

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

DULCENEIA MARIA MENDES SEMEDO

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**

GOIÂNIA
2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome completo da autora: **Dulceneia Maria Mendes Semedo**

Título do trabalho: **“A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA”**

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [x] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Andrea Tavares Ferreira De Assis, Professor do Magistério Superior**, em 17/02/2023, às 15:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Dulceneia Maria Mendes Semedo, Discente**, em 17/02/2023, às 16:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3539195** e o código CRC **995F72AF**.

Referência: Processo nº 23070.009102/2023-67

SEI nº 3539195

DULCENEIA MARIA MENDES SEMEDO

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**

Trabalho de curso apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Goiás, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: PROF. ANDREA TAVARES FERREIRA DE ASSIS

GOIÂNIA

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Mendes Semedo, Dulceneia Maria
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E
JURISPRUDÊNCIA [manuscrito] / Dulceneia Maria Mendes Semedo.
2023.
f.

Orientador: Prof. Andrea Tavares Ferreira De Assis; co-orientador
Denise Fonseca Félix De Sousa .
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Direito, Goiânia, 2023.
Bibliografia.
Inclui siglas, abreviaturas.

1. Nascituros. 2. Personalidade Humana. 3. Dignidade Humana .
4. Direito dos Nascituros. 5. Alimentos Gravídicos. I. De Assis, Andrea
Tavares Ferreira, orient. II. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao sétimo dia do mês de fevereiro do ano de 2023 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**”, de autoria de **Dulceneia Maria Mendes Semedo**, do curso de Direito, da Faculdade de Direito da UFG. Os trabalhos foram instalados pela orientadora, **Prof^a Ms. Andrea Tavares Ferreira de Assis** (FD/UFG), com a participação do membro da Banca Examinadora: **Prof^a Dra. Denise Fonseca Félix de Sousa** (FD/UFG). Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final de 9,5 , tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Andrea Tavares Ferreira De Assis, Professor do Magistério Superior**, em 17/02/2023, às 15:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Denise Fonseca Félix De Sousa, Professora do Magistério Superior**, em 22/02/2023, às 21:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3536906** e o código CRC **8FF8466D**.

DULCENEIA MARIA MENDES SEMEDO

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia defendida e avaliada em 07 de 02 de 2023 pela Banca examinadora constituída por:

Prof. Me. Andrea Tavares Ferreira De Assis
Presidente da Banca

Prof. Dr.^a Denise Fonseca Félix de Sousa
Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Maria Mendes e Octávio Rosa Semedo, que me ensinaram o caminho do começar, do crescer, do começar de novo, do amor, da humildade, da bondade, do bem, da sabedoria e do triunfo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor, incentivo, apoio incondicional e incomparável, por acreditarem e terem interesse em minhas escolhas apoiando-me e esforçando-se junto a mim, por me ensinar a nunca desistir e enfrentar as dificuldades para que eu pudesse suprir todas elas.

A minha irmã Gêmea, Dulcelena Semedo, pela força diária, mesmo à distância, pelo incentivo incomparável, pelas palavras de conforto quando para mim só cabia o choro, pelo amor e pelas orações.

Ao, Alexandre Antônio Monteiro Lopes, que mesmo distante nunca desistiu de me apoiar, estando do meu lado em todos os momentos de dificuldade e de glória, me incentivando, pelo suporte psicológico e pelo amor incondicional.

A minha orientadora, Professora Andrea Tavares Ferreira De Assis, pela disponibilidade e por aceitar ser minha orientadora, pelas correções e me ajudar a crescer intelectualmente.

Agradeço também, a Faculdade de Direito da UFG, seu corpo docente, direção, administração e principalmente PROFESSORES, que permitiram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, elevada pela confiança no mérito alcançado, promovendo assim o ensino superior de excelente e de extraordinária qualidade.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação acadêmica, o meu muito obrigado.

“Eu tentei 99 vezes e falhei, mas na centésima tentativa eu consegui, nunca desista de seus objetivos mesmo que esses pareçam impossíveis, a próxima tentativa pode ser a vitoriosa.”

Albert Einstein

“A verdadeira coragem é ir atrás de seu sonho mesmo quando todos dizem que ele é impossível.”

Cora Coralina

SUMÁRIO

SIGLAS E ABREVIATURAS	8
RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
1. PERSONALIDADE JURIDICA DO NASCITURO	13
1.1. TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE	13
1.2. PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA	15
2. O NASCITURO NO OREDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
2.1. QUEM É O NASCITURO	18
2.2. DIFERÊNCIA ENTRE EMBRIÃO, FETO E NASCITURO.....	19
2.3. DIREITOS DO NASCITURO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	20
3. RECONHECIMENTO DO NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO: ENTENDIMENTOS DO STJ	23
4. ALIMENTOS GRAVÍDICOS: A POSSIBILIDADE DE UMA PENSÃO DURANTE A GESTAÇÃO	27
4.1. O QUE SÃO ALIMENTOS GRAVÍDICOS	28
4.2. FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR O NASCITURO	30
CONCLUSÃO	32
REFERENCIAS	34

SIGLAS

ADN	-----	Ácido desoxirribonucleico
DNA	-----	Ácidos Nucleicos
CC	-----	Código Civil
DF	-----	Distrito Federal
OMS	-----	Organização Mundial de Saúde
STF	-----	Supremo Tribunal Federal
TJ	-----	Tribunal de Justiça
ART.	-----	Artigo
N.º	-----	Número
ECA	-----	Estatuto da Criança e do Adolescente
DPVAT	-----	Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de vias Terrestres

RESUMO

O trabalho presente, objetiva buscar um conceito de nascituro, com o propósito de esboçar o tema estudado e entender quais os direitos do nascituro a partir das teorias acerca da vida no ordenamento jurídico brasileiro. Trazer as discussões feitas pelas teorias natalista, condicional e concepcionista acerca do início da personalidade jurídica, a fim de identificar o status assumido atualmente pelo nascituro na ordem jurídica brasileira. Funda-se na superação histórica do conceito de personalidade jurídica estritamente como sinônimo do conceito de capacidade jurídica e de condição para tornar-se sujeito de direito, acrescendo-se ao seu significado, a partir da Constituição de 1988, o sentido de valor ético emanado do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Analisa-se também as jurisprudências do STJ que reconhece os nascituros como sujeitos de direito. O trabalho também analisa o tema “Alimentos Gravídicos: Um grande avanço na proteção do nascituro. Registra ainda as causas jurídicas que dão ensejo a obrigação alimentar e aponta os principais momentos históricos que influenciaram o instituto da obrigação alimentar, sendo destacada as mais relevantes características existentes até nos dias atuais. O marco inicial da vida influi diretamente na teoria da personalidade civil do homem, uma vez que, é a partir desde momento que se deve ser garantidos todas as prerrogativas inerentes ao ser humano. O nascituro possui uma importância relevante nos dias atuais, junto aos legisladores infraconstitucionais, uma vez que é objeto de medidas protetivas constantemente. Abordando então, um conjunto de elementos preliminares e basilares, inerentes ao tema, a pesquisa se direcionou no sentido de que o nascituro não é um mero possuidor de direitos em potencial, que não possui mera expectativa de direito, mais que é um ser possuidor de direitos efetivos e que a Lei dos Alimentos Gravídicos, veio a ratificar e prestigiar ainda mais a teoria concepcionista da personalidade civil.

Palavras-chave: nascituro; personalidade jurídica; dignidade humana; direito geral de Personalidade Alimentos Gravídicos

ABSTRACT

The present work aims to seek a concept of unborn child, with the purpose of outlining the studied theme and understanding the rights of the unborn child from the theories about life in the Brazilian legal system. Bring the discussions made by the natalist, conditional and conceptionist theories about the beginning of legal personality, in order to identify the status currently assumed by the unborn in the Brazilian legal system. It is based on the historical overcoming of the concept of legal personality strictly as synonymous with the concept of legal capacity and condition to become a subject of law, adding to its meaning, from the 1988 Constitution, the sense of ethical value emanating from the principle of the Dignity of the Human Person. It also analyzes the *stj* jurisprudence that recognizes the unborn as subjects of law. The work also analyzes the theme “Pregnancy Foods: A great advance in the protection of the unborn child. It also registers the legal causes that give rise to the maintenance obligation and points out the main historical moments that influenced the institute of the maintenance obligation, highlighting the most relevant characteristics that exist until the present day. The starting point of life directly influences the theory of the civil personality of man, since it is from this moment on that all the prerogatives inherent to the human being must be guaranteed. The unborn child has a relevant importance nowadays, with infra-constitutional legislators, since it is constantly subject to protective measures. Approaching, then, a set of preliminary and basic elements, inherent to the theme, the research was directed in the sense that the unborn child is not a mere possessor of potential rights, which does not have a mere expectation of a right, but is a being possessor of rights. Effective rights and that the Law of Gravidic Food, came to ratify and give even more prestige to the conceptionist theory of the civil personality.

Keywords: unborn child; legal personality; human dignity; General Right of Pregnancy Food Personality

INTRODUÇÃO

O nascituro vem cada vez mais ganhando espaço no Direito Civil Brasileiro, adquirindo ao longo do tempo não só reconhecimento dentro do ordenamento jurídico pátrio, como também personalidade jurídica e, ainda, capacidade civil. As discussões doutrinárias a respeito do nascituro, perpassam a delimitação legal do momento em que se inicia a personalidade, sendo esta entendida majoritariamente como atributo jurídico que torna o indivíduo capaz de figurar como sujeito nas relações jurídicas, adquirindo direitos e obrigações.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro há três teorias a respeito do começo da personalidade, momento em que o sujeito passa a ter direitos e deveres a ela inerentes: Teoria Natalista, Teoria da Personalidade Condicional e a Teoria Concepcionista. Como descrito no segundo artigo do Código Civil Brasileiro “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe, em seu art.º 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O termo “pessoa” utilizado de maneira distinta em cada dispositivo legal aqui mencionado e a ressalva feita na segunda parte do art. 2º quanto aos direitos do nascituro, suscitam questionamentos a respeito da possibilidade de tutela de direitos de entes não dotados de personalidade jurídica e da possibilidade de uma tutela geral da personalidade humana antes da sua conformação como elemento puramente jurídico em nosso ordenamento, afinal, em sua redação, o dispositivo não adjetiva nem discrimina os direitos daquele que está por nascer, e sequer limita ao diploma de direito privado a sua estipulação, dispondo genericamente que “a lei põe a salvo” tais direitos.

Como o objetivo é discorrer sobre os direitos do nascituro, expondo e descrevendo uma reflexão sobre o tema, faz-se necessário que seja feita uma exposição acerca das teorias existentes sobre qual seria o momento que temos o início da personalidade jurídica da pessoa humana, e como no ordenamento jurídico regulamenta a proteção da personalidade.

Como escrito acima, o início da personalidade jurídica, configuraram-se, no Brasil, três correntes doutrinárias principais acerca da aquisição da personalidade jurídica, são elas: teoria natalista, teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional. Essas correntes elaboraram suas discussões sobretudo a partir de uma concepção de personalidade jurídica vinculada aos conceitos de sujeito de direito e capacidade jurídica, bem como em torno da natureza dos direitos atribuídos ao nascituro, havendo ainda muitas discordâncias a respeito da extensão da tutela a ser

conferida a este ente de acordo com o marco inicial da personalidade. Assim, o presente trabalho objetiva trazer as discussões apontadas pelas teorias mencionadas acerca da personalidade do nascituro, a fim de identificar o status assumido por este ente em nossa ordem jurídica.

Para tanto, o trabalho iniciará com breves apontamentos acerca do surgimento e desenvolvimento do instituto da personalidade no ordenamento nacional, buscando identificar a sua atual significação e extensão no ordenamento brasileiro. Trará a conceituação de personalidade, capacidade de direito e de sujeito de direito segundo os parâmetros estabelecidos pelas disposições do Código Civil vigente, levando em consideração o entendimento doutrinário de alguns civilistas como Pontes de Miranda, Cristiano Chaves, Chinelato dentre outros.

Em seguida, será abordado, o conceito do nascituro e o seu estatuto na ordem jurídica Brasileira, abrangendo as diversas correntes majoritárias que trazem ao Direito entendimentos concernentes ao nascituro e sua personalidade jurídica, bem como capacidade civil. Será também feito neste, uma breve análise as jurisprudências do STJ que reconhece os nascituros como sujeitos de direito.

E por fim, será analisado, os direitos que o nascituro e a mulher grávida possui, de modo que a observação derradeira feita neste ponto, será atinente ao direito aos alimentos gravídicos, isto é, a importância efetiva dos Alimentos Gravídicos provocada na sociedade.

PERSONALIDADE JURIDICA DO NASCITURO

Há muitos anos, a personalidade, era um mero atributo daqueles que possuíam bens, e que eram cidadãos livres. "Fato marcante que evidenciava a ausência de personalidade daqueles que não possuíam liberdade, como exemplo os escravos que, apesar de serem seres humanos, eram tidos como objeto de propriedade, podendo ser vendidos, libertados, e até mesmo mortos".

É intensa, longa e contínuo o processo histórico de reconhecimento do ser humano como valor fundante da ordem jurídica, não só no Brasil, mas também no mundo todo. Desse processo, três teorias se formaram no âmbito acadêmico, cada qual defendido por civilistas de notório prestígio perante a comunidade jurídica.

Segundo Borghetti (2006, p.18), “essa evolução jurídica, em verdade, está diretamente ligada ao próprio posicionamento da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica, na medida em que, por sua essencialidade, a concepção de pessoa sempre foi diretamente influenciada pelos valores eleitos pelo pensamento jurídico como dignos de proteção em cada época e local. A pessoa foi continuamente reconhecida segundo o perfil adequado à respectiva conjuntura econômica, política, social, conseqüentemente jurídica; e recebeu proteção jurídica em função exclusivamente desse perfil”.

1. TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

A personalidade jurídica define a aptidão de ser sujeito e ter deveres na ordem civil, ou seja, é o atributo necessário para ser sujeito, tornando-o capaz de adquirir direitos e contrair deveres, sendo a substância essencial do indivíduo. E para explicar o início dessa personalidade, existem três teorias principais, quais sejam:

A primeira teoria é a Teoria Natalista, que entende que a personalidade civil se inicia apenas a partir do nascimento com vida, conforme expressamente prevê o artigo 2º do Código Civil Brasileiro. De acordo com a teoria natalista o nascituro é mera expectativa de pessoa, uma vez que tem mera expectativa de direito, que só será confirmada com o nascimento com vida. Isto é, para essa teoria o nascituro ainda não é pessoa, com isso não possui personalidade jurídica, mas sim, somente uma expectativa de direitos. Portanto, se não nascer com vida, as relações jurídicas que o envolvem não se concretizam, ou seja, é como se o feto nunca tivesse sido concebido. Sustentam

ainda, que a legislação elencou taxativamente quais direitos estariam assegurados ao nascituro, o que fortalece a ideia de que o feto não pode ser considerado uma pessoa. Neste sentido, afirma Semião (2000, p. 41) “Fosse ela pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade da lei decliná-los um a um.”

A segunda teoria é da Personalidade Condicional, que defende que o nascituro possui direitos desde a concepção, porém sob condição suspensiva, ou seja, caso o feto nasça com vida, os direitos do nascituro serão reconhecidos retroativamente à data da concepção. Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano (2012) sustenta que a personalidade condicional do nascituro lhe conferiria apenas os direitos personalíssimos, sem conteúdo patrimonial, como por exemplo o direito à vida ou à gestação saudável. Já os direitos patrimoniais, como a herança e até mesmo celebração de contratos, estariam sujeitos ao nascimento com vida, sob condição suspensiva. Igualmente é o entendimento de Maria Helena Diniz:

[...] na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permanecem em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá (DINIZ, 1999, p. 9).

Sendo assim, mesmo que o nascituro não tenha personalidade jurídica, a simples sinalização do ordenamento no sentido de resguardar qualquer direito que seja, implicaria na proteção do direito à vida, portanto, sem o direito à vida o nascituro não poderá usufruir de nenhum outro direito (GAGLIANO, 2012).

A terceira teoria, é a Conceptionista, que defende que a personalidade civil começa a partir da concepção, ou seja no momento da fertilização, sob o argumento de que, tendo o nascituro direitos previstos pelo ordenamento jurídico, deveria ser considerado uma pessoa, uma vez que só pessoa é sujeito de direitos. Explica Semião:

Falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de pessoa, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. “Pessoa”, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito. Dito que o nascituro tem direitos, estar-se-á, *Ipso facto*, afirmando que ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa (SEMIÃO, 2000, p. 35).

Segundo os conceptionistas, o ordenamento jurídico brasileiro dá diversas indicações de que a personalidade começa a partir da concepção, porquanto, o Direito Penal pune o aborto no capítulo de crimes contra a vida, protegendo o nascituro como se fosse um ser humano. Alegam ainda, que o nascituro pode ser representado por um curador e que o Direito Processual autoriza a posse em seu nome. O Direito de Família autoriza o reconhecimento de filhos ainda por nascer e o Direito

Sucessório prevê a doação de bens para o nascituro (SEMIÃO, 2000). Deste modo, o nascituro é considerado um ser humano desde a concepção, uma vez que o Direito o protege como se já tivesse nascido.

Portanto, de acordo com Sílvio Rodrigues, a legislação não concede personalidade ao nascituro até o seu nascimento com vida. Seus direitos, porém, são resguardados, com base no fato de que provavelmente ele nascerá com vida, uma vez que a maioria das gestações resultam no nascimento de criança viva. Segundo o autor, o ordenamento jurídico quis preservar os interesses futuros do nascituro, resguardando direitos que provavelmente serão seus. No mesmo sentido, assevera Caio Mário da Silva Pereira:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito (PEREIRA, 2002, p. 144-145).

É de extrema importância para o Direito a constatação de se a criança nasceu com vida ou não, sobretudo no campo sucessório. É possível constatar se chegou ar aos pulmões do recém-nascido, com a realização do exame denominado docimasia hidrostática de Galeno¹, que consiste na submersão dos pulmões em água. O exame é utilizado, por exemplo, numa situação em que um homem engravida uma mulher e morre antes do nascimento de seu filho. Se a criança chegou a respirar logo após a separação do corpo da mãe, mesmo que por um segundo, terá vivido, recebido a herança de seu pai e transmitido para sua genitora. Entretanto, se restar comprovado que o nascituro sequer chegou a respirar, ou seja, é natimorto, o patrimônio do homem será transmitido aos seus outros herdeiros, excluindo a mãe do natimorto. Deste modo, a realização dos exames que comprovem o contato do ar atmosférico com os pulmões do infante é fundamental em situações como a descrita acima, porquanto, a partir deste momento que se inicia a personalidade jurídica do ser humano e, conseqüentemente, o gozo de seus direitos e garantias fundamentais que antes eram resguardados apenas como hipótese, mera expectativa.

2. PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA

Personalidade, capacidade e o conceito jurídico de pessoa estão intimamente ligados, de forma que sem personalidade, não há capacidade e, portanto, não há pessoa, sujeito de direitos para

¹ A docimasia hidrostática de Galeno é um exame que consiste em verificar se a criança nasceu com vida durante o parto, morrendo logo após ou nasceu morto, portanto, se chega a respirar. 27 SEMIÃO, Sérgio Abdalla.

o ordenamento jurídico. Em nosso ordenamento, os conceitos de pessoa e de sujeito de direito não são a mesma coisa. Embora toda pessoa seja sujeito de direito, nem todo sujeito de direito é necessariamente pessoa. Nos dizeres de Monteiro (2012, p. 77) “capacidade é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa. Carlos Roberto Gonçalves corrobora com este entendimento ao afirmar:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento do mundo jurídico. Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo (GONÇALVES, 2007, p. 72).

A capacidade se divide em capacidade de direito e de fato e, como visto, pode ser conceituada como a aptidão para ser sujeito de direito e exercer os atos da vida civil. A capacidade de direito, ou de gozo, como prefere Monteiro (2012) é a inerente ao ser humano, que todas as pessoas possuem e que dela jamais podem ser privadas, assemelhando-se muito à personalidade. De diverso modo ocorre com a legitimação, que consiste no requisito para exercer determinados atos da vida civil. Mesmo tendo capacidade de gozo, pode ser que a pessoa não tenha legitimação para figurar em determinada relação jurídica, é o que ocorre com os menores.

Por sua vez, a capacidade de fato consiste na aptidão de exercer os direitos de maneira irrestrita, é a faculdade de dispor livremente dos direitos resguardados pela legislação. Ao contrário da capacidade de direito, a capacidade de fato pode ser retirada em determinadas circunstâncias, como ocorre com os pródigos, por exemplo, que perdem a capacidade de fato para alienar certos bens, porém, mantém a capacidade de direito.

Sendo assim, a capacidade de fato encontra-se vinculada a fatores objetivos como a idade e o estado de saúde. Vale lembrar que a ausência de capacidade de fato não suprime a capacidade de direito, sendo suprida pela representação. O incapaz exerce seus direitos, adquiridos com a personalidade, por meio dos representantes legais.

Por outro lado, destacasse a personalidade que em si não é um direito, mas o que apoia todos os direitos do ser humano. É o alicerce, o objeto do direito, o primeiro bem que a pessoa recebe ao nascer. Diz Pontes ser este, um direito de todo ser humano: o direito de personalidade, o que aqui, especificamente, pode ser entendido como o direito do indivíduo a ser reconhecido como pessoa, ou

seja, um direito à personalidade. Neste sentido, surgem os direitos da personalidade, que consistem no direito quase natural que a pessoa tem de defender o que lhe é próprio como a liberdade, a vida, a identidade, a honra e a reputação. Conforme ensina Maria Helena Diniz:

[...] Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e in expropriáveis. São absolutos, ou de exclusão, por serem oponíveis erga omnes, por conterem em si um dever geral de abstenção. São extrapatrimoniais por serem insuscetíveis de aferição econômica. [...] São intransmissíveis, visto que não podem ser transferidos à esfera jurídica de outrem. [...] São, em regra, indisponíveis, insuscetíveis de disposição, mas há temperamentos quanto a isso. Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social. [...] São irrenunciáveis já que não poderão ultrapassar a esfera de seu titular. São impenhoráveis e imprescritíveis, não se extinguindo nem pelo uso, nem pela inércia na pretensão de defendê-los, e são insuscetíveis de penhora (DINIZ, 2012, p. 135).

Em seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda define *Sujeito de Direito* como “[...] o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores.” (MIRANDA, 2012, p. 253-254). Por sua definição, ser sujeito de direito “[...] é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja ‘direito’.” (MIRANDA, 2012, p. 243). Dessa feita, infere-se que ser sujeito de direito não é condição exclusiva da pessoa humana ou natural, podendo o ser o condomínio, o espólio, os entes morais (sociedades, associações, fundações e etc), estes últimos dotados de personalidade distinta, havendo hoje quem defenda que o podem ser também os animais.

Enquanto isso, pessoa é o conceito com qual se alude tradicionalmente, mas não exclusivamente, à possibilidade de o indivíduo, no sistema jurídico, ser sujeito de direito. “Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito.” (MIRANDA, 2012, p. 254).

Assim, portanto, ser pessoa é fato que repercute no mundo jurídico produzindo efeito, qual seja, a possibilidade de ser sujeito de direito.

O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito existe como razão de regular e ordenar a vida do homem em sociedade e, sendo esta constituída de pessoas, seu estudo deve ser iniciado pelo conhecimento e compreensão do seu sentido e alcance. Não importa o seu conceito vulgar, que designa a pessoa como todo ser humano, mas seu conceito jurídico, de atributo conferido pelo direito que a faz capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos.

1. QUEM É O NASCITURO

O nascituro é aquele ser ou pessoa já concebida e em desenvolvimento no ventre materno. Etimologicamente o termo deriva do latim *nasciturus*, significando “aquele que está por nascer” já concebido no ventre materno (*in anima nobile*). Segundo Sousa, ao referir-se ao nascituro, ele diz que estamos diante de “um ser de natureza humana, dotado de unidade na complexidade de sua estrutura, em profunda transformação, a caminho de uma humanização plena, de que já detém os elementos potenciais [...]” (SOUSA, 1995, p. 161), de modo que, nele encontrando uma estrutura e dinâmica humanas autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe, é possível sua tutela a partir de um direito geral de personalidade. Ou seja, é aquele já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno.

O nascimento é caracterizado pela separação do feto do ventre de sua mãe, momento a partir do qual se afirma a existência de um novo ser, constituindo mãe e filho dois corpos com vida própria. O Chinelato e Almeida, e a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera como nascido vivo todo produto da concepção expulso ou extraído completamente do ventre materno, em qualquer fase da gestação, o qual, depois de separado, manifesta todos os sinais vitais, qual seja a respiração, pulsação e circulação, não importando que tenha sido ou não cortado o cordão umbilical e esteja ou não completamente separado da placenta.

É importante ressaltar que não se deve confundir a figura do nascituro com a do embrião concebido *in vitro* e não implantado, recebendo cada um desses entes tratamento específico por nossa legislação.

Nessa mesma esfera, Caio Mario define o nascituro como o “embrião que, implantado no útero, é apto a desenvolver-se ou maturar-se até o nascimento, diferentemente do embrião

excedentário, que não tem essa capacidade por si só.” (PEREIRA, 2011, p. 186). Assim, quando falamos do nascituro, referimo-nos àquele que se encontra em franco processo de desenvolvimento intrauterino, que terá continuidade natural após o seu nascimento, a não ser que causas intrínsecas, de caráter patológico ou extrínsecas ocasionadas por intervenção de outrem, venham a interromper seu ciclo de personalidade.

De outro modo, o embrião concebido *in vitro* depende inteiramente de ação de terceira pessoa para que seu ciclo de desenvolvimento tenha continuidade desde a sua fase inicial. Caso não houver implantação uterina ele será descartado ou crio preservado por tempo razoável à sua aproveitabilidade em futuras implantações, podendo, após três anos, ser destinado a pesquisas com células-tronco.

2. DIFERENÇA ENTRE EMBRIÃO, FETO E NASCITURO

O termo jurídico, nascituro, não pode ser confundido com os termos, embrião, e feto. Cientificamente, o Embrião, é o produto das primeiras modificações do óvulo fecundado, ou seja, é quando acontece a fecundação entre o material genético feminino (óvulo), e masculino (espermatozoide), determinando a união dos seus núcleos em uma única célula, (processo de fecundação), que no período de oito (8) semanas, sofre um processo de desenvolvimento, tornando em um feto. Entretanto, esta definição não pode ser aplicado como regra geral, uma vez que existe a possibilidade deste não ser implantado na forma fecundada, mas sim na forma assistida, isto é nos casos de fertilização *in vitro*².

De acordo com Cristiano Chaves de Faria, os embriões laboratoriais, isto é, embriões *in vitro*, são aqueles remanescentes de fertilização na proveta, no caso embriões excedentários³, ou que foram preparados para serem implantados em uma mulher, mas ainda não foi. Contudo, é importante ressaltar, que esses embriões, os quais não foram fecundados, não podem ser considerados como nascituro, dessa forma, os mesmos não possuem direitos.

O feto, ele representa a fase do desenvolvimento intrauterino que acontece após o segundo ou o terceiro mês de fecundação. Nessa fase, já se pode observar os braços, pernas, olhos, nariz e

² Fertilização *In Vitro*, é técnica de reprodução assistida, que consiste em fecundar óvulo e espermatozoide em ambiente laboratorial, formando embriões que serão cultivados, selecionados e transferidos ao útero da mulher. (Conselho Federal de Medicina - CFM).

³ Embriões excedentários, são embriões que não foram utilizados na fertilização *in vitro*, onde os óvulos são captados e fertilizados fora do corpo, gerando embriões que serão inseridos então no útero. (Conselho Federal de Medicina - CFM).

boca, ou seja, seus órgãos já estão formados e apresenta características distintas da espécie humana. A transição entre o período embrionário e o estágio fetal, acontece em torno da oitava semana após a fecundação.

Com isso, percebe-se que o nascituro, diferente do embrião e do feto, ele é um ser concebido, já completamente formado, e que está pronto para nascer, não podendo ser confundido com o natimorto, que é quando o ser já nasce morto.

3. DOS DIREITOS DO NASCITURO, NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A lei põe a salvo, em seu art.º 2º do Código Civil, direitos do nascituro sem lhes especificar a natureza nem indicar um lugar exclusivo para seu tratamento. Deste modo, tais direitos se encontram previstos de forma dispersa em nosso ordenamento, não se restringindo apenas às disposições do diploma privado. Com isso podemos encontrar a figura do nascituro tutelado em tratados internacionais assinados pelo Brasil, na Constituição Federal, no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estando em tramitação no Congresso Nacional o Estatuto do Nascituro.

Falar do direito do nascituro, portanto, é falar além de uma mera expectativa de direito, isto é, é falar de direitos desde a concepção. Expressamente a lei estipula que a personalidade inicia-se com o nascimento da pessoa com a vida, porém não se esqueceu de salvaguardar os direitos do nascituro, que tem proteção no sistema jurídico pátrio. Neste sentido, há um reconhecimento dos deveres da paternidade bem como dos direitos do nascituro, ainda no útero. No caso, o nascituro pode ser detentor de direitos como, direito a vida, prestações alimentícias, sua inserção na família e entre outros.

Segundo o professor Alexandre de Moraes (2000, p.61), o direito a vida é o direito mais fundamental de todos os direitos. O referido doutrinador parte do princípio de que o direito a vida é uma espécie de um pré-requisito para exercer qualquer outro direito. O direito a vida não aborda tão-somente o direito puro de continuar vivo, mas também dele decorrem outros direitos como o direito de ter uma vida digna, ou seja, aborda também a dignidade da pessoa humana. A vida de nada adiantaria se o ser humano não puder usufruir de forma digna, não seria coerente assegurar o direito a vida e permitir imposições e violações degradantes. Logo onde há direito há vida, há direito de usufruí-la de forma digna.

O devido reconhecimento da filiação é outro direito inerente ao nascituro. Não há dúvidas quanto ao reconhecimento antes mesmo do nascimento, é o que dispõe a seguinte previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.º 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

O CC prevê em seus artigos a possibilidade do reconhecimento de filiação do nascituro (art.º 1.609) do mesmo modo previsto no ECA (art.º 26, parágrafo único), o que hoje pode ser feito a partir de exames de ADN; a nomeação de curador para defesa de seus interesses (art.º 1.779); bem como protege-lhe os interesses patrimoniais permitindo se faça doação em seu favor (art.º 542) e reconhece-lhe capacidade sucessória (art.º 1.799, I). Ademais há o direito a alimentos, regulado pela Lei n. 11.804/08, do qual o nascituro é efetivamente titular, sendo a genitora sua representante legal para os atos processuais visando garantir tal direito por meio das vias judiciais.

O motivo pelo qual o pai poderia reconhecer a filiação antes mesmo do nascimento, mediante escritura pública ou testamento é justificado nas palavras de João Emanuel de Carvalho Santos (1992, p. 435):

[...] A permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer seu filho, ou de achar-se por outro qualquer motivo impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do próprio parto, sobrevivendo-lhe o filho, uma vez que seja feita mediante escritura pública ou testamento.

Desta forma a mãe ou pai poderão pleitear o reconhecimento da paternidade, em nome do nascituro. No tocante à questão probatória, as provas podem ser feitas em juízo posteriormente ao nascimento, inclusive através de exame de DNA. Há uma previsão bastante interessante ainda na legislação cível, a chamada presunção de filiação legítima (artigo 1.597), que considera concebido na constância do casamento os filhos nascidos há até 180 dias depois de estabelecido o casamento, ou até 300 dias subsequentes a dissolução do casamento por morte, desquite, ou anulação.

O Nascituro podem também, ser beneficiado por meio de doação desde o instante da concepção. De acordo com o art.º 538 do Código Civil de 2002, “a doação é o contrato em que uma pessoa por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, desde que os aceite. Ainda, segundo o art.º 542 do Código Civil “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita por seu representante legal”. Assim sendo aceito pelo representante legal do nascituro e após o ato

de liberalidade, o mesmo poderá usufruir o bem dotado. Uma suposta morte do nascituro não desfaz a doação, já que se trata de direito adquirido. (NORBIM, 2006, P.52).

O Código Civil em seu art.º 1779, diz que: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. O professor Adahyl Lourenço (1985, p.278) faz uma observação importante atinente a este tema:

[...] 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. Todavia exercem igualmente os atos jurídicos por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, “se os nascituros são representados sempre que lhes competir a 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.

Diante da impossibilidade de exercício de seus direitos, o juiz entrega a representação do nascituro a quem exerce o poder familiar, no caso o pai ou a mãe se esses forem absolutamente capazes. É através da curatela que permite a aquisição de bens em nome do nascituro ou a receber doações.

O direito de o nascituro ser alimentado, tema de grandes discussões jurídicas, sofreu fortes mudanças nos últimos anos, em razão da entrada em vigor da Lei n.º 11.804, lei está que institui os alimentos gravídicos. O reconhecimento como um ser dotado de expectativa de direitos, segundo a teoria natalista que é dominante, e as tímidas, porém existentes, decisões jurisprudências que ora concedia o direito alimentar ao nascituro eram fortemente combatidas por vários argumentos de ordem processual.

RECONHECIMENTO DO NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO: ENTENDIMENTOS DO STJ

É do nosso conhecimento que o Código Civil, em seu artigo 2º, afirma que “a personalidade começa com a vida”, nesse sentido a jurisprudência do STF, reconhece os direitos do nascituro. Por exemplo, em vários julgamentos, os tribunais afirmaram que os direitos à vida e aos cuidados pré-natais pertencem à mãe e ao nascituro. Mas não está claramente definido quais são esses direitos.

Ao falar sobre o nascituro e os direitos que o abarca, é importante ressaltar a existência de três principais teorias: a natalista, que defende a não titularização de direitos pelo nascituro, ou seja, se a personalidade jurídica do nascituro não for reconhecido pelo Código Civil, ele não pode ser titular de direitos, sendo assim ele teria apenas “mera expectativa de direitos”. A concepcionista, que como já visto, defende que a personalidade jurídica se inicia com a concepção, porém alguns direitos só poderão ser plenamente executados com o nascimento. E por último, a personalidade condicional, que também defende a personalidade jurídica, através da concepção, assegurando no entanto, o nascimento, do nascituro, com vida.

No Recurso Especial 1.415.727, o ministro Luís Felipe Salomão, afirma que é garantido ao nascituro a possibilidade de receber doação, segundo o art. 542 do Código Civil, além de uma proteção especial no atendimento pré-natal (art.º 8º do Estatuto da Criança e do adolescente). Afirmou ainda que “mesmo que se adote qualquer das outras teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante”.

Depois de reconhecer o direito de receber o seguro DPVAT⁴, á uma mulher, após sofrer aborto em decorrência de acidente de carro, o relator, ministro Luís Felipe Salomão, ressaltou que o ordenamento jurídico empenhou-se mais á teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro. Para ele, só faz sentido a garantia de “expectativas de direito” ao nascituro, se lhe for garantido também, o direito a vida e o direito de nascer, direito esse que é garantido a todos os demais.

No mesmo sentido, esse entendimento foi aplicado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 2010, no voto vencedor no REsp 1.120.676. Na sua interpretação, o ministro, afirma que “o conceito de ‘dano-morte’, como modalidade de ‘danos pessoais’, não se restringe ao

⁴ DPVAT é o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, com a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, não importando de quem seja a culpa dos acidentes. (Lei nº 6.194/74).

óbito da pessoa natural que é dotada de personalidade jurídica, mas alcança igualmente a pessoa fornada e plenamente apta à vida extrauterina, mesmo ainda não nascida, e que por uma fatalidade sua vida foi interrompida em acidente automobilístico”. Os ministros da 3ª turma, na ocasião, reconheceram que era devido sim, o pagamento do seguro DPVAT a um casal, em virtude do aborto sofrido pela mulher, quando está estava com 35 semanas de gestação. Esse seguro, por sua vez, garante que os danos pessoais sofridos por vítimas de acidentes com veículos sejam compensados, ao menos parcialmente.

A jurisprudência do STJ possibilita também ao nascituro, a indenização por danos morais, decorrente da violação da dignidade da pessoa humana, desde que, de alguma forma comprometam o desenvolvimento digno e saudável no meio intrauterino e o conseqüente nascimento com a vida, ou repercutam na vida após o nascimento.

Neste entendimento, a 4ª Turma, afastou a indenização por danos morais, aos pais de uma menina, que na época apresentava-se na condição de nascitura, após exame de ultrassonografia indicar de forma errônea que ela era portadora de síndrome de down. No REsp 1.170.239, o ministro Marco Buzzi, ressaltou que sabendo da teoria que objetiva conceituar o momento em que o indivíduo adquire a capacidade de titularizar direitos e obrigações, é certo que o nascituro, ainda que considerado como realidade distinta da pessoa natural, é igualmente titular de direitos da personalidade. Ainda com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ministro, relatou que não é toda situação jurídica que ensejará o dever de reparação, “senão aquelas das quais decorram conseqüências funestas à saúde do nascituro ou suprimam-no do convívio de seus pais ante a morte deles”.

Com base nisso, o ministro ainda relatou que, segundo o reconhecimento dos fatos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a mãe, após o recebimento do resultado do exame, na qual trazia a equivocada informação quanto à síndrome, submeteu-se a fazer, novamente o mesmo exame, na qual o resultado foi diverso. Afirmou ainda que “ não se olvida, tampouco se minimiza, o abalo psíquico que os pais suportaram em virtude de tal equívoco/ dano, contudo, que não se pode estender ao nascituro, na esteira dos procedentes desta Corte Superior”.

Portanto, para ele, “não há que falar em dano moral suportado pelo nascituro, pois dos contornos fáticos estabelecidos pelas instâncias ordinárias, sobressai claramente que tal erro não colocou em risco a gestação, e tampouco repercutiu na vida da terceira autora, no caso a filha, após seu nascimento”. Porém, quando há indenização ao nascituro, o valor devido não pode ser inferior pela condição de não ter ainda nascido, devendo ser feita uma “estimativa que guarde alguma

relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro”.

A ministra Nancy Andrighi, explicou que quando o assunto abarca as razões adotadas no arbitramento do dano moral, são levadas em consideração fatores como dolo ou culpa, situação econômica do ofensor, posição social do ofendido, e principalmente a gravidade da ofensa ou a potencialidade da lesiva do fato. Afirmou ainda, que apesar de não contabilizados, diferentemente do abalo psicológico sofrido, a gravidade da ofensa suportada pelos filhos nascidos e pelo nascituro à época do falecimento é a mesma. Em seu voto, relatou a ministra, que para dizer que a dor do nascituro é menor, seria necessário, antes, dizer que é possível medi-la.

Outro assunto já consolidado no STJ, quando se fala dos direitos do nascituro, diz respeito aos Alimentos Gravídicos, que automaticamente devem ser convertidos em pensão alimentícia, em favor do recém-nascido, sem esperar pelo pronunciamento judicial, (estabelecido pela 3ª Turma, em 2017). Conversão essa, válida até que eventualmente haja decisão em sentido contrário, em processo que se discuta a própria paternidade ou em ação de revisão da pensão.

Esse entendimento foi aplicado no recurso, onde o suposto pai defendeu a impossibilidade jurídica de pedido de execução de alimentos gravídicos diante do nascimento da criança, sendo que a obrigação alimentar decorrente da gestação, teria sido extinta, juntamente com as parcelas da pensão, até que houvesse o reconhecimento efetivado da paternidade.

Posto em análise a Lei 11.804/2008, que fala sobre o caso, o ministro relator Marco Aurélio Bellizze, explicou que os alimentos gravídicos não podem ser confundido com a pensão alimentícia, nem mesmo misturá-los, pois os alimentos gravídicos, diz respeito a própria gestante, enquanto que a pensão alimentícia, se destina diretamente ao menor.

Patrício Jorge Lobo Vieira, em seu voto, argumentou que alimentos desse tipo são compreendidos como “aqueles devidos ao nascituro e recebido pela gestante, ao longo da gravidez, reconhecendo-se assim, uma verdadeira simbiose entre os direitos da própria gestante e do próprio nascituro, antes mesmo do seu nascimento”. Contudo, segundo o ministro, o art.º 6º da referida lei é bem expresso ao afirmar que, com o nascimento da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos em pensão alimentícia, mesmo que não haja pedido específico da mãe nesse sentido. O relator ainda destacou, que “essa conversão automática, não causa violação à disposição normativa que exige indícios mínimos de paternidade para a concessão de pensão alimentícia provisória ao menor durante o trâmite da ação de investigação de paternidade. Isso

porque segundo o caput do artigo 6º da lei 11.804/2008, para a concessão dos alimentos gravídicos já é exigida antes a comprovação desses mesmos indícios da paternidade.”

Para concluir o seu voto, o ministro Marco Aurélio Bellizze, ao negar o recurso especial do suposto pai, ressaltou ainda que com a alteração dos alimentos, também será modificada a legitimidade ativa para a proposição de eventual execução. Isto é, após o nascimento o recém-nascido, passará a ser a parte legítima para requerer a execução, seja da obrigação referente aos alimentos gravídicos, seja da pensão alimentícia. Com isso o nascimento ocasionará o fenômeno da secessão processual, de maneira que o nascituro, será sucedido pelo recém-nascido.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: A POSSIBILIDADE DE UMA PENSÃO DURANTE A GESTAÇÃO

É sabido por todos que, uma alimentação adequada é o caminho para uma vida saudável. Uma correta alimentação é baseada em alimentos que possui todos os nutrientes básicos e necessários para o bom e saudável desenvolvimento do organismo, desde que está seja ingerida na quantidade adequada.

Os alimentos, se conceituam como sendo substâncias líquidas e sólidas que nutrem os seres humanos, animais e plantas. De cunho jurídico, alimento é tudo aquilo que é necessário para garantir a sobrevivência humana. Porém, há que ter muito cuidado com o que é ingerido, pois nem todos possui os nutrientes responsáveis por regular, construir ou fornecer energia.

Eles são muito importante para o organismo do ser humano, uma vez que além de fornecer energia, ele também realiza e regula o nosso metabolismo e ajuda na manutenção e crescimento do tecido do corpo. Vale ressaltar que, as funções desempenhadas por cada alimento ingerido depende dos nutrientes que este possui.

Juridicamente, com relação ao conteúdo, os alimentos são devidos aos legítimos, em virtude de uma obrigação legal, que pode decorrer de uma obrigação de parentesco, do casamento ou do companheirismo, e também voluntários, que decorre de uma declaração de vontade inter vivos, como na obrigação assumida por quem, contratualmente não tinha obrigação legal de pagar alimentos, ou “causa mortis”, manifestada em testamento sob forma de legado de alimentos (artigo 1920 do Código Civil).

Ao nascituro, os alimentos pagos, asseguram a sua própria existência, bem como uma assistência pré-natal durante todo o período gestacional necessária à sua sobrevivência. Os direitos conferidos ao nascituro está associada ao direito à vida, que no caso é tutelado pela Constituição Federal de 1988, por isso cabe ao estado preservá-lo desde a concepção. O nascituro vem adquirindo, com o tempo, reconhecimentos como de um filho já concebido, principalmente com relação às despesas que a mãe tem para manter a gestação, incluindo enxoval, despesas médicas e hospitalares, tipo de alimentação que a gestante deve seguir, bem como despesas do parto, e entre outros, já que inúmeras são as situações onde comportam a assistência econômica do pai. Normalmente esse direito é pleiteado em ação de investigação de paternidade. Tudo isso está no fundamento da proteção da personalidade, do nascituro, desde a concepção.

1. O QUE SÃO ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Analisar os alimentos gravídicos e os benefícios que atingem a gestante e o nascituro isoladamente não fará chegar a conclusão mais razoável acerca da sua importância para o devido reconhecimento do nascituro.

Os alimentos gravídicos são valores devidos pelo futuro pai, à gestante durante a gravidez (da concepção até o parto) e que se destinam a cobrir as despesas adicionais que normalmente ocorrem durante a gestação e que são dela diretamente decorrentes. Foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 11.804, de 5 de novembro de 2008⁵.

O direito a alimentos, ao nascituro, representa a garantia do próprio direito à vida, isto é os alimentos pagos ao nascituro, asseguram a sua própria existência, bem como uma necessária assistência pré-natal durante todo o período gestacional. Esses direitos estão associados de modo íntimo, ao direito à vida, tutelado pela Constituição Federal de 1988, por isso, cabe ao estado preservá-lo desde a concepção.

No Brasil, o abandono de mulheres que se encontram no estado gravídico é cada vez maior e por vezes as mesmas acabam ficando em situação de miséria, justamente na fase em que há uma maior necessidade. É sabido que o ente que se encontra na iminência do nascimento requer grandes cuidados das mais diversas naturezas. Cautelas médicas como o conhecido pré-natal, medicamentos necessários a gestante a fim de proporcionar benefícios para o nascituro, e hoje com a velocidade que a medicina pediátrica evoluiu, até mesmo certas intervenções cirúrgicas e transfusões de sangue nos casos mais extremos. Assim, o art.º 2º da Lei nº 11.804/2008, nos ensina que:

Art.º 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas 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 também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Desde modo, em circunstâncias não muito raras, o simples tratamento e zelo natural não são suficientes, e para o devido ciclo da gestação e para que o nascimento seja de forma saudável,

⁵ Lei nº 11.804/2008, é uma lei que disciplina o direito aos alimentos gravídicos, possibilitando à gestante o pleito judicial de uma pensão para custeio das despesas adicionais decorrentes da gravidez em face do suposto pai de seu filho.

torna-se necessária uma maior interferência da medicina. Assim os alimentos prestados servem não só para os cuidados básicos e indispensáveis, mas a todos os necessários para seu devido desenvolvimento. Neste sentido Pontes de Miranda (1983, p.215) entende que:

[...] a obrigação de alimentos pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que, tecnicamente, se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente fundadas em exigências de pediatria.

Assim, Pontes de Miranda não põe como legítimos para receber alimentos, apenas os que estão na iminência do nascimento, mas também o nascituro a partir da sua concepção.

Não obstante, o professor João Claudino de Oliveira e Cruz (1961, p.85), ao versar sobre o tema, esclarece que o direito de ser alimentado e tratado é o maior dos direitos, e afirma ainda que na concessão o juiz deve levar em consideração todas as despesas que se fizerem necessárias para o perfeito desenvolver do estado gravídico. Pois ao nascituro deve ser reconhecido o direito a alimentos a fim de assegurar o seu nascimento com vida.

Contudo, esses alimentos devem, portanto, satisfazer as necessidades do nascituro e neste sentido, nas palavras de Alberton (2001, p.80), deve ser reconhecido tal direito ao nascituro. É o que se entendeu o TJ (Tribunal de Justiça) do Rio Grande do Sul na seguinte decisão:

ALIMENTOS PROVISIONAIS. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. IGUALDADE DOS CÔNJUGES E ENTRE HOMENS E MULHERES. UNIÃO ESTÁVEL. NASCITURO. Hipótese em que não é exigível o prazo de cinco anos para postulação alimentar em união estável, conforme a Lei n.º 8.971/94, pois que surgiu prole, podendo-se entender como tal também o nascituro. Mulher jovem e em condições de trabalhar não pode reclamar alimentos, quer esteja casada, quer esteja em união estável (art.º 5º, inc. I, e art.º 226, § 5º, ambos da Constituição Federal). A proteção dos companheiros ou conviventes não pode se transformar em monetarização das relações amorosas. Caso em que há peculiaridade de estar grávida a mulher, com o que deve pelo menos auferir alimentos TRANSITÓRIOS. A verba alimentar pode ser fixada em salários mínimos. (Agr. Instr. Nº 596018879, 8ª Câm. Cív. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rel.: dês. Sérgio Gischkow Pereira, 20/06/96, DJE 29/07/96.)

Vê-se aqui o reconhecimento por parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que o nascituro possui necessidades particulares e o conseqüente direito alimentar. Ressalte-se que tal decisão fora proferida a mais de 12 anos antes da Lei n.º 11.804 de 2008.

No mesmo sentido, Welter (2003, p. 131), esclarece que “ o nascituro tem o direito de promover ação de alimentos contra o responsável pela gravidez, seja casada ou não com ele, podendo pedir, a título de alimentos, o necessário para o parto, incluindo enxoval e despesas médicas hospitalares”.

Deste modo, com base nos fundamentos apresentados, na jurisprudência, bem como os posicionamentos de alguns autores, convém reconhecer que o nascituro possui sim o direito de receber alimentos, sobretudo por estar pautado na garantia ao direito a vida.

2. FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR O NASCITURO

É necessário ressaltar que, na fixação do direito aos alimentos para o nascituro, o juiz deverá pesquisar qual a quantia necessária ao regular desenvolvimento da gravidez.

O artigo 1º da Lei 11.804/08, disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e não o direito a alimentos do nascituro. Porém, pode-se dizer que, apesar de os alimentos, previstos nessa lei, prestarem diretamente à gestante, o nascituro será indiretamente beneficiado. Ou seja, a lei consagra a tutela aos alimentos do nascituro por via indireta, mas ao mesmo tempo, reconhece e disciplina os alimentos gravídicos de forma ampla, e de modo a compreender todas as necessidades da gestante, indispensáveis ao surgimento da nova vida.

Ainda nessa lei, deve-se levar em consideração que não se exige prova de paternidade para a fixação dos alimentos gravídicos, basta a existência de indícios de paternidade, assim estabelece o art.º 6º, caput, onde prevê que “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”. Assim, para a fixação de alimentos gravídicos, cabe à gestante conduzir aos autos aos elementos que comprovem a existência de relacionamento amoroso com o suposto pai. São eles: fotografias, cartões, cartas de amor, mensagens em redes sociais, entre outros. É possível ainda a designação de audiência de justificação, para oitiva de testemunhas acerca do relacionamento mantido pelas partes.

Ressalta-se ainda que as necessidades da gestante e do nascituro não podem ser “separadas”, por razões biológicas, bem como são presumidas, em virtude do estado peculiar em que se encontra uma mulher grávida. Portanto, não há que se falar na necessidade de comprovação de “gastos específicos com a gestação”, de “efetivos dispêndios que a gestante teve ou está tendo com sua gravidez”.

Do contrário, como já enaltecido, a lei perderá aplicabilidade, especialmente para as gestantes economicamente hipossuficiente, cujas necessidades são quase sempre relacionadas às condições mínimas de subsistência dela e da criança, e que possuem sérias dificuldades para a produção da prova documental nesse sentido.

Havendo gestação, existem grandes possibilidades de que o bebê venha a nascer com vida, tornando-se um ser com capacidade jurídica. No entanto, para que a gravidez seja levada a termo, ocorrendo o nascimento com vida do bebê faz-se necessária uma série de cuidados que vão desde a alimentação da mãe, até o acompanhamento médico através de consultas e de realização de exames objetivando detetar anomalias, doenças fetais e o seu tratamento precoce, protegendo, assim, a vida do feto e de sua genitora. Considerando tais aspetos, o nascituro possui uma serie de direitos, nas exatas palavras de Cruz (1956, p.79):

[...] é sem dúvidas o de ser alimentado e tratado para poder viver; assim pode a mãe pedir alimentos para o nascituro, hipótese em que, na fixação, o juiz levará em conta as despesas em que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até o final, incluindo despesas médicas e de medicamentos.

Assim, chega-se a conclusão de que a fixação dos alimentos gravídicos se dá de forma simples, sendo dispensada inclusive a realização de audiência, que no caso, poderia estabelecer um certo atraso na fixação da verba alimentar, ou de exame que comprove a paternidade, visto que na comunidade médica, é sabido, que o exame de DNA em líquido amniótico acarreta risco ao desenvolvimento de uma gestação sadia. Por isso a lei, se encaminha no sentido de resguardar não só o patrimônio do nascituro, mas também para lhe permitir exigir alimentos garantidores de uma gestação tranquila e de um nascimento digno e com vida.

É importante ressaltar também, que segundo a Lei 11.804/08, não há previsão de indenização ao suposto pai, caso após o nascimento da criança e a realização do exame de DNA, seja demonstrado que não seja o pai do alimentado. No entanto, a doutrina, defende um entendimento de que o devedor a quem foi atribuída à paternidade de forma equivocada, pode buscar pelo ressarcimento moral ou material, caso seja demonstrado que os alimentos não lhes devem ser impostos face à ausência da condição paterna. Nesse sentido o Almeida (200, p. 55) explica que “embora os alimentos sejam irrepetíveis, em regra, pensamos que, quando a prova conclusiva afaste a paternidade de quem prestou alimentos, indevidamente, possa ele pleitear indenização, com fundamento no art.º 159 do Código Civil.”

CONCLUSÃO

Constata-se que o nascituro é uma entidade própria, distinta da gestante, e enquanto ser humano, deve ser devidamente tutelado. Tem-se, como característica no estudo do Direito, a constante busca pela classificação de seus elementos, de modo que, no que tange o nascituro, discute-se se o mesmo pode ser inserido no conceito de pessoa e de sujeito de direito. Entretanto, imperioso ressaltar que o debate sobre em que categoria o nascituro se enquadra não pode ser impedimento para o reconhecimento de seus direitos.

Os direitos do nascituro são decorrentes da sua natureza humana, sendo pré-existentes à lei que os reconheça. O Estado atribui o poder de classificar o nascituro como ser humano, seria admitir que posteriormente pudesse dizer o contrário. Assim, dos estudos realizados, observa-se a ampliação do Direito Civil, constitucional, de modo a buscar a proteção ao nascituro, resguardando, dentre outros, os direitos da personalidade, à reparação civil, a alimentos, ao reconhecimento de paternidade, à representação, à doação, à curatela, à adoção e os direitos sucessórios.

Percebe-se que capacidade de direito é antes condição de ser sujeito de direito. Desta feita, sendo por lei capaz de direitos, o nascituro poderia ser entendido como simples sujeito de direitos em nosso ordenamento, mantendo-se a integridade da teoria natalista que lhe nega o status de pessoa. Contudo isso seria equiparar o nascituro aos demais “sujeitos de direito sem personalidade” existentes em nosso sistema jurídico, ignorando-se seu conteúdo essencialmente humano, bem como ignorar a natureza dos direitos que já lhe são conferidos. Tais direitos só poderiam ser conferidos a sujeitos de direito dotados de personalidade como é entendida na nova perspectiva constitucional. A possibilidade de se titularizar direitos fundamentais que protegem a dignidade humana enquanto fundamento da República só é conferida àqueles já reconhecidos como pessoa.

O direito de personalidade do nascituro não está condicionado a uma tipificação de direitos especiais, como não o estão os direitos de personalidade de qualquer outra pessoa submetida ao nosso ordenamento dirigido pela Constituição de 88. Assim, a previsão tipificada de seus direitos de forma esparsa só vem corroborar, em verdade, a tutela geral dada pela Constituição à personalidade humana, conferindo, aliás, tratamento adequado à fase de desenvolvimento do ciclo de personalidade em que se encontra o nascituro, considerando sua unidade na complexidade de sua estrutura e conteúdo humanos.

Falando dos Alimentos Gravídicos, representam um avanço significativo na proteção do nascituro, é a afirmação plena do prestígio do direito a vida, dotado de uma relevância social muito grande.

Os Alimentos Gravídicos, antes a concessão dos direitos alimentares mostrava-se tímida, a jurisprudência indicava que eram vários os obstáculos e impedimentos de um maior reconhecimento. A própria impossibilidade de concessão frente à falta de personalidade do nascituro, era um dos maiores impedimentos. Outro argumento muito utilizado na jurisprudência é a necessidade de se comprovar inequivocamente a relação de parentesco, facilmente constatada por meio de exame de DNA, o que não pode ser feito quando o ser ainda está no ventre materno, sem gerar risco de vida ao concepto.

Mas uma vez em vigor, os Alimentos Gravídicos afastou esses empecilhos legais que impediam a plena concessão dos alimentos ao nascituro. Passou-se a reconhecer e a conceder tal direito tão plausível de forma plena, exigindo a existência de meros indícios de paternidade.

REFERENCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a alimentos. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 200.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acidente de veículo. Liquidação de sentença por arbitramento. Indenização, filho nascituro. Apelação Cível n.º 195123112. Relator: Desembargador Luiz Azambuja Ramos, Porto Alegre, 28 de Novembro de 1995. Disponível em <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=53427>. Acesso em 28 de Julho de 2010.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Início da personalidade da pessoa natural no projeto de Código Civil brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, p. 78-91, 1997.

CHINELATO, Silmara Juny A. **Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVEZ, Jones Figueiredo (coord.). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. vol. 6. São Paulo: Editora Método, 2007.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny A. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Alimentos no Direto de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 7 : responsabilidade civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. – 9 ed, rev, aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direito Civil: sucessões. – 3. ed. – SP: Saraiva, 2016.

_____. Estatuto jurídico do nascituro: **a evolução do direito brasileiro**. In: Pessoa humana e direito. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coords.). Coimbra: Almedina, 2009.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo LVIII**, 1973. Rio de janeiro: Editora Borsoi, 1973.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011 [revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/2008 (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso: 11/08/2017.

SOUSA, Rabindranath Valentino A leixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro: **Aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Editora Del Rey, 2000.

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