



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

AS TEORIAS DO NASCITURO E O CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL

Alessandro Moura

Advogado e autor de artigos jurídicos.

Submissão:07.02.2011

Parecer:22.06.2011

Decisão Editorial: 06.08.2011

RESUMO

Este estudo avaliou, dentro da doutrina, da jurisprudência e da legislação nacional, a tratativa oferecida ao nascituro no que tange sua tutela e exercício de direitos. Ademais, investigou-se como se dá a inserção das teorias do nascituro no ordenamento jurídico, verificando a prevalência de qualquer delas. Foi realizada, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, análise qualitativa do tema, de suas idéias principais e do contexto adequado para sua utilização. O método utilizado foi, majoritariamente, o dedutivo, esforçando-se para verificar quais hipóteses resistem quando enfrentadas pelos dados pesquisados. Concluiu-se que, no que concerne aos direitos do nascituro, a doutrina reconhece a teoria natalista como majoritária, conferindo, entretanto, ao ente apenas concebido acesso à tutela de seus direitos de personalidade e aos seus direitos personalíssimos. Por fim, no que tange as teorias do início da personalidade, vê-se que, no sistema adotado pelo Brasil, estas atingem o mesmo fim, qual seja, a tutela do nascituro para que se maximize as chances de nascimento com vida.



ABSTRACT

This study evaluated within the doctrine, jurisprudence and national legislation, offered the dealings regarding the unborn and exercise their guardianship rights. Furthermore, we investigated how is the insertion of the theories of the unborn child in the legal system, identifying the prevalence of any of them. Was performed by means of bibliographic and documentary research, qualitative analysis of the topic, its main ideas and the proper context for their use. The method used was, mostly, the deductive, striving to see which hypotheses stand up when faced by research data. It was concluded that, with respect to the rights of the unborn, the doctrine recognizes the theory Physicians as majority, giving, however, being only designed to access the protection of their personal rights and their personal rights. Finally, regarding theories of personality from the beginning, we see that in the system used in Brazil, they reach the same end, namely, the protection for the unborn child that maximize the chances of live birth.

PALAVRAS-CHAVE

Nascituro. Personalidade. Ordenamento Jurídico.



INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 traz, na Parte Geral, Livro I, Título I, disposições à cerca das pessoas naturais, mais especificamente sobre a personalidade, a capacidade, os direitos da personalidade e a ausência.

Buscando encontrar posicionamento para a inegável controvérsia que o tema gera, o breve esforço debruça-se sobre importantes dispositivos de leis na tentativa de se verificar qual o sistema adotado pelo Brasil. Dispensado dizer que, com a relevância que merece, também foi abordada a visão que a Constituição Federal possui sobre a tutela do nascituro.

Neste tema, em especial, fez-se incursão sobre a tratativa oferecida ao assunto pelo Pacto de San José da Costa Rica, questionando-se se este diploma trouxe alterações e em que medidas elas se operam.

Entretanto, de nada adiantaria avançar em direção ao texto das leis sem se ter um arcabouço conceitual que garantisse um mínimo conhecimento do assunto e de capacidade de análise crítica dos mesmos. Para tanto, primeiramente fazia-se imprescindível o estudo de determinados conceitos e posições como, por exemplo, o conceito de nascituro ou de nascimento. Como se verá, longe de serem idéias de fácil delimitação, encontram na literatura entendimentos os mais variados.

Longe de pôr termo à saudável discussão, mas tão somente de nela aprofundar-se, a relevância do presente artigo apóia-se na questão principal que a tutela da vida representa, sem a qual nenhum outro direito pode ser gozado. Ademais, incontáveis e imensuráveis são os reflexos da proteção ao nascituro, seja no contexto da mulher gestante, de sua família ou da comunidade como um todo, estando o principal deles na garantia social da dignidade da pessoa humana.

1. DO NASCITURO



1.1 Conceito

Para a perfeita definição de nascituro, é preciso antes decidir o que vem a ser pessoa natural. Aqui, merece um aparte a controvérsia que surge em torno da nomenclatura que se dá à pessoa humana enquanto ente jurídico. O ordenamento pátrio, via de regra, faz a opção pelo termo pessoa natural e não pessoa física, como se pode observar no Código Civil de 2002. Por influência do direito francês e italiano, tem-se também o termo pessoa física, sendo utilizada no Brasil para a legislação que regulamenta a tributação sobre a renda. Porém, a literatura jurídica não considera esta denominação precisa, já que ressalta o aspecto material do homem, ignorando suas qualidades morais e espirituais, convergindo para a expressão pessoa natural.¹

Na doutrina dominante, pessoa natural é o indivíduo que, nascendo com vida, adquire personalidade. Resta, agora, questionar quando se dá o momento exato da conquista da personalidade para o Direito, ou de quando se pode chamar o ser de vivo, posto que a partir daí ter-se-á a pessoa.

A resposta para tal questionamento pode ser observada no *caput* do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil (recentemente rebatizado como Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lei n. 12.376/2010), que traz a seguinte redação: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”².

No caso do direito nacional, a lei que determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade é o Código Civil, em seu art. 2º, que segue: “A

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – parte geral**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 215.

² BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução ao Código Civil. 1942.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”³.

Semelhante posicionamento tinha o direito romano, segundo o qual a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual se tinha tão somente o feto, que nada mais era que parte da mãe (*portio mulieris viscerum*). Assim, não possuía direitos e ou quaisquer atributos conferidos ao homem. Contudo, seus interesses eram resguardados, chegando mesmo a equipará-lo ao nascido, não para adquirir personalidade, mas para tutela e proteção⁴.

Aqui, pode-se verificar a relevância que se dá à conceituação do termo nascituro, já que há uma conexão direta entre ele e a possibilidade de se manifestar o direito à personalidade, ou seja, ser pessoa para o Direito.

Segundo De Plácido e Silva, o termo nascituro vem de *nasciturus* que significa o que está por nascer. Em suas palavras, é

o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa. Embora o nascituro, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido como, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção.⁵

Isto significa que o nascituro é todo ser que, embora não nascido, já esteja gerado. Muito embora não possua existência autônoma para o mundo externo, possui vida intra-uterina. Tal aceção, talvez pelo momento histórico em que fora confeccionada, em que as ciências médicas e reprodutivas não estavam tão evoluídas como hoje se encontram, desconsidera o embrião *in vitro*. Ademais, aponta o autor em qual sentido entende estar a razão sobre o momento em que se adquire a personalidade, afirmando bastar a concepção para que o nascituro adquira direitos.

³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002.

⁴ PEREIRA, op. cit., p. 216.

⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláuci Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

Em suma, pode-se aduzir que nascituro é termo que indica vida que depende de outra vida por certo tempo, até que adquira autonomia biológica. Em outras palavras, é uma simbiose temporária, em que o indivíduo não nascido serve de seu hospedeiro, por tempo determinado, para que complete certo estágio de desenvolvimento e adquira meios para sobreviver no ambiente externo. De qualquer forma, dependendo do ordenamento em que se encontra, tal situação pode ou não encontrar tutela estatal.

Indo além, Salvo Venosa afirma que o nascituro

poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição do nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva⁶.

Por fim, há de se ressaltar interessante alteração proposta pelo Deputado Ricardo Fiuza ao Congresso Nacional, por meio do Projeto de Lei 6.960/2002, visando alterar a redação do art. 2º do Código Civil para que fique da seguinte forma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro.” Tal alteração, qual seja a inclusão do termo ‘embrião’, foi sugerido pela Professora Maria Helena Diniz, sob o argumento de que muito embora não possa este ser considerado nascituro antes de “implantado e viabilizado no ventre da mãe, também é sujeito de direitos”⁷. Nas palavras de Venosa, é questão polêmica a inserção do ‘embrião’ na dicção da lei, posto que este não se apresenta, isoladamente, como uma forma de vida integralmente viável. “A ciência ainda deve dar passos no sentido de fornecer ao jurista a exata concepção da

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 152.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 1: parte geral**. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

dimensão do embrião como titular de alguns direitos”⁸. Responde a Professora Maria Helena que ao nascituro ou ao embrião já atinam direitos de personalidade, “visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*”⁹. O último andamento que se tem deste Projeto é de envio à Coordenação de Comissões Permanentes para seu arquivamento.

Entretanto, a doutrina é majoritária ao afirmar que não se deve equiparar embrião e nascituro. O nascituro é ente concebido com vida intra-uterina, enquanto o embrião tem sua existência mantida em laboratório. Afinal, parece evidente que a expectativa de nascer do nascituro é maior que a do embrião, e, nascendo com vida, tornar-se pessoa.

1.2 Personalidade

Introdutoriamente, ensina Silvio Rodrigues que

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos de personalidade.

Tais direitos, por isso que inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.¹⁰

A despeito da catedrática lição ora ofertada, é preciso lembrar que as garantias supramencionadas estão expressas no art. 11 do Código Civil, com o

⁸ VENOSA, id., p. 152.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192.

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.



adendo de que nem mesmo o detentor do direito de personalidade poderá limitá-lo voluntariamente.

Nas palavras do professor Carlos Roberto Gonçalves, “todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano”¹¹. Tal assertiva não permite outra conclusão senão a de que a personalidade tem conteúdo basilar dentro da esfera social do indivíduo, sendo fundamento para que este, ao atuar no meio em que vive, produza os efeitos desejados, tendo a seu lado a tutela da ordem jurídica.

A seguir, o mesmo autor define personalidade como a habilidade ou aptidão para que o indivíduo adquira direitos e obrigações de natureza civil, cuja tutela no direito brasileiro está no Código Civil, em seu art. 1º, com redação que garante a todos a capacidade de direitos e deveres na ordem civil.¹² À extensão desta personalidade dá-se o nome de capacidade jurídica.

Para Silvio Venosa,

a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com conseqüências jurídicas. A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos pólos da relação jurídica.¹³

Logo, afirma-se que a personalidade é conceito basilar da ordem jurídica, sendo verificada na legislação civil e nos direitos constitucionais à vida, à liberdade e à igualdade.

Entretanto, é preciso revelar que nem sempre a personalidade teve esse caráter universal. Trazendo à baila o regime escravista, que tem suas origens em tempos remotos, é possível identificar na figura do escravo, um exemplo de ser humano que era tratado como coisa e, portanto, não possuía em si o direito

¹¹ GONÇALVES, op. cit., p. 70.

¹² GONÇALVES, id., p. 70.

¹³ VENOSA, op. cit., p. 149.



[Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011](#)

à personalidade. Em Roma, além de ser tratado como coisa, o cativo era desprovido da faculdade de ser titular de direitos e mesmo em relações jurídicas não ocupava lugar de sujeito, mas somente de objeto. Em solo brasileiro, onde o regime de escravidão perdurou até o séc. XIX, o escravo tinha sua personalidade reconhecida, muito embora a condição do agrilhado jamais pudesse ser equiparada a do homem livre. Torna-se, pois, claro que o conceito jurídico de personalidade pertencente a todo ser humano é fruto do desenvolvimento histórico e jurídico das sociedades.

A preocupação em se defender o homem, enquanto indivíduo, dos arbítrios de outros homens e, principalmente, do Estado, por meio da estipulação de direitos praticamente intocáveis, como os são os direitos de personalidade, verificou-se mormente após a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, sendo ratificada pelo texto de igual nome da Organização das Nações Unidas, em 1948.

1.2.1 Requisitos

No atual sistema adotado pelo Brasil, tem-se o nascimento com vida como gênese da personalidade. Encontra-se, contudo, na segunda parte do art. 2º do Código Civil, ressalva que garante desde a concepção a proteção dos direitos do nascituro.

Entende-se por nascimento a cisão entre mãe e filho, isto é, a retirada da criança do útero materno, seja no período adequado ou não, por meio de parto normal ou procedimento invasivo. É o início da vida extra-uterina, o momento em que o nascituro se desvencilha do corpo materno para adquirir ou não vida própria.

Para o nascimento com vida, exige-se que o indivíduo tenha respirado, isto é, realizado ao menos uma troca ox carbônica com o meio ambiente, ainda que não se tenha cortado o cordão umbilical. Merece registro o fato de que,



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

quanto à manutenção ou não da ligação entre mãe e filho, Washington de Barros Monteiro defende que deve ser cingido a cordão umbilical para que se configure o nascimento completo e com vida. Isto significa que, embora tenha o infante dado todos os demais sinais de vida, tais como movimentar-se ou mesmo chorar, se o vínculo umbilical não foi desfeito, ainda não há nascimento para fins jurídicos¹⁴. Contudo, vale lembrar que este posicionamento é minoritário.

Em caso contrário, tem-se o não ser, ou natimorto. Tal restrição tem gigantesca repercussão na prática, pois a diferença entre ter nascido morto ou ter morrido logo após o nascimento traz diversas e relevantes conseqüências, principalmente no que se refere à transmissão de bens.

Neste ponto, deve-se ater ao enunciado que inaugura a I Jornada de Direito Civil, o qual defere ao natimorto a mesma tutela do nascituro, no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem, registro em livro próprio e sepultura.¹⁵

O nascimento se comprova com o registro público, conforme se tem no art. 50 e seguintes da Lei Ordinária 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Entretanto, por ser um fato, a sua prova pode ser realizada a qualquer tempo por meio que não o termo público.

Assim, não há, no direito pátrio, maiores exigências para se adquirir personalidade, além do nascimento com vida e a proveniência de mulher, sem necessidade de se inquirir de que forma ocorreu a concepção: se por via de relações sexuais, inseminação artificial ou técnica conceptiva extra-uterina (fertilização *in vitro*). Neste mesmo sentido vão os códigos da Suíça, em seu art. 31, de Portugal de 1966, em seu art. 66, o da Alemanha, no art. 1º e o da Itália, também em seu art. 1º. Muito tem a adicionar o Código Civil português de 1966,

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral: de acordo com o novo código civil**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 8 ed. ver. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

ao trazer no já citado art. 66, com profunda clareza, extinguindo quaisquer dúvidas sobre o posicionamento: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem de seu nascimento”.¹⁶

Por outro lado, sabe-se, conforme ensina o mestre Venosa, que o Direito Romano fazia alusão a forma humana¹⁷. Apesar de não definirem o que se enquadraria como forma humana, quem não nascesse com aspecto humano, não era considerado como tal, sendo denominado de *monstrum vel prodigium*. Contudo, já nos tempos romanos se protegiam os direitos do nascituro.

Já em outros países, como a Espanha, exige-se que o nascente tenha aspecto humano e que sobreviva por no mínimo vinte e quatro horas separado da mãe, conforme se vê no art. 30 do seu Código Civil. De forma análoga, o antigo Código de Portugal exigia que o nascido tivesse figura humana, conclamando o atual somente nascimento completo e com vida.

O Código Napoleônico, por sua vez, exige que a vida seja viável para que se considere nascido com vida. Por viabilidade, deve-se entender mínima habilitação fisiológica para a vida ou existência e funcionalidade dos órgãos essenciais.

Noutros tempos, também exigia o direito brasileiro outros requisitos que não somente o nascimento com vida. Silvio Rodrigues traz à discussão o decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual exigia, para aquisição da personalidade, que a pessoa nascesse com vida e que essa fosse viável.¹⁸

Para Caio Mário, a forma como o atual Código Civil definiu o início da personalidade

tem o préstimo indiscutível da praticidade. A fixação das condições da personalidade (nascimento e vida) tem o maior interesse prático, especialmente no tocante à repercussão sucessória, de vez que, vivo

¹⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 77.

¹⁷ VENOSA, op. cit., p.141.

¹⁸ RODRIGUES, op. cit, p. 36.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011
que seja o recém-nascido, ainda que por instantes, recebeu, adquiriu e transmite direitos aos seus sucessores.¹⁹

Ademais, entende este doutrinador que questões como viabilidade ou forma humana apenas servem para gerar dúvidas doutrinárias e ignoram os avanços da ciência moderna:

Na verdade, o progresso da ciência se afirma tão vivamente que não se pode dizer que uma criança recém-nascida, hoje em condições inferiores de aptidão para viver, não seja plenamente recuperada contra os prognósticos que a fadavam ao perecimento. Toda previsão a este respeito é falha e vã, desmentida por surpresas constantes, tanto num sentido quanto noutro, seja por atingir invejável longevidade quem parecia inviável, seja por apagar-se em curto prazo um ente que parecia dotado da mais franca viabilidade. Não se justifica, igualmente, que a aquisição da personalidade dependa do revestimento da forma humana e seja recusada aos seres malformados, às aberrações teratológicas, outrora abrangidas na designação genérica de monstros. O que nasce defeituoso pode retomar a forma normal da espécie humana, sendo neste sentido freqüentes as vitórias admiráveis da arte cirúrgica. Mas, por outro lado, e o argumento parece decisivo, se o direito conserva a personalidade ao que, por acidente, desprimora a forma humana, não há razão para que se negue àquele que de nascença traz um corpo malformado.²⁰

1.3 Teorias sobre o início da personalidade do nascituro

1.3.1 Teoria Natalista

A teoria natalista entende que o início da personalidade se dá somente no nascimento com vida, significando que antes do nascimento não pode haver para o nascituro personalidade, possuindo mera expectativa de direito.

A doutrina tradicional entende que o direito brasileiro repousa aqui seu entendimento, muito embora a questão não esteja pacificada. Não obstante a maioria de vozes, deve-se observar que a adoção da teoria natalista pelo Código

¹⁹ PEREIRA, op.cit., p. 221.

²⁰ PEREIRA, id., p. 220.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

Civil Brasileiro possui uma ressalva, qual seja, a proteção dos direitos do nascituro desde a concepção, os quais estariam, até então suspensos ou em condição potencial ou virtual. Se nasce com vida, sua existência jurídica deve retroagir ao tempo da concepção.

Tais direitos a serem protegidos em nome do nascituro, segundo Maria Helena Diniz, podem ser ilustrados pelo direito à vida, que inclusive tem previsão na Carta de 1988; à filiação; à integridade física e a alimentos que, conforme se verá adiante, possui já legislação própria; a uma adequada assistência pré-natal, que recebeu reforço do Estatuto da Criança e do adolescente; ao reconhecimento ou legitimidade para investigação de paternidade; etc²¹.

Silvio Venosa define tal situação afirmando que o fato de o nascituro encontrar em nosso ordenamento proteção da lei não deve sugerir que o mesmo tenha personalidade. O que se define nesta situação é mera aproximação da personalidade, mas sem qualquer equiparação com esta. Para ele, a personalidade advém tão somente do nascimento com vida.

No mesmo sentido vai o Mestre Caio Mário, ao negar ao nascituro a condição de pessoa. Entretanto, afirma ele, nascendo um indivíduo capaz de direitos, a tutela de seus interesses se protraí no tempo, alcançando a sua concepção²².

Confirma este posicionamento o seguinte julgado:

CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DE SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARA DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS A IRMA DO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JA NASCIDO (STF, 2ª T., RE 99038, Rel. Min. Fernando Rezak, j. 18/10/1983, p. DJ 05/10/1984)²³.

²¹DINIZ, op. cit., p. 192.

²²PEREIRA, op. cit., p. 218.

²³Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=re99038&base=baseAcordaos>, acessado em 15/11/09, às 16h08min.



Melhores palavras para findar tal posicionamento não haveriam que as de Gagliano e Pamplona Filho:

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Novo Código Civil, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.²⁴

1.3.2 Teoria Concepcionista

Sob influência do direito francês, e com adeptos da envergadura de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a presente corrente de pensamento defende que a personalidade começa antes do nascimento, sendo que com a concepção já deve assegurar os interesses do nascituro. Vale afirmar que, mesmo nesta corrente, o nascituro titulariza somente direitos personalíssimos e os de personalidade, ficando os de conteúdo patrimonial a aguardar o nascimento com vida.

No direito corrente, defendem esta teoria autores da grandeza de Silmara Chinelato e Almeida, Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Limongi França, Francisco Amaral Santos e Maria Helena Diniz.

Fenômeno que merece observação é o recente aumento de adeptos desta teoria, como se verá adiante com a edição da Lei 11.804/2008, conhecida como Lei de Alimentos Gravídicos, ou em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça. Segue exemplo do posicionamento deste Tribunal:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não

²⁴GAGLIANO, op. cit., p. 87.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011
transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, 4ª T., REsp 399028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002, p. DJ 15/04/2002)²⁵

Importante ressaltar que, da análise do julgado acima, tem-se que o nascituro, ao fazer jus a danos morais, demonstra possuir personalidade, já que o dano moral é, exatamente, a lesão ao direito de personalidade.

Traz força a esta corrente informação trazida pela Professora Maria Helena Diniz, ao afirmar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui entendimento de que “o nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais”²⁶. E conclui afirmando que

parece-nos que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro e, além disso, no art. 1597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga. Com isso, protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro²⁷.

Atualmente, tem-se notícia de que o código argentino, no art. 7º, e o húngaro, na seção 9, adotam a corrente concepcionista²⁸.

1.3.2.1 Teoria da Personalidade Formal ou Condicional

²⁵ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+399028&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>, acessado em 11/11/2009, às 16h41min.

²⁶ DINIZ, C. C. A., 2008, p. 35.

²⁷ DINIZ, id., p. 36.

²⁸ DINIZ, op. cit., 2005, p.192.



Defensor desta linha de pensamento, o mestre Washington de Barros Monteiro afirma

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.

Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade²⁹.

Dispensam maiores explicações os ensinamentos do Professor. Pela teoria da personalidade condicional, o nascituro já pode ser considerado pessoa condicional, mas que, invariavelmente, terá dois caminhos: se nasce com vida confirma sua condição e passa a exercitar os direitos e deveres que estavam em suspenso. Mas, se ao nascer o sopro da vida não lhe assiste, abandona a condição de pessoa em potencial e torna a ser coisa.

Logo, faz-se do nascituro um centro autônomo, em torno do qual gravitam relações jurídicas, no aguardo do seu nascimento.

2. APLICAÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL

²⁹ MONTEIRO, op. cit., p. 66.



2.1 O nascituro e a Constituição Federal

O texto constitucional de 1988, também conhecido como Constituição Cidadã, é parâmetro para análise de tutela do cidadão contra os arbítrios do Estado. Sucessora de um período ditatorial em que o Brasil mergulhou aproximadamente entre 1964 e 1985, sua dicção buscou afastar-se do imposto pelo regime militar e conferir aos civis o máximo de garantias e de autonomia.

Com o intuito de negar que fenômenos como o anterior se repitam e de se reconhecer direitos de defesa ao povo contra o Estado que, desde a constituição dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, deixa de ser absoluto e passa a conhecer limitações, inserem-se no conteúdo constitucional pátrio os direitos fundamentais. Conforme ensina Alexandre de Moraes, estes direitos de defesa devem ser observados sobre dois pontos: primeiro, como dever de não fazer do poder público em desfavor do particular e, segundo, dever do particular de exigir respeito às suas liberdades constitucionais³⁰.

Em sede de aparte, o mesmo Professor difere direitos fundamentais, os quais são voltados para o povo de garantias institucionais, que representam a tutela de entidades estatais que afetam diretamente a população. Afirma

Assim, a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público os entes federativos, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais³¹.

Do excerto acima, é possível afirmar que a maternidade é instituto que interessa ao Estado a proteção, como forma de garantia da continuidade de sua existência. Mais uma vez frisa-se: se se protege a maternidade, tutela-se a

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.

³¹ MORAES, id., p. 34.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

gestante. E nada mais é a proteção a gestante do que, direta ou indiretamente, garantir os interesses do nascituro, como portador da continuidade da nação.

Mas não é somente daqui que tal conclusão emana. Quando se busca identificar os destinatários da proteção de que trata a edição de direitos fundamentais, trazendo à baila o art. 5º, salta ao raciocínio o elencado direito a vida, questionando-se se tal tutela abrange também o nascituro. Dois argumentos a tal indagação se vislumbram. Ora, a garantia do direito a vida é pré-requisito para que se usufrua todos os demais direitos, sendo que, na falta daquele, por nenhum outro se pode clamar.

A seguir, corrobora o Professor Alexandre de Moraes o entendimento de que a proteção constitucional da vida inicia-se com a concepção, não existindo melhores palavras para explicitar seu posicionamento que as suas próprias:

O início da mais preciosa garantia fundamental deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim, a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina³².

Diante de perfeita conclusão a que chega o doutrinador, cabe somente reafirmar: ao nascituro é límpida e transparente a tutela da Lei Máxima, compreendendo-se como direito a vida também o direito de nascer e de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea ou natural.

Passando adiante e lançando mão da interpretação acima demonstrada, outro dispositivo que dispensa referência é o art. 227, o qual torna obrigação da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, inclusive com prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

³² MORAES, op. cit., p. 36.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, defendendo-o de qualquer forma de discriminação, violência, negligência, exploração, crueldade ou opressão.

No mesmo sentido, tem-se o esforço do legislador constitucional originário em garantir o máximo de possibilidades para que o nascituro, ali incluído por força da extensão da interpretação dada pelo Professor Alexandre de Moraes, tenha o máximo de possibilidades de se desenvolver adequadamente, com saúde e com os cuidados que exigem sua frágil condição.

2.1.1 Direitos humanos e o nascituro: o Pacto de San José da Costa Rica

A Convenção Americana de Direitos Humanos, subscrita em 22 de novembro de 1969 e aprovada pelo Congresso Nacional em 26 de maio de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 27, tendo o governo brasileiro determinado sua integral observância em 06 de novembro de 1993, com o Decreto n. 678, tem efeitos diretos no que tange a condição legal do nascituro.

Sobre este documento, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, já se manifestou o Pretório Excelso:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. *O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.* Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011
Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002) (STF, T. Pleno, RE
349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/12/2008, p. DJ 04/06/2009)³³.
(grifo nosso)

Pode-se, da ementa supra, aduzir a clara e pacífica posição do Supremo Tribunal Federal, a qual tão somente confirma determinação constitucional, qual seja, a dicção do segundo parágrafo do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não devem excluir outros decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

Aplicando no caso concreto do pacto o disposto pela Magna Carta e interpretado pelo STF no julgado anterior, que coloca os tratados internacionais abaixo da Lei Superior, mas acima da legislação infraconstitucional, tem-se que, qualquer que seja a corrente adotada, o tratado tem autonomia para alterá-la, orientando em sentido diverso.

No caso do nascituro, é possível observar tal alteração. O art. 4º, inciso I, da Convenção afirma que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, devendo esse direito ser protegido por lei, em geral, desde a concepção. Por fim, define que a ninguém é dada a faculdade arbitrária de retirar a vida alheia.

De uma interpretação ligeira, afirmar-se-ia que a posição adotada pelo Brasil, a partir da confirmação do tratado pelo Congresso Nacional, seria a mudança para a corrente concepcionista. Entretanto, uma observação mais acurada obriga o leitor a ater-se à expressão 'em geral, desde a concepção'. Assim falando, a dicção do Pacto não obriga que a proteção retroceda à concepção de forma exclusiva e totalmente englobante da situação do nascituro. Logo, a intenção do legislador supralegal nada mais era que garantir ao ente não nascido a certeza de que, independente do ordenamento em que este se encontre, haja um mínimo de tutela estatal quanto à manutenção de seu desenvolvimento, com fins ao nascimento com dignidade e saúde.

³³Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+349703&pagina=2&base=baseAcordaos>, acessado em 15/11/2009, às 14h01min.



[Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011](#)

Neste ponto, como já se é sabido, o ordenamento jurídico nacional já determina que tal tutela seja ofertada ao nascituro, conforme doutrina e jurisprudência pacificadas. Embora a regra geral do direito brasileiro seja a adoção da Teoria Natalista e, por conseqüência, o reconhecimento da personalidade ao nascituro a partir do nascimento com vida, não há divergência no sentido de que a tutela do desenvolvimento sadio daquele que está por nascer é instituição consagrada pelo Estado.

Inúmeros são os diplomas legais nacionais que trazem em seu bojo a garantia de que trata o Pacto de San José da Costa Rica. Logo, muito pouco ou quase nada se adicionou, ao menos no Brasil, na condição do nascituro frente ao contexto jurídico. A proteção ofertada já fora reconhecida desde a Constituição de 1988, sendo adiante confirmada pelas leis que a seguiram.

2.2 O nascituro e o Código Civil

De maneira esparsa em todo o Código, é possível ter acesso a dispositivos que, de forma direta ou indireta, afetam interesses do nascituro.

O art. 130 faculta ao detentor de direito eventual, como o é o nascituro, em havendo condição suspensiva ou resolutiva, a prática de atos que se destinem a proteger este direito. A título de ilustração, são formas de se vislumbrar a aplicação deste mandado a medida cautelar que vise dilapidação por terceiros de bens deixados ou doados ao que vai nascer. Ou ainda, a mãe grávida que, representando o não nascido, requer a suspensão do inventário do pai falecido, até que se resolva a situação da criança.

O art. 542 dá ao que está por nascer a faculdade de receber doação, desde que aceita pelo seu representante legal, bem como adquirir bens por meio de testamento.

Faz ligeira referência ao tema ora explanado o art. 1.597, ao determinar o tempo da concepção, na constância do casamento, dos filhos em determinadas



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

situações, que seguem: se a criança nasce em no mínimo 180 dias após o estabelecimento da convivência conjugal ou nos trezentos dias seguintes ao fim da sociedade conjugal, seja por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento; se o filho decorre de fecundação homóloga, mesmo estando o pai morto; se o filho resultar de embrião excedente de concepção artificial homóloga, a qualquer tempo ou havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que o marido autorize.

O professor Washington de Barros Monteiro, neste particular, traz crítica pertinente ao legislador de 2002, a qual merece transcrição:

Apesar dos avanços tecnológicos no campo da medicina e da genética, o legislador de 2002 não enfrentou todos os problemas atuais, cada vez mais variados e complexos. Concepção fora do útero materno, inseminação artificial, utilização de óvulos de outra mulher, as denominadas “barrigas de aluguel”; conservação de óvulos e espermatozóides por tempo indeterminado, para que a concepção ocorra quando for conveniente para os pais – são problemas que poderiam ser enfrentados, ainda que, em pouco tempo, pudessem tornar-se obsoletos, indo além do disposto no art. 1597³⁴.

Nos termos do art. 1.609, parágrafo único, o nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação.

Por sua vez, o art. 1.779 determina que ao nascituro deve-se nomear um curador, estando o pai morto e a mãe desprovida do poder familiar. O parágrafo único confere ao mesmo curador, no caso da mãe estar interdita, a responsabilidade por ambos.

Também o art. 1.798 afirma ser legítima a participação do nascituro na sucessão, se nesta situação já se encontrava ao tempo da abertura da mesma. O art. 1.799, inciso I, embora não trate do nascituro, traz situação interessante. Este dispositivo busca tutelar o filho ainda não concebido, permitindo que este seja chamado a suceder quando da sucessão testamentária.

³⁴ MONTEIRO, op. cit., p. 65.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

Por fim, o art. 1.800, especialmente os parágrafos 3º e 4º, garante ao nascituro que, nascendo com vida, a ele caberá o direito a sucessão, inclusive com os frutos e rendimentos a serem contados desde a morte do testador. Anote-se que, com tal redação, o dispositivo confirma a teoria adotada pelo ordenamento brasileiro, ao exigir o nascimento com vida. Ademais, trata o texto de impor um prazo para que seja concebido o possível herdeiro, sob pena de da sucessão ser ele excluído. Contados à partir da morte e da abertura da sucessão, será de dois anos o tempo para que o nascituro seja concebido e tenha a seu favor o deferimento dos bens reservados. Este prazo, contudo, poderá ser alterado pela vontade do testador, em disposição expressa.

2.3 O nascituro e o Código Penal

O Código Penal Brasileiro, em sua parte especial³⁵, insere tipos penais que geram efeitos para o ainda não nascido. Tal proteção pode ser observada do art. 124 ao art. 128. Em linhas gerais, tratam do aborto, suas diferenciações e excludentes de punibilidade.

Antes de tudo, é preciso definir o que se entende por aborto. Nas palavras de De Plácido e Silva, aborto é a “expulsão prematura do feto ou embrião, antes do tempo do parto”³⁶. Ou seja, significa abortar toda situação em que a mãe ou terceiro realizam a retirada do que está em desenvolvimento antes que este esteja completo e permita à criança viver exclusivamente de seu próprio organismo. É a negatória do direito de se desenvolver ao já concebido, por motivos inúmeros, tais como vergonha, medo, despreparo ou não planejamento da concepção.

A primeira conduta a ser vedada pelo Código Penal é o aborto provocado pela própria gestante ou por ela autorizado e realizado por terceiro. Neste caso,

³⁵ BRASIL. **Lei n. 7.209, de 11 de Julho de 1984**. Reforma a parte especial do Código Penal Brasileiro e dá outras providências. 1984.

³⁶ SILVA, op. cit., p. 8.



[Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011](#)

a pena não ultrapassa os três anos de detenção. Ao terceiro que realizou a conduta, sendo esta a hipótese, a pena será de até quatro anos de reclusão. Considera-se nesta mesma situação aquele que provoca aborto em grávida menor de 14 anos, alienada, débil mental ou se o consentimento se dá mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Se o ato é provocado por terceiro, mas sem o consentimento da gestante, a pena se eleva ao máximo de 10 anos de reclusão.

Todas as situações acima elencadas cairão na forma qualificada, prevista no art. 127, caso a gestante venha a sofrer lesão corporal grave ou morra em decorrência do aborto ou dos meios utilizados para promovê-lo. No primeiro caso, a pena é aumentada de um terço e, no segundo, duplicada.

Ao final, o Código elenca as duas situações em que se exclui a punibilidade no crime de aborto, a saber: se é necessário ou se a gravidez resulta de estupro. O aborto necessário é aquele em que a gestação implica em risco para a gestante, não havendo outro meio para resguardar-lhe a vida senão a retirada do feto. Resultando de estupro, o abortamento só será realizado se houver consentimento da gestante ou, se esta é incapaz, de seu representante legal. Vale ressaltar que, em ambos os casos, exige-se que o procedimento seja realizado por médico.

2.4 O nascituro e o Estatuto da Criança e o Adolescente

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo-se numa ferramenta fundamental para a proteção destes que, sendo hipossuficientes, não podem ou não conseguem garantir a própria dignidade.

Partindo-se do artigo que inaugura esta lei, garante-se à criança e ao adolescente proteção integral. O dispositivo seguinte tem caráter explicativo,



[Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011](#)

conceituando o que é criança e adolescente: toda pessoa até doze anos de idade incompletos será chamada criança, de doze a dezoito anos, adolescente.

Se a análise do texto legal terminasse aqui, a única conclusão aceitável seria a de que o nascituro, posto que no direito brasileiro não é pessoa, uma vez que adota-se o critério natalista, não se encontra sobre o manto protetivo desta lei.

Contudo, é no art. 7º que se encontra referência ao ente não nascido, ao se afirmar que o Estado deverá, mediante a efetivação de políticas sociais públicas, proteger a criança e o adolescente, garantindo-lhes o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Ora, ao garantir que o nascimento deverá ocorrer de forma sadia e harmoniosa, nada faz o Estatuto além de garantir a boa condição física do nascituro.

Indo além, dispõe que é dever do Sistema Único de Saúde o atendimento pré e perinatal à gestante (art. 8º). Ou seja, caberá ao sistema público oferecer cuidados devidos ao nascituro e ao recém-nascido, inclusive, nos termos do último parágrafo deste artigo, propiciando à gestante e à nutriz (aquela que alimenta o nascido por meio da amamentação) o suporte alimentar que sua situação demanda. Ora, cuidar da mulher, em razão de estar ela no período de gestação é, indiretamente, como já dito antes, oferecer assistência ao nascituro, permitindo-lhe auferir as melhores condições possíveis para que nasça e se desenvolva com saúde.

Adiante, o art. 70 imputa a toda a sociedade o dever de defesa do menor de ameaças ou violações aos seus direitos. Para este fim criou-se o Conselho Tutelar (art. 131), órgão que goza de autonomia e permanência, com caráter não jurisdicional e com a incumbência de fiscalizar o cumprimento dos direitos conferidos por esta lei. Assim sendo, e partindo do pressuposto que a intenção do legislador fora a de incluir, de forma implícita, neste grupo também o nascituro, ao cuidar anteriormente de sua condição, é límpida a conclusão de que ao desrespeito do direito de desenvolvimento sadio, regular e adequado da



[Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011](#)

gestação, que é conferido à gestante e por via de consequência também ao nascituro, pode e deve se opor a comunidade, aumentando a esfera de vigilância e tutela sobre o nascituro.

Por fim, é reforçado o direito constitucional de acesso à justiça, no título VI, o que, na situação do nascituro se dará por meio de representação. Aos representantes que careçam de condições para propiciar sua defesa, será deferida a assistência judiciária por meio de defensor público ou advogado nomeado. Também será isento de custas ou emolumentos o processo que tratar de interesses do menor, ressalvado o caso de litigância de má-fé.

Uma vez que a maior parte da doutrina procura exemplificar a situação de litígio em favor do nascituro na causas de alimento ou reconhecimento de filiação, as quais tem por competente as varas de família, faz-se pertinente ilustração de violação ao interesse do nascituro cujo processo pertenceria à vara da infância e juventude. No Brasil é situação corrente a sobrevivência de famílias em condições paupérrimas de manutenção e de dignidade. À despeito de sua condição, ou talvez por desconhecimento de métodos contraceptivos, concebe um casal, que se encontra nesta condição precária, um feto que, por razões inúmeras, dependa de tratamento especializado para que seu amadurecimento ocorra regularmente. Dirigindo-se a um posto de saúde pública, onde a deficiência fora diagnosticada, descobrem os pais que por má gestão de recursos, encontram-se indisponíveis os elementos que permitiriam ao nascituro sobreviver.

Em tal situação, caberia aos responsáveis recorrerem ao Poder Judiciário, numa vara da infância e da juventude, inclusive com direito à assistência gratuita, para que, por meio de sentença, o Estado fosse coagido a oferecer o tratamento necessário e que é garantido pela legislação ora em debate.

Afastando a discussão se os cuidados são direcionados à gestante ou ao nascituro, uma vez que a lei é clara em afirmar seu foco no ente que está por



nascer, o Estatuto da Criança e do Adolescente mostrou-se uma ferramenta basilar na garantia da dignidade do nascituro.

Abrindo mão de optar pelo reconhecimento ou não da personalidade do nascituro, preocupou-se com o que tem verdadeira relevância: o incremento nas chances de nascimento com vida e a segurança para a família de que a gestante e o seu filho terão a atenção e os cuidados devidos.

2.5 O nascituro e o direito a alimentos

Questão que hoje se encontra pacificada por força de lei, outrora fora fonte de grande divergência entre a jurisprudência e a doutrina.

Antes, entendia parcela da jurisprudência que ao nascituro não assistia a titularidade de pretensão alimentícia, uma vez que a personalidade civil da pessoa só começa com o nascimento com vida.

Na doutrina, ao contrário, doutrinadores como Pontes de Miranda, Oliveira e Cruz, Silmara Chinelato e Almeida admitiam a propositura da ação de alimentos pelo nascituro. Estes militavam no sentido de que os alimentos civis eram devidos, para que o nascituro possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, visando o nascimento com vida. Com tal posicionamento concorda o Professor Venosa, afirmando que os alimentos são devidos não apenas pelo companheiro reconhecido, mas por qualquer um que tenha concebido o nascituro. Corroborando o mesmo posicionamento estavam Gagliano e Pamplona Filho:

Defendemos ainda o entendimento no sentido de que o nascituro tem direito a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria, embora não seja objeto ainda de legislação expressa, pode ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento.³⁷

³⁷ GAGLIANO, op. cit., p. 87.



2.5.1 Lei Ordinária 11.804/08: a lei dos alimentos gravídicos

A Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, a qual não passou por período de *vacatio legis* entrando em vigor na data de sua publicação, ou seja, em 06 de novembro de 2008, confere à mulher grávida o direito a alimentos, estipulando inclusive a forma como estes serão providos, dando termo à discussão doutrinária e jurisprudencial que sobre o tema persistia.

Faz-se importante ressaltar que, para que a mulher faça jus a tal verba, deverá estar condicionada a um requisito: a situação de gravidez. Muito embora tal assertiva pareça óbvia, dela se pode retirar algumas conclusões relevantes para o tema ora em foco. A primeira delas é que a verba deverá ser destinada, ao menos em tese, para os cuidados que garantam condições saudáveis ao nascituro, seu pleno desenvolvimento, que aumentem as chances de nascimento com vida e que diminuam os riscos para a saúde da mãe. Em havendo acordo sobre este ponto, é pacífico o entendimento, portanto, de que a lei de alimentos gravídicos é, em verdade, ao menos de maneira indireta, uma lei de tutela ao nascituro também. Não há que se negar que o objeto fim da lei é garantir à mulher gestante subsídios para o período de gravidez, mas, ao fazê-lo, alcança também a existência do nascituro.

Abandonando as motivações e passando ao texto da lei, ver-se-á que o segundo artigo define o que se deve entender por alimentos gravídicos:

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.

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



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011
também deverá ser dada pela mulher grávida, na
proporção dos recursos de ambos.³⁸

Assim, tem-se por alimentos gravídicos as necessidades especiais da gestante que estão relacionadas diretamente ou não à sua condição *sui generis*. O período no qual são devidos compreende todo tempo de gravidez, da concepção ao parto. Para definir, no caso concreto, o *quantum* devido, concorrerão o médico e o julgador.

A seguir, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal traz condição relevante que, quando posta na prática, demandará maior sensibilidade do magistrado para a condição dos pais. A dicção legal determina que a responsabilidade pela manutenção das despesas com a saúde da gestante e, em conseqüência, do nascituro caberá a ambos os pais, devendo cada um contribuir na medida de suas possibilidades. Eis outra situação no direito de família em que se recorre ao equilíbrio entre necessidade e possibilidade. Frise-se: a lei foi criada para que ao futuro pai caiba parte da responsabilidade pelos cuidados que o nascituro carece. Entretanto, neste ponto, reconhece o texto legal que também à mulher grávida se imporá o mesmo dever de assistência. Corroborar este entendimento o art. 6º da referida lei.

Contudo, há de se ater ao fato que a mulher, estando grávida, perde parte de sua capacidade laboral, razão pela qual, na maioria dos casos práticos, caberá ao homem, que em nada diminui em sua força de trabalho, a maior parcela.

Note-se, ademais, que o parágrafo único do artigo segundo da lei de alimentos gravídicos usa o termo “futuro pai”. De uma breve interpretação, retira-se que tal expressão permite concluir que aquele a quem se cobra alimentos ainda não é pai. Se ainda não é pai, é porque ainda não há filho, posto que ali, no útero da mulher, ainda não há pessoa. Logo, pode-se afirmar que a Lei

³⁸ BRASIL. **Lei n. 11.804, de 05 de Novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. 2008.



[Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011](#)

11.804/08 respeita a posição do Código Civil e adere à teoria natalista, reconhecendo que ao indivíduo só se reconhecerá a personalidade a partir do nascimento.

Passando adiante, merece ligeira explanação o parágrafo único do Art. 6º, o qual converte automaticamente o valor estipulado como alimento gravídico em pensão alimentícia em favor do menor, desde que este nasça com vida e que não haja pedido de revisão.

Aqui, o que se tem é uma garantia de que o menor não fique desprovido de assistência quanto às suas necessidades, impedindo que, entre o lapso temporal do nascimento e da sentença que determina a conversão do valor em pensão, fique o menor desamparado. Subsidiariamente, a lei acaba por impedir que certas demandas batam às portas do já abalroado Poder Judiciário, quais sejam, os pedidos de imposição de pensão alimentícia àqueles que, antes de nascer, receberam os alimentos gravídicos.

Por fim, registra-se que o prazo para resposta do réu será de cinco dias após a citação e que, subsidiariamente, será aplicado o Código de Processo Civil sempre que cabível.

Neste caso, não há que se falar em inconstitucionalidade, posto que o texto da lei nada mais faz que fortalecer o princípio máximo da dignidade da pessoa humana, no que tange à mulher e ao nascituro, o qual, embora ainda não tenha adquirido personalidade jurídica, clama pela tutela de tal dispositivo constitucional e dela já teve seu direito reconhecido.

2.6 O nascituro face ao artigo 5º da Lei Complementar 11.105/05

Revogadora da Lei 8.974/95, a Lei Complementar 11.105, de 24 de março de 2005, com entrada em vigor na data de sua publicação, ou seja, 28 de março de 2005, foi editada com o objetivo de complementar o texto constitucional (art. 225 e incisos), legislando sobre os organismos



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

geneticamente modificados e criando órgãos para a fiscalização dos que desenvolvam pesquisas na área de biossegurança e biotecnologia.

Em seu art. 5º, autoriza, pela primeira vez no ordenamento pátrio, a utilização de célula-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por meio de fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins terapêuticos ou de pesquisa. Anote-se que a definição de células-tronco embrionárias encontra-se no art. 3º, inciso XI, a saber: são as células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

Mas a utilização não pode se dar de qualquer maneira, devendo observar determinadas condições expressas nos incisos do art. 5º. A primeira delas é a necessidade de que o embrião seja inviável ou, e daí parte-se para a segunda condição, esteja congelado há, no mínimo, três anos, a serem contados da data da publicação da lei para os embriões já congelados ou da data do congelamento para os embriões que serão congelados no futuro. Ademais, há de se obter o consentimento dos genitores (art. 5º, parágrafo 1º), além da submissão e aprovação do projeto de pesquisa nos respectivos comitês de ética em pesquisa (art. 5º, parágrafo 2º), sob pena de detenção de um a três anos, sem prejuízo da multa (art. 24). A comercialização do material biológico de que trata este dispositivo também é vedada, sendo tipificada como crime e punida com reclusão de três a oito anos e multa de 200 a 360 dias-multa (art. 15 da Lei 9.434/97).

Neste ponto, se manifesta a Professora Maria Helena Diniz afirmando que “tal permissão, no nosso entender, viola o direito à vida e o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, consagrados constitucionalmente”³⁹. Vale lembrar que a nobre doutrinadora, como visto anteriormente, é defensora da corrente concepcionista, razão pela qual entende haver vida no nascituro ou no embrião fertilizado *in vitro*.

³⁹DINIZ, op. cit., 2008, p. 36.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

O art. 6º da mesma lei proíbe expressamente a modificação por meio de engenharia genética de embrião humano, célula germinal humana ou zigoto humano, além da clonagem de ser humano, sob pena de reclusão de um a quatro anos e multa (art.25).

Melhor conclusão ao tema não poderia dar outra pessoa que Maria Helena Diniz ao confirmar que

A ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Realmente, de Hipócrates à época atual, com as Ordens de Médicos e os Conselhos de Medicina, consagrou-se a concepção válida para toda ciência: o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade.

Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se se estiver atento à dignidade humana⁴⁰.

CONCLUSÃO

Não resta indagação sobre o conteúdo divergente, profundo e rico que o tema oferecia.

A doutrina nacional, reconhecida mundialmente pelo brilhantismo e acuracidade, ofertou lições inúmeras que não podem e não serão ignoradas. A jurisprudência, por sua vez, oferece arcabouço para que a discussão torne-se ainda mais ampla e contundente. A lei, aqui explanada em seu caráter amplo, não fica atrás, formando um todo sistemático e interligado, como não poderia deixar de ser. Cabe, pois, ao operador, fazer a interpretação de formar atenta e metodológica, tendo em mente que, dada a complexidade do tema, em algum momento um detalhe lhe escapará.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

No que concerne aos direitos do nascituro, a doutrina reconhece a teoria natalista como majoritária. Entretanto, e aí reside a complexa beleza do ordenamento pátrio, confere-se ao ente apenas concebido acesso à tutela de seus direitos de personalidade e aos seus direitos personalíssimos. É construção calcada no tempo, sob o labor do intelecto e da experiência diária. O texto constitucional, como informa a maior parte da doutrina pesquisada, estende ao nascituro também o seu olhar, como era de se esperar. O Pacto de San José da Costa Rica, ao contrário do que se imaginava no início dos trabalhos, pouca novidade acresceu à situação do não nascido no Brasil, quando analisada com o esforço devido.

Aliás, no que tange as teorias do início da personalidade do nascituro, vê-se que tanto o sistema concepcionista, como o da personalidade formal ou condicional, como o natalista *sui generis* adotado pelo Brasil atingem o mesmo fim, qual seja, a tutela do nascituro para que se maximize as chances de nascimento com vida. Neste quesito, merece aparte a lacuna que se originou em razão da doutrina pátria, aos menos a pesquisada, não fazer menção à teoria puramente concepcionista ou à teoria pré-concepcionista, conforme sugerido pela orientação desta monografia.

É evidente a assertiva de que não se logrou exaurir o tema. Deste assunto, emanariam outras muitas indagações, tais como a situação no feto anencéfalo, que mereceu e continua merecendo a atenção das ciências biológicas e jurídicas, aprofundamento na questão do estupro, suas modalidades, repercussões éticas, sociais e jurídicas, aprofundamento quanto à lei de biossegurança e biotecnologia, questionamentos à cerca do atendimento dispensado à gestante e ao nascituro na rede pública de saúde, etc.

Contudo, não era este o papel deste trabalho. O que aqui se propôs foi fazer um ligeiro intróito a um tema que assombra pelo tamanho e aproxima pela riqueza. E, neste particular, acredita-se ter logrado êxito.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 7.209, de 11 de Julho de 1984.** Reforma a parte especial do Código Penal Brasileiro e dá outras providências. 1984.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.**

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002.

_____. **Lei n. 11.105, de 24 de Março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. 2005.

_____. **Lei n. 11.804, de 05 de Novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Estado atual do Biodireito.** 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral.** 8 ed. ver. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 1: parte geral.** 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral: de acordo com o novo código civil.** 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



Caderno Virtual N° 22, v. 1 - jul-ago/2011

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – parte geral**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláuci Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.