

PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO NASCITURO¹

Bruno Calixto Olivato²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO; 2.1 TEORIAS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIA NATALISTA, TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL, TEORIA DA CONCEPCIONISTA; 3 DIREITOS DO NASCITURO; 3.1 DIREITOS DE CURATELA E REPRESENTAÇÃO; 3.2 DIREITO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO; 3.3 DIREITO DE RECEBER DOAÇÕES E HERANÇAS; 3.4 DIREITO AOS ALIMENTOS; 3.5 DIREITO A VIDA; 3.6 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO NASCITURO; 3.7 POSSE EM NOME DO NASCITURO; 4 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO NASCITURO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho estuda a proteção aos direitos do nascituro, direitos esses de curatela, direito de representação, direito ao reconhecimento de filiação, direito de receber doações, direito aos alimentos, direito a vida e direitos sucessórios do nascituro. Estuda também o que vem a ser realmente a figura do nascituro, sua definição e o início de sua personalidade jurídica, abordando as teorias e correntes existentes a esse respeito, teoria “natalista”, teoria da personalidade condicionada e teoria “concepcionista”, para, mediante essas considerações, demonstrar a importância de sua proteção e concluir que em um futuro não muito distante o nascituro passará a ser considerado pessoa.

PALAVRAS CHAVES: Direito Civil; Personalidade; Proteção; Nascituro.

ABSTRACT: *This work studies the protection to the unborn child rights, these rights of guardianship, right to representation, the right to recognition of affiliation, the right to receive donations, right to food, right to life and inheritance rights of the unborn. Also studies what is really the unborn child figure, his definition and the beginning of his legal personality, addressing the existing theories and current of thought about this, "natalist" theory, the conditioned personality theory and "conceptionist" theory. For upon these considerations, demonstrate the importance of his protection and complete. That in a not too distant future the unborn child will be considered one person.*

KEY-WORDS: *Civil Law; Personality; Protection; Unborn Child.*

1 INTRODUÇÃO

¹Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Esp. Norman Prochet Neto.

²Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2015. bruno-olivato@hotmail.com.

Será estudado no presente trabalho os direitos do nascituro resguardado de medida para a proteção de quem ainda não nasceu, ou seja, o nascituro, o qual não pode exercê-los por si só.

Inicialmente será tratado todos os aspectos sobre a personalidade do ser humano, conceito e explicação sobre o nascituro que se designa “aquele que há de nascer”, e apresentando teorias sobre a personalidade jurídica do nascituro, sendo estas, teoria natalista, teoria da personalidade condicionada e teoria da concepcionista.

Será concretizada a ideia de que, embora o nascituro não tenha personalidade, tem capacidade para adquirir por testamento. Se o testador morrer antes de seu nascimento, a titularidade da herança ou legado ficam provisoriamente, em suspenso. Se o nascituro nascer com vida, adquire naquele instante o domínio de tais bens. Se nascer morto, referidos bens são devolvidos aos herdeiros legítimos, ou ao substituto testamentário, retroagindo à devolução à data da abertura da sucessão.

O presente tema foi escolhido pela polêmica que gira em torno da incerteza do nascimento com vida, o que gera personalidade jurídica. Cuida-se de medida para a proteção de direitos de quem ainda não nasceu, o nascituro, o qual não pode exercê-los por si.

Sendo demonstrado no presente trabalho, uma análise sobre a proteção e os direitos que resguardam ao nascituro, direitos de curatela e representação, direito ao reconhecimento da filiação, direito de receber doações e heranças, direito aos alimentos, direito a vida, direito sucessórios do nascituro, posse em nome do nascituro, no âmbito do Direito Civil, na Constituição da República Federativa do Brasil, no Direito Penal, nas Leis especiais como Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e Lei de Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/08). O que vem a ser demonstrado, que a proteção inicia-se desde a concepção, e não somente após o nascimento com vida, assim dando ampla proteção ao nascituro.

E por fim, este trabalho mostrará a importância da proteção aos direitos do nascituro, desde quando ele é concebido, e trata-se de um tema bem polêmico, que necessita de maiores e mais aprofundados estudos, pois a maioria dos doutrinadores não considera o nascituro como “sujeito de direito”, e vem atribuindo a ele meras “expectativas de direitos”. Porém com o andar dos tempos,

em um futuro não muito distante o nascituro passará a ser considerado pessoa, pois com o avanço das ciências biológicas, poderá ser determinado o momento de sua concepção.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

É relevante ressaltar que etimologicamente, nascituro significa “aquele que há de nascer”, ou seja, o feto durante a gestação. Entende-se por conceito o ser humano no período da vida que vai desde o seu início, na concepção, até o nascimento, assim como também o termo nascituro (aquele que há de nascer); gerado, mas ainda não nascido.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, "nascituro é o fruto da concepção humana que se acha vivendo no ventre materno, vivendo, ainda, em subordinação umbilical".³

É adepto ao raciocínio supracitado a professora Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, eis que segundo ela, nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.⁴

E em virtude disto, deve-se levar em conta que há uma vida desde a concepção. O nascituro não é um ser humano parcial ou potencialmente, mas uma vida humana completa, perfeita e existente. Há uma identidade entre o nascituro e o ser humano, tendo em vista que os embriões já contem o genótipo DNA que determina o desenvolvimento físico e psíquico do ser daí por diante. A vida não se poderia tornar humana depois do nascimento se não fosse já antes e desde a concepção.

O professor de genética fundamental, Jérôme Leeune, mundialmente reconhecido por seus estudos de genética humana, observou; “cada ser humano tem um começo único, que ocorre no momento da concepção”, segundo ele, desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores

³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**, 25ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 379.

⁴ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da personalidade do nascituro. In: **Revista dos advogados**. São Paulo, n 38, dez. 1992, p. 21.

para transformá-lo num ser humano já estão presentes. Assim, logo após a fertilização, um pequeno ser humano já existe. No momento em que é concebido, aquele pequeno ser já é uma pessoa.⁵

Nas palavras do professor Rubens Limongi França, observa-se sua defesa em favor deste ente, quando sustenta:

O nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. 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 de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.⁶

Face toda essa realidade, o direito da personalidade do nascituro torna-se tema de grande importância, alcançando a posição doutrinária e também como as legislações. Portanto nota-se que o nascituro goza de alguns direitos atuais desde a sua concepção, visto que sua personalidade está ligada ao conceito de pessoa, o que significa dizer que pessoa é ser sujeito de direitos.

2.1 TEORIAS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIA NATALISTA, TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL, TEORIA CONCEPCIONISTA

Sobre as teorias da personalidade jurídica do nascituro, a doutrina se dividiu em diversos posicionamentos, em entendimentos distintos. É claro e de extrema importância ter em mente a noção da personalidade jurídica e o seu início, pois é a partir desse momento que a pessoa adquire direitos e obrigações. O código civil narra em seu 2º artigo, elenca que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”,⁷ e partindo deste artigo que as teorias foram criadas, todas elas para definir o início da personalidade civil do ser humano, sendo essas: Teoria Natalista; Teoria da personalidade condicional; e a Teoria Concepcionista.

⁵MESTIERI, João. Embriões. **Revista Consulex**. Brasília, n 32, ago/1999. p. 40.

⁶FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 50.

⁷BRASIL, **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155.

A Teoria Natalista, que é fundamentada pelo art 2º do Código Civil, é a que defende que a personalidade jurídica só começa com o nascimento com vida, e alega que o nascituro só possui expectativas de direito. É considerada conservadora, e fundamenta-se na ideia de impossibilidade de “direitos sem sujeito”, negando ao nascituro caráter de ser humano já formado.⁸

De outro lado, a segunda teoria, que é chamada de teoria da personalidade condicional, prima pela defesa de que a personalidade jurídica inicia com a concepção, mas os direitos do nascituro estão sujeitos ao nascimento com vida. Assim de acordo com esta teoria, a personalidade jurídica só existirá se houver o nascimento. Na realidade a condição de nascimento é para que exista a consolidação da capacidade jurídica e não para que exista a personalidade.⁹

Para entender esta parte da doutrina melhor, o que ela sustenta e que se o nascituro nascer com vida a sua personalidade retroage à data de sua concepção, ou seja, o início da personalidade de alguém começa a partir da concepção, com a condição suspensiva do nascimento com vida. Os doutrinadores adeptos desta teoria, afirmam que, durante a gestação, o nascituro tem a proteção legal, e lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais, ambos sujeitos a uma condição suspensiva.

Existe ainda uma terceira teoria, qual seja a Teoria Concepcionista, diferentemente da teoria da personalidade condicional, sustenta que a personalidade começa com a concepção e não com o nascimento com vida, considerando que os muitos direitos do nascituro, não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, direito de ser adotado, direito de ser reconhecido, direitos de curatela e representação, direitos de receber doações e heranças, direitos aos alimentos e o principal direito a vida. Assim, perante tal posicionamento, não seria justo ou correto que os direitos do nascituro fiquem sempre condicionado ao nascimento com vida.

Maria Helena Diniz assevera que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro.¹⁰

Ainda neste posicionamento, Limongi França Sustenta que:

⁸RÁO, Vicente. **O DIREITO E A VIDA DOS DIREITOS**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 655.

⁹LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2001. p. 288.

¹⁰DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro por este 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.¹¹

Esta teoria embasa-se na afirmação de que a personalidade do ser humano começa desde sua concepção, sendo neste momento, o nascituro considerado como pessoa. Seguindo a sua convicção no simples fato de que, o nascituro é considerado pessoa, pois possui direitos legalmente assegurados, portanto é detentor de personalidade jurídica. Portanto conclui-se que nesta teoria o embrião humano é um indivíduo em desenvolvimento, que merece o respeito e dignidade que é dado a todo homem, a partir do momento da concepção.

Os doutrinadores acima citados afirmam ainda, que falar de direitos do nascituro, é reconhecer a qualidade de pessoa deste, porque, juridicamente, todo titular de direito é uma pessoa. Os direitos do nascituro são os inerentes à pessoa humana e não há outra forma de explicar que o nascituro possa ter esses direitos, sem que seja considerado como pessoa, os quais estão previsto no ordenamento jurídico brasileiro, os quais são: direito à posse (art. 877 e art. 878 do CPC); Direito a receber bens por doação (art. 542 do CC) e por testamento (art. 1799 do CC); direito ao reconhecimento da filiação (art. 1597 do CC); direito de ser representado por curador (art. 1798 do CC), e o direito de ser adotado (art. 372 do CC). E o maior fator de que se considera o nascituro como uma pessoa, e que de fato este detém de personalidade civil, é o legislador ter disciplinado o crime de aborto no código penal, referente ao título de crimes contra à pessoa e no capítulo de crimes contra a vida.

3 DIREITOS DO NASCITURO

O direito, como se sabe, é um símbolo da própria expressão da vida, e tem que ser exercido, independentemente de ideologias políticas ou crenças religiosas, portanto do direito evidencia os seus direitos de vida, de conservação, de

¹¹FRANÇA, R. Limonogi. **Instituições de direito civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 50.

liberdade, de defesa, assegurando a esses o direito de vir ao mundo, amparado na lei, dando-se a proteção real ao futuro homem (nascituro) que está por vir.¹²

O nascituro, não sendo diferente de qualquer outra pessoa, merece a proteção, desde a sua concepção. Considerando que o nascituro é, em si, uma pessoa, e como tal, portadora de personalidade jurídica, ainda que desprovido de capacidade de exercício de seus direitos, é portador de direitos, dentre os quais, destaca-se, especialmente, o direito à vida, que é o maior direito do ser humano, direito este primordial para todos.

Ao mais, o fato de que não se pode deixar de reconhecer que existir, ter personalidade e capacidade para ter direitos e contrair deveres, como dita o art. 2º do Código Civil,¹³ não significa que o nascituro possa exercer esses direitos, pois ele se enquadra nos prescritos do art. 3º,¹⁴ assim como os recém-natos, que são imaturos e incapazes de se conduzir por si mesmos.

É importante esclarecer que o nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício, devendo seus pais ou, na incapacidade ou impossibilidade deles, o curador ao ventre ou ao nascituro zelar pelos seus interesses, tomando medidas processuais em seu favor, administrando os bens que irão pertencer-lhe, se nascer com vida, defendendo em seu nome a posse, resguardando sua parte na herança, aceitando doações ou pondo a salvo as suas expectativas de direito. Com o seu nascimento com vida, seus pais assumem o pátrio poder; se havia curador ao ventre, cessarão suas funções, terminando a curatela, nomeando-se um tutor ao nascido.

O doutrinador Adahyl Lourenço Dias analisa da seguinte forma:

Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio de representante, isso porque se os nascituros são representados sempre que lhes competir a

¹²ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Revista de Informação Legislativa**. nº 97, jan/mar. 1988. p.181.

¹³Art. 2º: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum* Compacto. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155.

¹⁴Art. 3º: são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum* Compacto. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155.

aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa.¹⁵

Os Direitos do nascituro têm sido objeto, através dos tempos, de grande discussão, embora suas bases jurídicas tenham sido estabelecidas com toda a sua clareza pelo código civil vigente.¹⁶

Por essas razões, os direitos do nascituro devem ser assegurados a partir de sua concepção, e por consequência natural a sua mãe, para que seu filho, o nascituro, venha ao mundo dentro da mais perfeita normalidade.

3.1 DIREITOS DE CURATELA E REPRESENTAÇÃO

Os direitos de curatela e representação do nascituro estão previsto no art. 1779, do Código Civil ¹⁷, o qual estabelece que se o pai vier a falecer e a mãe não possuir o pátrio poder familiar, será nomeado um curador ao nascituro, que terá a função de cuidar, vigiar e zelar pelos direitos e interesses daquele que está para nascer.

E em respeito a este assunto, João Manoel de Carvalho Santos afirma:

[...] a curatela é o encargo de reger a pessoa e bens, ou tão-somente, os bens das pessoas emancipadas, ou maiores de dezesseis anos, ou ainda não nascidas, que por si mesmas, não o podem fazer, impossibilitadas por uma causa determinada.¹⁸

Assim sendo, o curador pode pleitear em nome do nascituro, a compra ou venda de imóveis, contratar empréstimos ou troca, etc. Compete a ele representar o nascituro e administrar seus bens.

3.2 DIREITO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

¹⁵DIAS, Adahyl Lourenço. **Venda à Descendente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 281.

¹⁶BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro). IN: *Vade Mecum Compacto*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷Art. 1.779: Dar-se-à curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 275.

¹⁸SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. p. 363.

O nascituro tem direito ao pai ou à paternidade certa, podendo ser adotado e reconhecido pelo seu genitor e, não o sendo, mover investigação de paternidade, representado pela mãe ou, em casos excepcionais, pelo curador ao ventre, cumulada com alimentos.

A respeito desse entendimento afirma João Manoel de Carvalho Santos:

[...] a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer o seu filho, ou de achar-se por outro motivo (interdição por loucura, etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do parto, sobrevivendo-lhe o filho: neste caso, a declaração de gravidez equivale ao reconhecimento do filho, feito mediante escritura pública ou testamento.¹⁹

Há o direito de ação de investigação de paternidade, promovida pela mãe em nome do nascituro, tal procedimento pode ser feito ainda que o pai tenha morrido no dia do nascimento do filho ou até mesmo antes. É permitido que o pai reconheça o filho antes que ele nasça (art. 1609, parágrafo único– Código Civil²⁰).

3.3 DIREITO DE RECEBER DOAÇÕES

O nascituro poderá receber bens por doação (art. 542, Código Civil).²¹ Esta dependendo da aceitação dos pais ou pelo seu representante legal. e o direito de propriedade somente incorporará em seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida, hipótese em que os bens, recebidos voltarão ao doador, ou seja, não acontecerá a sucessão de bens. Se o nascituro vier a nascer, e viver apenas alguns instantes, a doação se concretiza e os bens são passados aos seus herdeiros.

3.4 DIREITO AOS ALIMENTOS

¹⁹SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. p. 435.

²⁰Art. 1.609, Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum* Compacto. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.

²¹Art. 542: a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum* Compacto. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 190.

O nascituro tem direito a alimentos para uma adequada assistência pré-natal. Tal direito é reconhecido ao nascituro sem condicioná-lo ao nascimento com vida, mas, antes, a ele objetivando e não dele dependendo. Afinal, o direito a alimentos lhe é reconhecido desde a concepção, para que nasça vivo. Não se faz depender, inversa e incoerentemente, o direito a alimentos, do nascimento com vida.²²

A mulher, que esteja grávida, terá direito aos alimentos gravídicos, o que atinge consequentemente o nascituro, e está assegurado pelo art.2º da Lei 11.804/08 (Alimentos gravídicos), de 05 de novembro de 2008,²³ o referido artigo, compreende em cobrir as despesas no período de gravidez, desde a concepção do nascituro até o parto, incluindo-se a parte médica, para uma gravidez segura. Esta ação de alimentos gravídicos não exige prova de paternidade, a exigência é que haja indícios de paternidade previstas no art. 1597 do Código Civil, e por fim a mulher tem de comprovar que está grávida através de um laudo médico. O “suposto” pai poderá até negar a paternidade, porém não impede que os alimentos sejam fixados. A comprovação de paternidade só sairá com o exame de DNA, convertendo-se esses em pensão alimentícia.

3.5 DIREITO A VIDA

O direito à vida é superior a qualquer outro direito dos homens, sendo indiscutível sua importância, o qual atinge o nascituro, mesmo na condição suspensiva de direitos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, “caput” diz: “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” [...].²⁴

Este artigo define os direitos e garantias fundamentais, ou seja, a inviolabilidade do direito à vida sem definir, no entanto, a partir de que mesmo se

²²ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do Direito Romano. IN: **Revista brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, nº 13, 2º Semestre, 1992, p.120.

²³Art. 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 [...]. BRASIL. **Lei nº11.804/08** (Alimentos Gravídicos). IN: *Vade Mecum* Compacto. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1535.

²⁴BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. IN: *Vade Mecum* Compacto. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.8.

daria ou se iniciaria esta proteção. Ainda no mesmo artigo, em seu inciso XXXVIII, reconhece a instituição do júri como competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto, crime este previsto nos artigos 123 aos 127, que já entra no âmbito do Direito penal, regido pelo Código Penal Brasileiro.²⁵

Assegura também, na carta magna da Constituição Federal Brasileira, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro em seus artigos 201, inciso II, que diz: proteção à maternidade, especialmente à gestante. E art. 203, inciso I, que diz: a proteção à família, à maternidade, [...].²⁶

Todavia, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, garantindo a ele direitos personalíssimos, tal como o art. 7º, da Lei 8.069/90²⁷ o que diz que toda criança e adolescente tem direito à proteção à vida e à saúde.

Sendo assim o direito à vida pertence a todas as pessoas, sem nenhuma distinção. Quando o Art. 1º da Constituição Federal põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, faz uma menção de valor universal, o qual abrange todo ser humano, assim sendo um direito assegurado a qualquer ser humano.

3.6 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO NASCITURO

O nascituro tem plena capacidade de seu direito sucessório, assim como qualquer outro ser humano. Ao ser chamado à sucessão, o nascituro, como pessoa plenamente já existente, e com todos os direitos que dele derivam. Se o nascituro vier a falecer antes do nascimento, os bens adquiridos transmitem-se aos herdeiros do pai.

Nesta linha de raciocínio afirma Silvio Rodrigues:

²⁵BRASL. **Decreto-Lei nº 2.848/40** (Código Penal Brasileiro). IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 526.

²⁶BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.

²⁷BRASIL. **Lei nº 8.069/90** (Estatuto Da Criança E Do Adolescente). IN: *Vade Mecum Compacto* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 935.

Suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do de cujus passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe.²⁸

Ao nascituro é resguardado o direito de sucessão da herança ou legado, com fundamentos elencado nos art. 1798²⁹ e art. 1799, inciso I,³⁰ do Código Civil, desde que esteja concebido no momento da morte do sucedendo, ou seja, esse direito está condicionado ao nascimento com vida.

O nascituro já é um ser concebido, portanto entende o direito que já existe, não se sabe se esta vida que está sendo gerada, irá se perfazer. O nascituro tem capacidade sucessória, pois já é ele uma vida em desenvolvimento, o seu nascimento é requisito para a aquisição de todos os outros direitos pertinentes aos já nascidos. Porém este direito de sucessão é resguardado ao nascituro.

Como se mostra comprovado no artigo 1.798 do Código Civil acima citado, o nascituro tem legitimidade de sucessão, Porém como no direito de doação, fica a condição de nascimento com vida para a efetivação do bem herdado. Conforme consta no artigo 1.800, § 3º do Código Civil,³¹ ao nascer com vida, à sucessão do herdeiro será deferida a ele. Evidente que o direito sucessório do nascituro é condicional, ou seja, só é efetivado se nascer com vida e não haverá a aquisição do direito se o nascituro nascer morto.

3.7 POSSE EM NOME DO NASCITURO

A posse em nome de nascituro cuida-se de medida para proteção de direitos de quem ainda não nasceu, o nascituro, o qual não pode exercê-los por si.

A finalidade desse procedimento é preservar os direitos de posse do nascituro, constatando e documentando a sua existência. Terá sempre por fim assegurar os seus direito hereditários, o que pressupõe que o genitor tenha falecido.

²⁸RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Parte Geral, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1. p. 37-38.

²⁹Art. 1798: legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276.

³⁰Art.1799: na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276.

³¹BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 277.

Não há interesse de agir para ajuizá-la enquanto ele viver, porque não se admite discussão sobre herança de pessoa viva.

O instrumento da posse (poder material sobre a coisa) em nome do nascituro está previsto no Art. 877³² e Art. 878³³ como uma das medidas cautelares previstas em nosso Código de Processo Civil.

O procedimento de posse em nome de nascituro terá como fim, a sentença proferida pelo Juiz, a qual tem natureza meramente declaratória, pois apenas reconhece os direitos do nascituro que serão exercidos provisoriamente por outrem. A posse em que é investida a requerente ou o curador não é apenas a posse material ou corpórea, mas sim a plena, abrangendo todos os direitos e ações que couberem ao nascituro. E investida na posse dos direitos do nascituro, a mãe poderá promover, se houver necessidade, as ações cautelares, possessórias, petições ou ainda outras que forem pertinentes.

5 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO NASCITURO;

Ante a proteção ao nascituro e os reflexos referentes aos direitos da personalidade observa-se atualmente a grande polêmica em torno de questões que envolvem a dignidade humana e o direito à vida, como a hipótese do aborto que tipifica o crime doloso contra a vida, no âmbito do Direito penal.

O estudo do Direito tem como característica, uma desenfreada busca por classificações de seus vários elementos, e neste sentido, no que se refere ao nascituro, há várias discussões se este pode ser inserido com o conceito de pessoas ou como sujeito de direito. Apesar de a Teoria Natalista ser a majoritária das correntes, a qual sustenta a impossibilidade de se enquadrar o nascituro na categoria de pessoa, negando-se a sua personalidade jurídica, e atribuir a ele mera expectativa de direito. Sendo assim, vale lembrar que este debate sobre onde o nascituro se enquadra, não pode ser impedimento para o reconhecimento de seus direitos.

³²Art. 877: A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, 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. BRASIL. **Lei nº 5.869/73** (Código de Processo Civil) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 429.

³³Art. 878: Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro. BRASIL. **Lei nº 5.869/73** (Código de Processo Civil) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 429.

É inevitável que deva ser reconhecida a proteção jurídica notadamente conferida ao nascituro, o qual foi objeto de estudo ao longo deste trabalho acadêmico.

Num contexto atual, é extremamente necessário adequar à realidade em que se encontra o direito, para a legislação, e é por esse lado que não se podem ter conceitos únicos e absolutos que só irão contribuir para que o Direito torna-se ultrapassado. Os direitos do nascituro vêm em decorrência de sua natureza humana, sendo pré-existentes à lei que os reconheça, como podemos ver no art 2º que diz “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.³⁴

Assim em decorrência dos estudos realizados, e independentes de qualquer que seja a escola doutrinária adotada, é notório que há de ser feita uma ampliação dos direitos do nascituro, para que o ordenamento jurídico se aproxime cada vez mais da realidade, nas transformações constantes da sociedade, buscando um equilíbrio entre os presentes litígios de herdeiros na luta de interesses entre o ser humano nascido e o que há por nascer.

Como um ser vivo desde a concepção, o nascituro deve ser sempre protegido pelo ordenamento jurídico, direito este que vai além de um direito subjetivo a personalidade. E No presente trabalho, foram apontados e estudados os direitos, que neste momento é impossível ignorar as garantias analisadas e previstas no ordenamento pátrio. Márcio Martins Moreira destaca que “o estado deve se amoldar aos avanços da ciência e reconhecer as necessidades de seus jurisdicionados na exata medida em que a sociedade é transformada pelo avanço tecnológico para melhor distribuir a justiça tão esperada”.³⁵

Nesta linha de raciocínio, os direitos relacionados ao nascituro são de extrema necessidade e importância, entretanto deve-se ter em mente o contexto social em que o nascituro se encontra, para que não haja uma desconformidade entre a lei posta e a realidade, entre o Direito e as demandas da sociedade.

6 CONCLUSÃO

³⁴ 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. BRASIL. **Lei nº 10.406/02** (Código Civil Brasileiro) IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155.

³⁵ MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 48.

Nota-se que há uma grande polêmica que gira em torno da incerteza do nascimento com vida, o qual é a geração da personalidade jurídica. Cuida-se de medida para a proteção de direitos de quem ainda não nasceu, o nascituro, o qual não pode exercê-los por si só.

Relevando e considerando as principais idéias expostas no presente trabalho, pode-se definir que os nascituros são “pessoas” ainda não nascidas, mas que há existência de vida, a qual já é protegida e quem a ela atenta com o aborto, que é definido crime contra a vida, este previsto nos artigos 123 aos 127, que já entra no âmbito do Direito penal, regido pelo Código Penal Brasileiro.³⁶

Resguardada também pela Constituição Federal Brasileira, a proteção à maternidade, com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro em seus artigos 201, inciso II, e art. 203, inciso I.³⁷

A maioria das doutrinas e seus doutrinadores preferem não considerar o nascituro “sujeito de direito”, atribuindo a ele meras “expectativas de direitos”. Porém, diante do andar dos tempos, acredita o presente trabalho que em um futuro não muito distante o nascituro passará a ser considerado pessoa, visto que logo, com o avanço das ciências biológicas, poderá ser determinado o momento da concepção.

Enquanto isso, conforme o estudo aqui apresentado, o nascituro pode ser sujeito de direito, embora não seja pessoa. Há de se compreender que tão logo se consolide este posicionamento, o nascituro se encontrará diante de uma realidade jurídica que lhe prestará maior amparo.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Direitos da personalidade do nascituro. In: **Revista dos Advogados**. São Paulo, n. 38, dez. 1992.

³⁶BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/40** (Código Penal Brasileiro). IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 526.

³⁷BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. IN: *Vade Mecum Compacto*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº10.406/02** (Código Civil Brasileiro). IN: *Vade Mecum Compacto*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 5.869/73** (Código de Processo Civil). IN: *Vade Mecum Compacto*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição da República Federativa Brasileira**. IN: *Vade Mecum Compacto*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

DIAS, Adahyl Lourenço. **Venda a descendente**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral.** 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 8ª. ed. São Paulo: Método, 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro.** São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: Direito das sucessões.** v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 1.** Parte Geral. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado.** 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado.** 15ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual civil.** v. 2. 49ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Processo Cautelar**. 25^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 8^a. ed. São Paulo: Atlas, 2008.