

# **DIREITOS DO NASCITURO: A CERCA DA EFICÁCIA DAS NORMAS**

*Ricardo Roque Santos*<sup>1</sup>

*Yan Keve Ferreira Silva*<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é trazer uma análise acerca dos direitos do nascituro. Buscando entender o que vem a ser nascituro, já que não é um termo vastamente utilizado. Além disso, se deve lembrar que há a necessidade de saber quando a começa a vida do ser humano. Em contrapartida, se deve atentar não só para o início da vida, mas também para o início da aquisição de direitos. Para tanto, é necessário estudar e investigar os preceitos que envolvem as teorias que buscam explicar os direitos do nascituro, quais sejam, teoria natalista, teoria da personalidade condicionada e teoria concepcionista. Seguindo às teorias, é necessário também a análise de qual teoria é adotada pelo Código Civil e ainda qual teoria tem sido utilizada pelos tribunais superiores. Para alcançar essas respostas, foi utilizada uma metodologia de cunho bibliográfico, com abordagem qualitativa, com análises em materiais já publicados como livros, revista, artigos científicos, internet e monografias.

Palavras-chave: Direitos do nascituro. Vida. Personalidade civil. Nascituro.

---

<sup>1</sup> Acadêmico(a) do nono período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

<sup>2</sup> Orientador, Especialista em Direito. Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o direito do nascituro buscando entender sua aplicação, visando ver eficácia das normas, a importância do tema, não é só por causa de sua polêmica, mas pela sua grande relevância no ramo do direito civil, apesar de ser um tema atrelado ao Código Civil de 2002, o mesmo encontra-se em constante atualização e ainda uma grande aplicação, aproveitando tudo isso, será tratado levantando suas implicações jurídicas.

Além disso, tomando por base que nascituro é o ser que já foi concebido, porém ainda está sendo gerado no útero da sua mãe. Sendo isto de grande relevância para o direito, pois é um ser que já goza de direitos, isto muito preocupa, pois mesmo sendo um ser não nascido este tem os seus direitos resguardados pela lei, e muitos destes direitos estão sendo violado, um deles é o direito à vida.

O termo nascituro vem do latim "*nascituru*" que significa "aquele que há de nascer". Na época dos direitos romanos já existiam leis que regiam sobre os nascituros, direito que eram protegidos desde a sua concepção. Por outro lado, o direito civil trata de forma específica sobre os direitos do nascituro, resguardando direitos a um ser que ainda não nasceu, mas que se encontram no ventre de sua mãe em constante evolução.

Outrossim, a doutrina e jurisprudência deve tratar o tema com cautela, pois estamos falando de uma gestação, a qual o bebê pode nascer com vida ou não, sendo assim, temos que entender a partir de qual momento os seus direitos se concretizam. Levando isso em consideração, se faz necessário delimitar o tema, em direito do nascituro, tentando entender como tem sido a aplicabilidade da norma.

Quando falamos do nascituro, devemos ter uma preocupação, pois estamos tratando de um ser que tem capacidade postulatória para defender seus direitos, portanto surge a seguinte indagação acerca do tema: quais são os direitos assegurados ao nascituro?

Através de tudo isso, foi possível levantar as seguintes hipóteses: I) Os direitos ao nascituro são garantidos desde sua concepção; II) O Nascituro só terá direitos após o nascimento com vida; III) O único direito reservado ao nascituro é o de nascer; IV) Os nascituros tem direitos, mas o exercício destes estão condicionados ao nascimento com vida.

Enfim se faz necessário uma maior explanação detalhada a respeito dos direitos do nascituro, para assim se buscar uma melhor compreensão. O presente projeto procura mostrar a importância tanto social, como jurídica dos direitos resguardados ao nascituro.

## **2 REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1 CONCEITO DE NASCITURO**

Nascituro, é o sujeito que já foi gerado e está passando por um processo para nascer, mas ainda se encontra no ventre materno, ou seja, ainda não nasceu. O entendimento acerca do mesmo, é que biologicamente ele já possui vida, mas juridicamente deve cumprir alguns requisitos, para ser detentor de direitos e obrigações.

Neste mesmo sentido temos Venosa:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação. (VENOSA, 2005, p. 153.)

Este termo originou-se do latim *nasciturus*, que tem o significado daquele que ainda há de nascer. Neste mesmo sentido, *Diniz* (1998, p.334), afirma que o nascituro é aquele que "há de nascer, cujos direitos à lei põe a salvo. Aquele que estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal [...]".

Seguindo este raciocínio, "nascituro é um ser que já foi concebido, mas ainda não nasceu"(TARTUCE, 2013, p.117). Neste diapasão, é uma expectativa de vida, pois pode ou não nascer vivo. Assim pode-se entender, que o nascituro depende de um direito futuro, que será seu nascimento com vida ou não.

#### **2.1.1 Quando começa a vida?**

Quando podemos afirmar cientificamente que começa a existência de vida? A ciência demonstra que para a existência de vida é indispensável a fecundação do óvulo pelos espermatozoides, dando-se então o início a vida de um novo ser, chamado pelo direito de nascituro.

Conforme Amabis e Martho, podemos entender quando se inicia a vida biológica da criança, conforme a seguir:

A fecundação ou fertilização é a fusão de um par de gametas, com formação do zigoto. Na espécie humana a fecundação ocorre no terço inicial do oviduto e, em geral, nas primeiras 24 horas após a ovulação, que é o processo de liberação do gameta feminino pelo ovário. (AMABIS e MARTHO, 2004, p. 363.)

A ciência garante que para a existência de vida é indispensável a fusão do espermatozoide com o óvulo, chamado de "fecundação" termo originado (do latim "fecundare", fertilizar). "A partir desta fecundação, fica cientificamente afirmado a existência de vida" (ALETEIA, 2013 s.p).

A partir da fecundação dar-se-á o início à vida, por isso a importância de constatar quando acontece esta fecundação, pois a partir de então um ser já está sendo gerado. Por fim, podemos perceber que do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a fecundação do espermatozoide com o ovulo, dando-se então o início da vida.

### 2.1.2 Contexto histórico dos direitos do nascituro

Em termos históricos, registra-se que a primeira demonstração de proteção ao nascituro ocorreu na Grécia antiga, na qual determinaram penalidades para os que praticassem o aborto, assegurando desta forma o direito a vida.

Rodrigues explica muito bem a história por trás do direito dos nascituros, conforme a seguir:

Na Grécia e na Roma antigas, o aborto era um recurso comum. Em uma análise de práticas sociais gregas, datada de 1922, encontra-se nada menos que 12 páginas contendo listas de preparados abortivos, instrumentos, injeções, pessários e tampões utilizados pelos médicos gregos para induzir o aborto. Consta, também, que Hipócrates aconselhava que se dessem grandes saltos, a fim de provocar o aborto. No entanto, ele preferia aconselhar a mulher para que usasse anticoncepcionais. Sócrates também era favorável a que se facilitasse o aborto sempre que a mulher o desejasse. Platão propunha que as mulheres de idade superior a 40 anos abortassem obrigatoriamente, mas era igualmente partidário de alternativa anticoncepcional. Aristóteles, finalmente, recomendava o aborto, antes que se desse a animação do feto, que segundo se considerava na época ocorria após os primeiros 60 dias da concepção. Também ele era favorável a que se desse preferência ao uso de contraceptivos. (RODRIGUES, 1984, p.17 apud APARECIDA, 2019 s.p)

Em Roma, encontra-se variados textos contraditórios, com adoções de duas teorias que são a natalista e a concepcionista, na primeira, o nascituro é analisado como algo que só sai das entranhas da mãe, sendo algo que não detém direitos, segundo sua legislação. Os defensores da segunda teoria, dizem que "aquele que se encontra no ventre materno, deve ser tratado como humano e, portanto, com direitos" (FIÚZA, 2004, p. 118 -119).

A Constituição Brasileira de 1988 foi omissa ao tratar dos direitos do nascituro, pois o artigo 5º da Constituição deve ser lido em concordância com o artigo 2º do Código Civil, atendendo os direitos essenciais ao nascituro.

Enfim, o Código Civil no artigo 2º retirou a melhor proteção ao nascituro, assim trazendo segurança aos seus direitos, aos quais estão embasados na lei e nas jurisprudências, para aquele que ainda se encontra totalmente incapaz, por estar no ventre de sua mãe.

## **2.2 TEORIAS A CERCA DO NASCITURO**

Ao lermos o código civil, no artigo 2º, se percebe que o mesmo não é específico em determinar quais são os direitos do nascituro, portanto, existem três teorias, que tentam explicar os direitos do nascituro, quais sejam, natalista, condicionada e concepcionista, as quais iremos abordar a seguir.

### **2.2.1 Teoria Natalista**

Seguindo o que ensina esta corrente, nascituro não é considerado pessoa, ou seja, já tem vidas, mas não é detentor de direitos, já que o próprio Código Civil exige que para obter a personalidade civil é imprescindível o nascimento com vida, sendo assim o nascituro tem somente mera expectativa de direitos, em simples interpretação da literalidade da lei.

Vejam o entendimento de Flavio Tartuce:

Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final. (TARTUCE, 2013 p.117-118.)

Sobre este tema, também manifestou o doutrinador Sergio Abdalla Semião:

No útero, a criança não é uma pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, (...). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. (SEMIÃO, 2000, p.89.)

Críticas surgem a respeito desta, pois para a corrente doutrinária o nascituro não é pessoa, seria ele uma coisa, uma vez que este não possui direitos. Os adeptos a esta teoria entendem que o nascituro não possui direitos, e que a personalidade jurídica se dar início a partir do nascimento com vida, seguindo àquilo que está estabelecido no Código Civil. Sendo assim, "[...] a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão que o nascituro não é pessoa, e ponto final" (TARTUCE, 2013, p.118)

Sendo assim, para esta teoria o nascituro não é considerado pessoa juridicamente, e sim uma expectativa de vida, podendo exercer todos os seus direitos após o nascimento com vida. Esta teoria traz inúmeros entendimentos contrários e até superados em diversos pontos, enfim ainda adotada por diversos doutrinadores.

### 2.2.2 Teoria da Personalidade Condicional

Nesta corrente o entendimento acerca do nascituro é que ele é uma pessoa virtual, ou seja, sua personalidade está condicionada ao nascimento com vida do embrião. Seus direitos são dependentes de uma determinada condição, ou seja, direitos eventuais que poderão ou não acontecer, que neste caso depende do nascimento com vida, do embrião. Conforme descreve Flávio Tartuce:

Teoria da personalidade que é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil. (TARTUCE, 2013, p.118)

Para a mesma teoria os direitos do nascituro ficariam a salvo desde a concepção, porém como uma "condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o nascituro vem ao mundo com vida, sua personalidade retroage à data de sua concepção". (VASCONCELOS,

2010, p. 32). Portanto, o que fica perpetrado por esta teoria vai de encontro com atual legislação, pois para eles os direitos à personalidade só passariam a existir, após o nascimento com vida, mas o Código Civil (art. 2º) deixa claro que o mesmo existe desde a concepção.

### 2.2.3 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista é de origem francesa, esta determina que o nascituro é o possuidor da personalidade civil, desde o acontecimento da sua concepção, ou seja, sem que seja necessário o nascimento com vida. Com esta teoria ele é detentor dos direitos à personalidade, desta forma todos os valores concedidos a pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, se encontram disponíveis ao nascituro, ainda em desenvolvimento uterino.

Podemos apresentar, entendimento firmado no julgamento de uma apelação pelo TJMS, *in verbis*:

Apelação cível - Ação de cobrança de seguro obrigatório - DPVAT - Preliminar - Impossibilidade jurídica do pedido - Afastada - Evento morte - Nascituro - Direito à percepção de indenização - Correção monetária a partir do evento danoso - Recurso improvido - Conforme a orientação do STJ é juridicamente possível o pedido de cobrança de seguro DPVAT, envidado pelos pais de feto, morto em acidente automobilístico. **Conforme a teoria concepcionista a personalidade inicia a partir da concepção, considerando o nascituro como pessoa, podendo contrair direitos, por possuir personalidade.** Em condenações advindas do seguro DPVAT, a incidência de correção monetária deve se dar a partir do evento danoso, visto que a função desta é recompor o valor da moeda. Recurso conhecido, com afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e improvimento quanto ao mérito. Recurso improvido.  
(TJMS - AC-Or 2011.026420-6/0000-00, 22-9-2011, Rel, Des. Ruy Celso Barbosa Florence) (**grifo nosso**)

Neste sentido Teixeira de Freitas afirma que: “as pessoas consideram-se como nascidas as pessoas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”. É de grande valia ressaltar que hoje esta é a teoria adotada por grandes doutrinadores como: Renan Lotufo, Silmara Juny A. Chinellato, Maria Helena Diniz, Pontes de Miranda, Flavio Tartuce e Rubens Limongi França entre outros renomados doutrinadores.

Segundo Maria Helena Diniz, uma das maiores defensoras desta teoria, afirma que o nascituro tem seus direitos resguardados, conforme expõe:

O embrião ou o nascituro tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter a existência e vida orgânica e biológica própria, independente da sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, o mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e o direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002, p. 113).

Como reafirmado por Diniz, o nascituro tem seus direitos resguardados desde a sua concepção, pois a partir de então esta passa a ter sua vida orgânica própria, ou seja, independentemente de sua mãe.

Por fim com base no exposto acima observa-se que a teoria concepcionista se mostra mais eficiente, em relação as demais, levando assim a maior adoção desta pelos grandes doutrinadores, defendidos e aplicados em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

#### 2.2.4 Personalidade Civil

Àquilo que está positivado no artigo 2º do Código Civil, qual seja, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”, deixa claro que a intenção direta do legislador, é que a pessoa adquiriu a personalidade, a partir do nascimento com vida.

Vejamos o entendimento a respeito nas palavras do nobre doutrinador Pablo Stolze, que aduz:

O seu surgimento ocorre a partir do nascimento com vida ( art.2º do CC-02 e art. 4º do CC- 16). No instante que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois. (GAGLIANO, 2012, p.114).

Por tanto podemos perceber que para o início da personalidade jurídica, podem acontecer de duas formas possíveis, nos quais são: o nascimento com vida, no qual a criança ao ser separado do corpo da mãe recebe ar nos pulmões ou pelo método artificial, procedimento chamado de docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar, ou seja, ao nascer basta apenas um suspiro para que seja considerado o seu nascimento com vida.

## 2.2.5 Teoria adotada pelo Código Civil

O Código Civil Brasileiro tem adotado a teoria Natalista, pois em seu artigo 2º, é bem claro ao dizer "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". O legislador entende que o nascituro tem direitos mais alguns deles só estão disponíveis, após o nascimento com vida, ou seja, só a quem já existe fisicamente. O nascituro tem seus direitos resguardados, porém, para ordenamento Jurídico é somente uma expectativa de vida. Vejamos o que Silvio de Salvo Venosa diz:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. (VENOSA, 2005, p. 153.)

Como vimos o Direito Civil em si não reconhece personalidade ao nascituro, porém esta situação gerou divergências doutrinárias, surgindo assim a teoria concepcionista, adotada por vários doutrinadores, esta teoria sustenta que o nascituro é pessoa humana e tem direitos resguardados na lei.

"O próprio Supremo Tribunal Federal, não tem uma opinião definida a respeito, sendo que o mesmo tem aplicado as duas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora seguindo a teoria concepcionista". (GONÇALVES, 2017, p.106). "Já o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria concepcionista, conhecendo assim o nascituro como de direito a reparação do dano moral". (GONÇALVES, 2017, p.107). Vejamos o julgado que reforça a tese da teoria adotada pelo Superior Tribunal de Justiça conforme observa-se a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.1 Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - **Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.** 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. ( BRASIL - STJ, 2010) **(grifo nosso)**

Enfim podemos perceber que o código civil brasileiro adota a teoria natalista, porém podemos perceber que decorre do texto, que o Supremo Tribunal Federal (STF), não tem uma opinião certa, pois o mesmo já fez uso das teorias natalista e da concepcionista, já o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem adotado a teoria concepcionista, que acredita que o nascituro é considerado ser humano.

### 2.3 Dos direitos do nascituro

Partindo das premissas estabelecidas, pelo Código Civil e ainda pela doutrina, vários direitos são conferidos ao nascituro, dentre eles os mais importantes, o direito à vida, e ainda o direito de receber doação ou ainda parte legítima em testamento e por fim o de ser alimentado, através dos institutos da pensão alimentícia.

### 2.4 Direito à vida

Entre os Direitos assegurados ao nascituro, com toda certeza este é o principal deles o direito à vida. Conforme a Constituição Federal no seu artigo 5º que fica estabelecido que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Como vimos o direito à vida é garantido pela constituição, sendo assim cabe ao Estado assegurar esse direito à todos para que possam prosseguir com suas vidas.

Mas conforme Alexandre de Moraes esta condição não está imposta somente a nós que já nascemos vivos, mas também aos nascituros, ensinando que “A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.” (MORAES, 2004, p. 66).

Mais uma vez afirma que o nascituro também é detentor deste direito. Não cabe somente ao Estado assegurar ao nascituro o direito à vida, mas também a própria genitora, deve proteger o nascituro. Cabe à genitora não atentar contra o nascituro, de maneira que venha acabar com a vida, que se desenvolve em seu útero.

O código Penal visando proteger a vida do nascituro, prevê nos artigos 121 à 127 os crimes contra à vida, dentre eles, inserido o aborto nos artigos 124 à 127. Neste caso, o

legislador visou punir àqueles que atentam contra a vida do feto, visando punir desde àquele que pratica o verbo (aborto), até àquele que auxilia.

Nestes termos, o direito à vida é de suma importância, seja este nascido ou concebido não importa nem mesmo a teoria adotada, mas que esse direito cabe ao nascituro.

Vejamos também um julgado do STJ.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT. VÍTIMA GESTANTE. ÓBITO DO FETO EM DECORRÊNCIA DE LESÕES SOFRIDAS PELA MÃE POR OCASIÃO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. LEGITIMIDADE ATIVA DE AMBOS OS GENITORES. NÃO COMPROVADA A FILIAÇÃO EXCLUSIVA DA MÃE. CONCESSÃO DA INDENIZAÇÃO LIMITADA À COTA-PARTE DEVIDA À GENITORA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 51 DO TJGO. MAJORAÇÃO EM GRAU RECURSAL. 1. À luz da uníssona jurisprudência, bem como em conformidade com a Lei nº 6.194/1974 (que regulamenta o seguro obrigatório), ainda que a personalidade civil da pessoa tenha início com o nascimento com vida, o artigo 2º do Código Civil assegura os direitos do nascituro desde o momento da concepção. **Em face de tal garantia, o aborto provocado por acidente de trânsito enseja indenização pelo seguro obrigatório.** Precedentes do STJ. 2. Ambos os genitores possuem legitimidade ativa para pleitear a indenização securitária pelo decesso do feto, nos termos do retro mencionado artigo 4º da Lei nº 6.197/1974. 3. Não tendo sido juntada aos autos a Certidão de Natimorto que atesta formalmente o óbito do nascituro e registra oficialmente a sua filiação, não há como concluir que a autora seria a única genitora a reconhecer-se nesta qualidade de ascendente do bebê. Assim, não havendo a demandante se desincumbido do ônus de provar que é mãe solteira, faz ela jus ao recebimento de tão somente a sua cota-parte da indenização securitária, no valor de 50% (cinquenta por cento) do montante integral, devidamente acrescido de correção monetária pelo INPC desde o evento danoso e juros de mora desde a citação. 4. A existência de prova documental da formulação de pedido administrativo, pela autora, de pagamento do seguro DPVAT e de sua posterior denegação, bem como o simples fato de ter sido oferecida contestação nestes autos, já tornam visível a existência de pretensão resistida, e, por conseguinte, também do interesse de agir. 5. Nos termos do enunciado da Súmula nº 51/TJGO, em ação de cobrança do seguro DPVAT, mesmo que o valor da condenação seja inferior ao vindicado na inicial, deve o ônus sucumbencial recair sobre a parte requerida (seguradora), não havendo sucumbência recíproca em tal hipótese. 6. Dada a sucumbência da seguradora também em sede recursal, deve a verba honorária ser majorada, nos moldes do artigo 85, § 11, do CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJ-GO - Apelação Cível (CPC): 02979985920178090006, Relator: ALAN SEBASTIÃO DE SENA CONCEIÇÃO, Data de Julgamento: 22/03/2019, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 22/03/2019)

Conforme o julgado do Supremo Tribunal de Justiça decidiu que é justo o pagamento do seguro obrigatório (DPVAT), para a mãe que estava gestante e por causa do acidente automobilístico, ocorreu o aborto. Outrossim, era se havia possibilidade da mãe receber o seguro DPVAT ou não, o entendimento foi o seguinte, independentemente das teorias a ser adotada, a mera expectativa de direito abrange a garantia do direito de nascer.

Portanto, firma ainda sua decisão no art. 4º da lei nº 6.197/1974, nos quais assegura a reparação do dano no caso de morte, no sentido do art. 2º do código civil que coloca a salvo os direitos do nascituro. Com decisão da 4º turma para o pagamento do seguro obrigatório (DPVAT), podemos observar e entende que os direitos dos nascituros têm sido resguardados.

### 2.3.2 Nascituro como sujeito de direito de testamento e doação

O nascituro também tem o direito de receber bens por testamento e de ser adoção. O Código Civil retrata em seu artigo 1.798 que podem adquirir por meio de testamento as pessoas nascidas ou já concebidas. Portanto, tomando por base que o nascituro é aquele que já foi concebido, o ordenamento jurídico garante a possibilidade de em seu favor ser resguardado tal direito. Afirma também que o nascituro tem capacidade sucessória, pois já está em desenvolvimento o seu nascimento e meramente um requisito para o demais direitos disponíveis aos nascidos.

O direito à sucessão já existia ao nascituro no direito romano. Conforme afirma Semião:

“Desde o Direito Romano, porém, já se concede seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão”. (SEMIÃO, 2000, p. 94.)

Assim podemos constatar a autenticidade, do art.1.798 do Código Civil, no qual o nascituro tem a legitimidade para suceder, porém o direito de doação fica condicionado ao nascimento com vida, para efetivar o bem herdado.

Vale ressaltar que como o direito sucessório do nascituro é condicionado, ou seja, se este não nascer com vida, não haverá uma aquisição do direito se o nascituro nascer morto.

Se tratando da doação do nascituro, esta poderá ser feita por meio de escritura pública ou instrumento particular, à letra do artigo 541 do Código Civil. O nascituro tem a faculdade de receber doações segundo o artigo 542 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Como o nascituro é apenas uma expectativa da vida, o seu direito de receber a doação também é uma mera expectativa, pois para que se receba uma doação de uma propriedade será necessário um nome, domicílio, nacionalidade do indivíduo, segundo o artigo 176, § 1º, inciso 4, ou seja, caso não nasça com vida, não será detentor destas qualidades.

Entende-se que o nascituro poderá receber doações desde que seus pais aceitem, tendo e vista que a doação só se concretizará a partir do seu nascimento. Enquanto o seu nascimento não ocorrer os pais são os cuidadores do bem até o seu nascimento ocorrer.

Vale ressaltar que mesmo que o nascituro tenha respirado por um instante, e venha a falecer logo em seguida, cumpriu-se o requisito da personalidade ao nascituro sendo assim os bens doados a ele passarão aos seus acedentes. Conclui-se que o nascituro tem o direito a doações, porém, deve se observar os requisitos para que a doação de efetive, o nascimento com vida, pois não possuindo personalidade, não há como se transferir o bem imóvel.

### 2.3.3 O reconhecimento do direito à alimentos para o nascituro

Conforme a lei nº 11.804, lei de alimentos gravídicos trata sobre alimentos para a mãe gestantes. Esta lei foi sancionada para que haja um auxílio material prestado por uma pessoa à outra, para garantir suas necessidades essenciais. Garantindo assim uma dignidade da pessoa humana. Conforme o art. 2º parágrafo único desta lei este alimentos devem ser prestados pelo pai. Senão vejamos:

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 também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos. (grifo nosso)**

Como visto a os alimentos gravídicos são uma garantia de que a gestante tem para requerer do suposto pai. O direito está disposto à gestante, porém é um benefício conferido ao nascituro, pois a falta de alimentos em favor da gestante pode causar grandes danos irreparáveis ao nascituro.

A prestação econômica tem como objetivo, promover uma gestação mais tranquila a gestante, no que se refere à saúde do nascituro. O alimento gravídico cessa após o nascimento, mas logo após será convertido em peção alimentícia.

### **3 OBJETIVOS**

#### **3.1 OBJETIVO GERAL**

Demonstrar a importância dos direitos concedidos ao Nascituro, acerca das normas do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Comprovar a partir de quando se inicia a vida, com intuito de entender, quando a pessoa começa ser detentora de direitos;
- Verificar os direitos resguardados ao nascituro, buscando entender se os mesmos são meras expectativas;
- Demonstrar as teorias acerca do Nascituro, com escopo de fixar qual delas é adotada no Brasil;
- Analisar de forma individual quais são os direitos disponíveis ao nascituro, com desígnio de mostrar na pesquisa com mais detalhes quais são os principais.

### **4 METODOLOGIA**

Está pesquisa é de cunho bibliográfico, sendo que seu referencial teórico está constituído em livros, códigos, projetos, jurisprudências e sites, englobando o maior números de informações para que permita um projeto com qualidade, sobre o tema proposto. Conforme

Gil (2007, p.44) " A pesquisa bibliográfica é desenvolvida, com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos".

O presente trabalho tem-se como método dedutivo. Este método busca as confirmações para assim chegar nos fatos verídicos, dessa forma todo o trabalho tense por confiável.

O método dedutivo, de acordo com a acepção clássica, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude de sua lógica. (GIL, 2008, p. 09)

Esta pesquisa é de cunho qualitativo, sua finalidade é atingir os objetivos no conhecimento estudado. Segundo Fernandes (2001, p.48) "A qualidade só será alcançada quando se obtiver o grau máximo de excelência, que compreende a eficiência e a eficácia". Enfim, cada obra mencionada, artigos, artigos, sites e etc., faz com que a pesquisa bibliográfica seja a melhor e mais confiável, pelo método que é aplicado nesta.

## **5 ANALISES E DISCUSSÕES**

Embora o artigo 2º do Código Civil diga que "a personalidade civil começa do nascimento com vida", a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido direitos aos ainda não nascidos. Em diversas decisões, o tribunal tem afirmado que o direito à vida e à assistência pré-natal, por exemplo, são tanto da mãe quanto do nascituro. Mas não há delimitação expressa de quais são esses direitos. Assim, o tribunal costuma aplicar as três correntes doutrinárias, quais sejam, a teoria natalista adotada pelo nosso Código Civil, a teoria concepcionista que se mostra a mais eficiente em determinados casos e a teoria da personalidade condicional, a qual não é muito utilizada (Revista Consultor Jurídico, 2019).

Segundo o artigo 2º do Código Civil, a lei assegura e protege os direitos do nascituro a começar de sua concepção, entendendo-lhe direitos, chegando à teoria concepcionista ao mesmo tempo em que garante que a personalidade jurídica dar-se início a partir do nascimento com vida, ingressando-se assim na teoria natalista.

Outrossim, é que a partir do seu nascimento o feto é tratado como um ser humano, o nascituro é a pessoa que esperamos em um futuro que ainda há de ocorrer. Este é um futuro

certo, contudo isto só acontecera por força alheia a sua vontade como no caso do natimorto ou o aborto.

Maria Helena Diniz conceitua nascituro como sendo:

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ, 2008, p. 334).

Diante do exposto acima, discute-se sobre de que momento de fato se inicia a vida, sendo que existem cinco teorias que tentam responder esse questionamento. A primeira linha de pensamento defende que a vida começa a partir da fecundação, ou seja, no momento em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide. É uma das teses que possui o maior número de adeptos.

O professor Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia é um defensor desta teoria e afirma que:

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma matéria germinante. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma pessoa em potencial que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Por quê? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é, amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo” (FONTELLES, 2005).

Existe também quem afirme, numa segunda corrente, que a vida se inicia quando o óvulo fecundado se fixa à parede do útero, quando este se prepara para alimenta-se. Sendo assim a partir desse momento o embrião a teria chances para-se desenvolver. Isso acontece lá pela segunda semana após a fecundação. Já terceira corrente assegura que a vida humana dar-se a partir da terceira semana de gestação, isto quando o embrião não pode mais se dividir. Já a quarta teoria diz que vida se dar início na 24ª semana de gestação, quando os pulmões do feto já estão formados e o feto tem condições de sobreviver fora da barriga da mãe. Já a quinta

teoria preserva que a vida humana dar-se início a partir das primeiras terminações nervosas isto na segunda semana de gestação.

Apesar de tantas opiniões a cerca das teorias, não existe um ponto certo para quando surgi à vida, a mais conveniente dar-se inicio partir da fecundação do espermatozoide com o óvulo assim considerado o inicio à vida.

Com base nos ensinamentos de Verônica, o direito a ser representado é conferido para os filhos já nascidos com vida, mas também aos nascituros. A dimensão do artigo 1779 do Código Civil de 2002, se dirige as tratativas de que haverá o direito de curatela ao nascituro nos casos que falecer o pai, e ainda a genitora não estiver em possibilidade de exercer o direito de família (LOPOMO, 2018).

Adiante, Verônica ainda confere quanto ao direito do nascituro figurar em meio a lide, todavia, se dando pela figura de seu representante legal, pleiteando assim, os direitos a alimentos, afirmação para reconhecer o filho nascituro, vez em que a lei confere ao pai a possibilidade de reconhecimento do filho anteriormente ao seu nascimento. Ainda, vemos que o nascituro também goza do direito de recebimento de doação, vez que a ele é conferida a capacidade sucessória, tendo em vista sua vida já está em desenvolvimento, ou seja, o nascimento seria somente um pré-requisito para receber os direitos de pessoas nascidas com vida. (LOPOMO, 2018).

Portanto, se percebe que o nascituro é coberto de direitos desde a sua concepção, porém essa concretização fica resguardada, para o nascimento com vida e dentre esses direitos, o principal deles, que é o direito à vida, e outros que auxiliam a concretização deste, a título de exemplo, o direito a alimentos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto neste trabalho, em nenhum momento com intenção de esgotar o conteúdo, conclui-se que, por ser um tema de grande relevância, o nascituro se destaca no ordenamento jurídico brasileiro, pela simples vontade do legislador de dar “atenção”, apesar do fato de que este ainda não tenha nascido nosso ordenamento trata sobre o assunto e garante a estes direitos.

Através da presente pesquisa, foi possível compreender que nascituro, é aquele que já foi concebido, porém ainda irá nascer, onde muitos doutrinadores entendem que este, ainda é uma mera expectativa de vida.

Biologicamente falando a vida começa a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo, fenômeno chamado pela medicina de fecundação, onde os cientistas garantem que desde então já existe vida no útero da mãe.

No entanto, o Código Civil é claro, quando afirma as questões referentes ao início da sua capacidade de adquirir direitos, ficando condicionado a uma causa, chamado nascimento com vida. Por intermédio disso, surgem as teorias tentando explicar a partir de quando o nascituro adquire direitos, sendo assim, o Código Civil no seu artigo 2º deixa claro que adotou-se a teoria natalista, a qual em resumo garante que adquire a personalidade civil àquele que nasce com vida, nestes termos só a partir daí começa a ter direitos.

Não menos importante, a teoria concepcionista, que não é adotada pelo Código Civil, mas pela doutrina e se pode perceber em algumas situações a jurisprudência vem externando sua tendência a aplica-la, pois esta, apesar de entender que os direitos só podem ser exercidos após o nascimento com vida, entende ainda que pode ser resguardado, para que seja exercido após o nascimento.

A terceira teoria, não é utilizada em nosso ordenamento, que se chama da personalidade condicionada, onde está, deixa claro que há a possibilidade de ter uma personalidade mitigada, pois seus apoiadores entendem, que a partir da concepção já existe personalidade, porém sob uma condição, que irá acontecer no futuro, qual seja, a de nascer com vida, assim sendo, a personalidade retroage à data da concepção.

Ante todo o exposto evidente que o nascituro tem direitos e cada vez mais vem ganhado o seu espaço, e com isso seus direitos cada vez mais resguardados como direito de ser sujeito de direito em testamento e doação e o direito à alimentos para o nascituro. Inclusive, a Lei Penal protege o nascituro intituando com crime contra a pessoa o aborto.

Foi possível analisar através de jurisprudência do STJ, onde foi conferido o pagamento de indenização do valor devido àquele que morreu em acidente automobilístico, mostrando assim, que o nascituro tem vida, por mais que ainda esteja no feto, neste caso, se percebe que tal norma tem eficácia, deixando claro o seu direito de nascer.

Por fim, é possível perceber que os direitos do nascituro, que estão mencionados no nosso ordenamento jurídico, estão sendo reconhecidos e aplicados na prática em nosso

cotidiano. Por óbvio, não são garantidos os mesmos direitos conferidos à uma pessoa após o nascimento com vida, mas ainda que pouco os seus direitos previstos em nosso ordenamento, sua aplicabilidade tem sido real em nosso meio.

## RIGHTS OF BIRTH: THE FENCE OF STANDARDS EFFECTIVENES

### **ABSTRACT**

The objective of this work is to bring an analysis about the rights of the unborn child. Seeking to understand what comes to be unborn, since it is not a term widely used. In addition, it must be remembered that there is a need to know when human life begins. On the other hand, attention should be paid not only to the beginning of life, but also to the beginning of the acquisition of rights. Therefore, it is necessary to study and investigate the precepts that involve the theories that seek to explain the rights of the unborn child, namely, natalist theory, conditioned personality theory and conceptionist theory. Following the theories, it is also necessary to analyze which theory is adopted by the Civil Code and which theory has been used by the higher courts. To achieve these answers, a bibliographic methodology was used, with a qualitative approach, with analyzes on materials already published such as books, magazines, scientific articles, internet and monographs.

**Keywords:** Rights of the unborn child. Life. Civilian personality. Unborn.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Guilherme Menezes. *Direito do nascituro: Conceitos: nascituro, embrião excendentário e feto*. Jus.com.br, Brasil, ano 2016, maio de 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48678/direito-do-nascituro>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- ALETEIA. *Quando começa a vida humana, segundo a ciência?* 2013. Não paginado Disponível em: <https://pt.aleteia.org/2013/01/24/quando-comeca-a-vida-humana-segundo-a-ciencia/>. Acesso em: 07 jun. 2020.
- AMABIS, José Mariano; *MARTHO Gilberto Rodrigues*. Biologia. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Turma decide pelo direito dos pais em receber indenização do seguro DPVAT por morte do feto*. Jusbrasil, Brasil, ano 2018, 14 jul. 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/noticias/589542960/turma-decide-pelo-direito-dos-pais-em-receber-indenizacao-do-seguro-dpvat-por-morte-do-feto?ref=feed>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Código Civil, Brasil, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 7 jun. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 3v. Curso de direito civil brasileiro. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 2ª Ed.:São Paulo, Saraiva, 2002.
- FERNANDES, *Técnicas de estudo e pesquisa / José Fernandes*. - 3ª edição, Goiânia: Kelps, 2001.
- FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. - 8. ed. rev., atual e ampla. - Belo Horizonte, Del Rey, 2004
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, vol. 1: *parte geral*.14. ed. rev., atual e ampla. - São Paulo: Saraiva, 2012.
- GIL, *Como elaborar projetos de pesquisa / Antônio Carlos Gil*. - 4. ed. -10. reimpr. São Paulo: Atlas 2007.
- \_\_\_\_\_, *Métodos e técnicas de pesquisa social / Antonio Carlos Gil*. - ed. - São Paulo : Atlas 2008.
- GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves*. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPOMO, Veronica Stefany Genadopoulos. *Direitos do nascituro: Explicação de conceitos, opiniões doutrinárias e teorias que regulam o assunto..* Jus.com.br, Brasil, ano 2018, 7 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65089/direitos-do-nascituro>. Acesso em: 7 jun. 2020.

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto. *Dos direitos do nascituro e do embrião no Direito Brasileiro*. Jusbrasil, Brasil, ano 2016. Disponível em: <https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 7 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, Edênia. *Da personalidade jurídica do nascituro*. Jusbrasil, Brasil, ano 2015, março de 2015. Disponível em: <https://edenianevesadv.jusbrasil.com.br/artigos/185582197/da-personalidade-juridica-do-nascituro>. Acesso em: 7 jun. 2020.

PEREIRA, Cynthia Aparecida. *Direitos do nascituro: Uma breve consideração acerca dos Direitos do Nascituro*. Jus.com.br, Brasil, ano 2019, maio de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74177/direitos-do-nascituro>. Acesso em: 7 jun. 2020.

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

SIGNIFICADOS: *Significado de Nascituro*, 2020. Dicionário <https://www.significados.com.br/nascituro/%3e./Online>. Disponível em: <https://www.significados.com.br/nascituro/%3e./>. Acesso em: 7 jun. 2020.

SILVA, Juliana Simão; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. *Dos Direitos do Nascituro. Direito, Justiça e Cidadania*, Brasil, ano 2011, v. 2, n. 1, 25 set. 2011. Disponível em: [http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/juliana\\_drt\\_20111.pdf](http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf). Acesso em: 7 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Lei de Introdução e Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: método, 2013. p. 1-526.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil/ parte geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. *Direito Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.