vinicius-mazza-oliveira.pdf>>. Acesso em: 13.mar. 2015.

PAGANINI, Juliano Marcondes. Nascituro: da personalidade jurídica à reparação de danos. **Artigo virtual de revista**. Disponível em:  
<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/30959/M%201038.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13. mar. 2015

PEREIRA, Andressa Hiraoka. Direito fundamental do nascituro aos alimentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3266, 10 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21972>>. Acesso em: 13. mar. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. 1.

PUSSI, William Artur, **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba. Juruá, 2008.

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

SIMÃO, Juliana; MIRANDA, Fernando. Dos direitos do nascituro. **Revista artigo virtual**. Disponível em:  
<[http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana\\_drt\\_20111.pdf](http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf)>. Acesso em: 13. mar.2015.

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Disponível em:  
<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nascituro>>. Acesso em: 13.mar. 2015.