

**A personalidade jurídica do nascituro no ordenamento jurídico pátrio contemporâneo**  
**The legal personality of the unborn child in the contemporary national legal system**

Raíssa Julie Freire Gouvêa<sup>1</sup>, Fabiana da Silva Santos<sup>2</sup>, Clarice Ribeiro Alves Caiana<sup>3</sup>, Francisco das Chagas Bezerra Neto<sup>4</sup>

v. 8/ n. 3 (2020)  
Julho/Setembro

Aceito para publicação em  
06/06/2020.

<sup>1</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. E-mail: lissagouvea@gmail.com;

<sup>2</sup>Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Itajubá. E-mail: fabiana.santositajuba@gmail.com

<sup>3</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. E-mail: clariceribeirocaiana@gmail.com

<sup>4</sup>Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. E-mail: chagasneto237@gmail.com

**Resumo**

Persiste, no âmbito jurídico hodierno, a discussão acerca dos aspectos concernentes à personalidade jurídica do nascituro, tanto em sua generalidade, quanto em suas propriedades específicas. Nesse sentido, o objetivo deste artigo foi examinar a extensão de tal personalidade quando aplicada aos nascituros, e, com isso, compreender de que modo ocorre a aquisição dessa personalidade por tais indivíduos. Para tanto, desenvolveu-se um ensaio teórico com investigação de bibliografia histórica e jurisprudencial sobre o tema, chegando-se ao resultado de que, embora o nascituro possua personalidade desde sua concepção, não é possível mencionar sua capacidade jurídica, sendo, portanto, vital a garantia e a proteção de todos os direitos a ele inerentes.

*Palavras-chave:* Nascituro, personalidade jurídica, Direito Civil.

**Abstract**

In the current legal context, the discussion about aspects concerning the legal personality of the unborn child persists, both in its generality and in its specific properties. In this sense, the aim of this article was to examine the extent of such a personality when applied to unborn children, and, with that, to understand how the acquisition of that personality occurs by such individuals. To this end, a theoretical essay was developed with investigation of historical and jurisprudential bibliography on the theme, reaching the result that, although the unborn child has personality since its conception, it is not possible to mention its legal capacity, being, therefore, vital the guarantee and protection of all inherent rights.

*Keywords:* Unborn child, legal personality, Civil Law.

## **1. Introdução**

Na contemporaneidade, um dos tópicos mais discutidos no ordenamento jurídico brasileiro consiste na conjuntura em que se encontram os direitos e a personalidade jurídica dos nascituros. A persistência de tais discussões e, principalmente, controvérsias, decorre da dificuldade de se definir quais direitos são inerentes a um ser que, em tese, ainda não nasceu. Por sua vez, dificulta-se a determinação de sua personalidade jurídica e prevalecem os conflitos doutrinários e jurisprudenciais concernentes à temática.

De fato, compreende-se que a personalidade jurídica como característica deve ser comum a todos os cidadãos vivos. O contexto conflituoso relaciona-se, então, à determinação de em que momento se inicia a vida e, por ainda não ter nascido, de que maneira o nascituro se encaixa em tal característica. Para que essa determinação ocorra de maneira efetiva, teorias como a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicionada são utilizadas. Nessa perspectiva, o presente artigo desenvolve-se a partir de um bosquejo histórico, doutrinário e jurisprudencial, relacionado à análise de tal controvérsia, compreendendo o tema do nascituro, da personalidade civil e da dignidade da pessoa humana.

Assim, tem-se como objetivo geral discorrer acerca da proteção jurídica dos nascituros, abordando suas generalidades e especificidades, visando, enfim, compreender a extensão da personalidade jurídica desses indivíduos. Para tanto, questiona-se o momento em que os direitos dos seres humanos se iniciam por meio de três objetivos específicos: compreender a conceituação da terminologia “nascituro”, bem como evolução das disposições legais concernentes à temática no viés histórico; examinar os aspectos doutrinários relativos à personalidade jurídica, especialmente na legislação brasileira; e, por fim, analisar as principais teorias utilizadas para a determinação de tal momento.

Em atendimento aos objetivos propostos, utiliza-se-á uma prodigalidade de fontes bibliográficas na combinação dos métodos de abordagem, procedimento e coleta de dados. Quanto ao primeiro, empregou-se o método dedutivo, o qual, conforme Lakatos e Marconi (1995) parte de princípios já existentes para a elaboração de conclusões lógicas. No que tange ao artigo elaborado, parte-se da conceituação da personalidade jurídica do nascituro para, enfim, averiguar as teorias a ela concernentes no ordenamento jurídico pátrio.

Concernente ao método de procedimento, aplicar-se-á o método histórico, em especial na análise da evolução das terminologias concernentes à temática, compreendendo, enfim, sua

influência no meio social contemporâneo. Por sua vez, o método de coleta de dados a ser utilizado será o bibliográfico, visto que livros, revistas, teses e artigos estarão presentes no embasamento do trabalho, bem como o documental, considerando-se a utilização da Constituição Federal e do Código Civil como fontes para o estudo.

Desse modo, organiza-se o texto em três seções além desta introdução e das considerações finais. Na seção 2, a seguir, apresentar-se-ão os aspectos relativos ao conceito de nascituros, bem como sua evolução e de sua personalidade no âmbito histórico. A seção 3, por sua vez, abordará a conceituação de personalidade jurídica. Por fim, a seção 4 investigará as teorias para a aquisição de direitos quando condizentes aos indivíduos que ainda não nasceram.

## **2. Considerações iniciais sobre o nascituro**

Em primeiro plano, convém compreender a origem e a conceituação do termo “nascituro”. Nesse diapasão, Silva (1998) menciona que tal termo originou-se do latim *nasciturus*, que é o particípio passado de *nasci*, e designa, portanto, aquele que ainda há de nascer.

Sob a perspectiva do biodireito, Pussi (2005) aduz que, em uma série de ordenamentos das ciências naturais, persiste a argumentação de que a vida humana se inicia a partir da concepção. Esse fenômeno ocorre no momento em que os gametas masculino e feminino se vinculam após o processo de nidação em que o zigoto associa-se ao endométrio, de modo a gerar um novo indivíduo cuja carga genética é própria, garantindo-lhe, enfim, a individualidade.

Diniz (2002, p. 27) contribui para o estudo da terminologia afirmando que tanto a fetologia quanto as técnicas de medicina empregadas hodiernamente também se fundamentam na ideia de que a vida é iniciada no momento da concepção, isto é:

(..) da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepitível e, com isso, cada ser humano único.

No mesmo viés, Pussi (2005, p. 54) assevera que o termo nascituro:

Quer designar assim com expressividade, o embrião [venter, embrio, foetus], que vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto [vitalis], na ordem fisiológica. Sua existência é intrauterina [pars viscerum matris], no ventre materno [in uterus], adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por

morte natural ou artificial, concretizando-se o nascimento com vida, existência independente e extra-uterina para a aquisição do atributo jurídico de pessoa.

Com efeito, nascituro é todo indivíduo que já passou pela concepção e, destarte, está para nascer ou deverá nascer (GONÇALVES, 2014). É válido mencionar, ainda, que o nascituro se diferencia dos embriões produzidos em laboratório ou pela fertilização *in vitro*, haja vista a necessidade de se estar dentro do ventre materno para ser considerado um nascituro, sendo sua existência, portanto, intrauterina. Além disso, o nascituro distingue-se da prole eventual por já ter sido *concebido*, enquanto esta última caracteriza-se como evento incerto e futuro.

Dentre os direitos básicos garantidos aos nascituros, Diniz (2002) assevera que, desde sua concepção, o embrião já está resguardado de direitos, pois é a concepção que determina a existência e, portanto, a vida biológica e orgânica própria do indivíduo. Nessa ótica, compreende-se que um dos direitos fundamentais garantidos pela legislação brasileira aos nascituros é o direito à vida, haja vista a característica criminal do aborto conforme o art. 124 do Código Penal.

Além do direito à vida, o nascituro também goza de direito a alimentos, que, de acordo com Alberton (2001, p. 75), consiste em quaisquer fatores indispensáveis para que sejam satisfeitas as necessidades biológicas, isto é, “a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como indispensável à manutenção da vida, tanto física como intelectual e moral”.

Pela observação dos aspectos supramencionados, depreende-se a ausência de divergências concernentes à determinação do conceito e extensão da terminologia *nascituro*, bem como dos direitos fundamentais que a ele devem ser assegurados. Há, então, discordância na determinação de sua personalidade jurídica, e, para uma melhor compreensão de tal divergência, convém compreender as disposições legais historicamente presentes relacionados ao nascituro.

## 2.1 O nascituro no Direito Romano

Ao mencionar os textos romanistas acerca das concepções de nascituro e à temática da personalidade jurídica, convém frisar a persistência de contradições doutrinárias. De maneira análoga, essa temática é abordada de maneiras distintas pelos doutrinadores romanistas pátrios e pelos doutrinadores romanistas estrangeiros. Em alguns textos do direito romano, dispõe-se que o nascituro não se caracteriza como homem, sendo, em vez disso, uma partícula do corpo da mãe, enquanto, em outros, depreende-se que o nascituro é como uma criança já nascida (SEMIÃO,

2000).

Quanto à capacidade jurídica desses indivíduos, Semião (2000, p. 46) assevera que as divergências também estão presentes. Em certos documentos, tal capacidade é reconhecida e, em outros, negada. Há, também, os que visualizam essa personalidade e capacidade como condicional, isto é, sua aquisição depende do nascimento bem-sucedido, sendo, portanto, a criança dotada de personalidade após o seu nascimento, estando os seus direitos assegurados se tal nascimento ocorresse de maneira viável, e negados se algum defeito fosse apresentado pelos neonatos ou cujo parto foi inviável. Nesse diapasão, o autor menciona que:

Manifesta-se assim vacilante, o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade. Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável, consoante o brocardo: “*Nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*”. Em outras ainda, considerava-se criança não viável como despida de personalidade e finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana.

Com efeito, depreende-se que o reconhecimento da pessoa física pelos romanos dependia de duas condições: o nascimento imaculável e o status, condição natural e civil, respectivamente. Para que do nascimento perfeito fossem originadas as capacidades jurídicas inerentes, a separação do feto e da genitora era imprescindível, haja vista a basilaridade de um nascimento com vida, da forma humana e da viabilidade do neonato. Caso tais características não fossem apresentadas, em especial a forma humana, o indivíduo seria considerado um monstro e, portanto, não reconhecido como pessoa (SEMIÃO, 2000).

Alves (1987) contribui para o estudo asseverando que monstros seriam quaisquer indivíduos os quais, embora gerados de uma mulher, apresentasse quaisquer semelhanças com a forma animal, em parte ou no todo, o que demonstraria *coitus cum bestia*. Além disso, o autor menciona que a característica da viabilidade tinha importância singular, haja vista seu caráter estabelecido de espaço temporal em que a possibilidade de gestação do indivíduo seria completada, bem como seu tempo de vida após o nascimento.

Por fim, convém mencionar que o direito romano considerava os nascituros como detentores de direitos ainda antes de seu nascimento com vida, sendo possível equipará-los, portanto, em determinados aspectos, aos próprios indivíduos já nascidos. Dentre os direitos básicos garantidos aos nascituros nos textos romanistas, estavam o direito à alimentos, direito à vida, direito à posse, entre outros (ALVES, 1987).

## 2.2 O nascituro no direito brasileiro

Primordialmente, convém asseverar que a legislação pátria é, desde seu surgimento, extremamente influenciada por ordenamentos estrangeiros, iniciando-se nas Ordenações do Reino de Portugal. Essas Ordenações, por sua vez, fundamentavam-se no Direito Romano, bem como no Direito Canônico e, mais posteriormente, no Germânico (BADALOTTI, 2008). O Brasil, em sua origem, foi regido pelas Ordenações Filipinas. De acordo com esses dispositivos legais, o nascituro já era considerado detentor de direitos desde sua concepção e presença no ventre materno, sendo, inclusive, reguardado como filho no caso de morte do pai. Analogamente, estavam previstas a nulidade do texto testamentário quando da morte do testador se um filho legítimo fosse advindo, bem como a proteção e posse de certos bens favoráveis ao nascituro, além de outros direitos garantidos (BADALOTTI, 2008).

Badalotti (2008) aduz, portanto, que havia uma proteção ao nascituro desde tais Ordenações, isto é, desde a origem do ordenamento jurídico brasileiro. Convém, contudo, consolidar as relações civis do ínterim, o que somente ocorreu após o surgimento do Código Civil. Desde este momento, já existiam discussões no âmbito doutrinário acerca da aquisição de personalidade jurídica, as quais persistem até os dias de hoje. Dentre os principais doutrinadores anteriores ao Código de 1916, destacam-se Teixeira de Freitas, Thomaz Nabuco e Clóvis Bevilácqua, os quais concordavam com a teoria concepcionista, a ser abordada posteriormente.

Do escólio de Freitas, por exemplo, extrai-se que a existência da pessoa natural iniciava-se pela concepção, sendo, desse modo, o nascituro passível de adquirir determinados direitos. Nabuco, em suas obras, compreende os nascituros como absolutamente incapazes. Bevilácqua, por sua vez, compreendia a origem da personalidade civil pelo momento da concepção, havendo, como condição para sua efetivação, o nascimento com vida (BADALOTTI, 2008).

Diz a Constituição Federal que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Corroborando com o acima expressado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preceitua que é “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família” (GASTALDI, 2017), em seu artigo 19.

No entanto, há casos em que o convívio para com seus genitores é nocivo ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, ou então estes os abandonam. Estas famílias são consideradas, então, disfuncionais. Ou seja, “a família que não atende as necessidades emocionais, físicas e intelectuais do menor” (MACIEL, 2015). A estes casos aplica-se a regra de exceção presente no mesmo artigo, sendo o menor inserido em outra entidade familiar, que pode ser a família substituta ou a família extensa.

Vê-se, partindo dessa perspectiva, a imagem da família extensa, na qual foi introduzida com a reforma do ECA. Depreende-se, do art. 25 do ECA, por família extensa ou ampliada, aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Trata-se de espécie de família natural, em distinção à família substituta (SOUSA,2009).

Tal arranjo configura como medida de proteção, esta sendo estabelecida pelo ECA:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

O artigo 101 da legislação supracitada, em seu inciso IX determina a colocação em família substituta. Constam, na nossa legislação, três tipos de institutos para a formação de família substituta: guarda, tutela e adoção (MACIEL, 2015).

Esta pesquisa se debruçará, no entanto, na maneira desigual que as crianças e adolescentes sob guarda e sob tutela são submetidos no ramo previdenciário, principalmente no tocante à questão da pensão por morte. Sendo a guarda prevista nos artigos 33 a 35 do ECA:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. (...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (...)

Já a tutela é prevista nos arts. 36 a 38 do ECA e nos arts. 1728 a 1766 do Código Civil. Diferentemente da guarda, a tutela extingue o poder familiar, conforme o art. 1728. Em adição o

parágrafo único do art.36 do ECA dispõe que , “o deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda” (GASTALDI, 2017). Entende-se, portanto que:

A tutela é o instituto recomendado para os casos de órfãos de pais mortos ou declarados ausentes (presunção de morte) (art. 1.728, I, c/c o art. 6º do CC) e, em casos de pais biológicos os civis decaírem do poder familiar (art. 1.728, II, c/c o art. 1.626 do CC), quando o menor de 18 anos não puder ou não quiser ser adotado (MACIEL et al, 2015, p. 265).

A questão de o infante sob guarda ser considerado dependente para fins previdenciários é amplamente legislada no país através de legislação constitucional, infraconstitucional e convenções internacionais ratificadas (GASTALDI, 2017).

### **3. Personalidade jurídica**

Para compreender a conceituação de personalidade jurídica adequadamente, é basilar compreender o significado de pessoa. Nesse âmbito, extrai-se do escólio de Venosa (2013) que o termo pessoa consiste em uma derivação de *persona*, vocábulo latino utilizado, primordialmente, na designação de máscaras utilizadas por atores e, posteriormente, perfazendo as atuações de cada um dos cidadãos no ordenamento jurídico do período.

Esse conceito se fundamentava na noção de que, assim como cada ator desempenhava um papel no teatro, cada indivíduo estaria responsável por exercer um papel na sociedade. Como consequência disso, o termo tornou-se um atributo dos seres humanos como seres sociais, identificando, assim, suas características como pertencentes aos panoramas jurídicos de seus ordenamentos sociais (VENOSA, 2013).

Acerca da personalidade, Gonçalves (2014) assevera que tal termo é a capacidade genérica de um indivíduo possuir direitos e deveres, caracterizando-se como pressuposto tanto para a inserção de uma pessoa num determinado ordenamento jurídico, quando para sua atuação. Isto é, na ordem jurídica, a personalidade é a característica que determina ser o indivíduo capaz de obter a titularidade de direitos e de obrigações, sendo, assim, um atributo imprescindível para adquirir-se a característica de sujeito de direitos.

Para participar de quaisquer relações ou negócios jurídicos, portanto, é necessário que o indivíduo seja dotado de personalidade jurídica. Quando isso ocorre, esse indivíduo torna-se um



sujeito de titularidade jurídica e pode, com sua capacidade de ação, realizar intervenção em decisões judiciais (GONÇALVES, 2014). Convém mencionar, todavia, que a existência de um determinado direito pressupõe a existência de um sujeito capaz de deter sua titularidade e apresente, assim, personalidade civil.

No mesmo diapasão, Diniz (2002) preceitua que a personalidade é um conceito fundamental para o ordenamento jurídico, uma vez que se estende a todos os indivíduos e consagra, na legislação civil e nos direitos constitucionais, as garantias de vida, igualdade e liberdade. Vinculadas diretamente à personalidade jurídica estão a capacidade jurídica e a capacidade de fato. A primeira diz respeito à medida da personalidade jurídica em si, enquanto a capacidade de fato relaciona-se à capacidade de um indivíduo exercer certa obrigação, tendo essa um atributo pessoal concernente ao indivíduo propriamente dito, ou à função laboral por ele exercida.

Sob essa ótica, Montoro (1997) aduz que persiste, na ordem jurídica pátria, um desentendimento relacionado a esses dois conceitos quando aferidos aos nascituros, isto é, para o autor, confunde-se capacidade e personalidade quando aplicadas a esses indivíduos. O doutrinador entende que a personalidade consiste na aptidão de alguém possuir titularidade de direitos, enquanto a capacidade relaciona-se à extensão dos direitos assegurados ao indivíduo. Dessa maneira, a personalidade é inerente aos indivíduos e todos os homens a possuem de mesmo modo, enquanto a capacidade jurídica é variável de indivíduo para indivíduo.

A capacidade jurídica pode ser tanto plena quanto limitada. Embora todos os seres humanos, sem distinção, recebam a capacidade de direito, a qual é conhecida como o fundamento para a aquisição de direitos, a capacidade de fato, ou seja, a idoneidade de um indivíduo para o exercício de atos reconhecidos no viés jurídico, requer alguns requisitos para ser exercida efetivamente (MONTORO, 1997).

No art. 2º do Código Civil brasileiro, dispõe-se que a personalidade civil do indivíduo inicia-se em seu nascimento com vida, entretanto, a lei salvaguarda os direitos do nascituro desde sua concepção. Esse artigo determina, portanto, que a personalidade jurídica inicia-se no nascimento, sendo os direitos daqueles que ainda estão para nascer resguardados e assegurados desde sua concepção (BRASIL, 2002). No entanto, há um impasse nesse âmbito legislativo, visto que a titularização dos direitos por parte do nascituro pode ocorrer sem que tal indivíduo possua personalidade, haja vista seu surgimento no nascimento com vida.

Considerando as controvérsias persistentes relacionadas à temática do início da personalidade jurídica, faz-se necessário pontuar as principais teorias a ela relacionadas, realizando,

portanto, uma análise com maior detalhamento concernente aos fundamentos relacionados aos princípios e à aquisição dessa personalidade.

#### **4. Aquisição de personalidade jurídica**

No intuito de explicar efetivamente a natureza da personalidade jurídica do nascituro e o momento em que tal personalidade se inicia, uma série de teorias foram desenvolvidas no âmbito doutrinário. Contudo, três são as principais doutrinas utilizadas em tal determinação, em especial na legislação brasileira: a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional, a serem aferidas a seguir.

##### **4.1 Teoria natalista**

A teoria natalista fundamenta-se pelo art. 4<sup>a</sup> do Código Civil de 1916, em que se dispõe o início da personalidade civil do homem pelo nascimento com vida, embora a lei salogue os direitos do nascituro desde sua concepção. De acordo com tal teoria, a aquisição de personalidade jurídica depende desse nascimento, isto é, não sendo pessoa viva, o nascimento possui mera ou nenhuma expectativa de direito (GONÇALVES, 2014).

Nessa perspectiva, Rodrigues (2007, p. 36) menciona que a lei não concede personalidade ao nascituro, mas condiciona tal condição ao nascimento com vida. Em vez disso, o dispositivo legal preserva, desde o momento da concepção, os interesses futuros do indivíduo, “tomando medidas para salogue os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”.

Por um longo período, essa teoria foi majoritária no ordenamento jurídico brasileiro, estando presente tanto no Código Civil de 1916, quanto no de 2002. Para seus adeptos, o nascituro possui uma expectativa de direitos, e, portanto, quando nasce com vida, adquire imediatamente a personalidade jurídica. Gonçalves (2014) adiciona, ainda, que não há necessidade de corte no cordão umbilical ou de viabilidade no nascimento do indivíduo. Se ele der o seu primeiro suspiro, mesmo que morra em seguida, chegou a ser pessoa e, portanto, foi dotado de personalidade.

A teoria também está presente na jurisprudência, como se vê:

SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEICULO (DPVAT) - AÇÃO DE COBRANÇA -  
O direito de pretensão dos autores, genitores de natimorto vítima de acidente de veículo, não está prescrito. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Natimorto não adquire nem transfere direitos. A proteção que o Código confere ao

nascituro alcançará o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura (Jornada I do STJ, enunciado nº 1) - Recurso não provido. (TJ-SP - APL: 9168597612009826 SP 9168597-61.2009.8.26.0000, Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto, Data de Julgamento: 24/02/2011, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/03/2011)

No julgamento, inferiu-se que o recurso de indenização não foi concedido aos genitores do natimorto tendo em vista o fato de que este não adquiriu personalidade civil, e, portanto, não possui direitos indenizatórios ou o direito de transferir tal indenização aos seus genitores.

#### 4.2 Teoria da personalidade condicional

Para alguns doutrinadores, essa teoria é considerada apenas um desdobramento do que é a teoria natalista. De acordo com ela, o nascimento é marco inicial para que a personalidade jurídica se origine, no entanto, o nascituro possui uma condição chamada suspensiva no que concerne aos seus direitos, isto é, o nascituro é como uma pessoa virtual, não totalmente formada, para a qual somente os direitos mais básicos, como à vida, são assegurados, enquanto outros direitos deverão ser transferidos no momento do nascimento (PUSSI, 2008).

Conforme essa teoria, o nascimento designa a consolidação dos direitos que estavam suspensos ao nascituro enquanto este ainda estava no ventre de sua genitora. Pussi (2008, p. 94) assevera, ainda, que a aquisição dos direitos subordina-se à condição de existência do feto. Se isso ocorre, ocorre também a aquisição. Se, por algum motivo, não houver o nascimento com vida, seja pela ocorrência de um aborto ou por ter o feto nascido já à óbito, não haverá nem a perda, nem a transmissão de direitos.

Além disso, mediante a teoria da personalidade condicional, o Código Civil brasileiro, em seu art. 1779, determina a nomeação de um curador para o nascituro, considerando, para essa determinação, as expectativas de vida por ele possuídas:

Quando o pai falece, estando a mulher grávida e não tendo o poder familiar, nomeia-se curador ao nascituro (art. 1779 do CC) para defender os seus interesses divergentes dos da sua mãe. A proteção do nascituro explica-se pois há nele uma personalidade condicional que surge na plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar a viver (WALD, 2011, p. 170).

#### 4.3 Teoria concepcionista

Influenciada majoritariamente pelo direito francês, a teoria concepcionista compreende a personalidade jurídica como o direito à vida e à uma gestação salutar, não havendo a transferência de direito patrimonial. A personalidade do nascituro é, para essa teoria, reconhecida independentemente de a concepção ocorrer dentro ou fora do ventre da genitora. Nessa perspectiva, Diniz (2002, p. 334), seguidora da teoria concepcionista, menciona que:

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ, 2002, p. 334).

Desse modo, para a teoria concepcionista a vida inicia-se no momento em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, isto é, a personalidade jurídica formal do nascituro surge ainda no ventre materno, não havendo, portanto, a necessidade de nascimento para que tais indivíduos sejam considerados sujeitos de direitos. A teoria não abrange, no entanto, a transferência de direitos patrimoniais, os quais só serão adquiridos com a personalidade jurídica material (DINIZ, 2002).

Na jurisprudência, essa teoria já foi adotada inúmeras vezes, em especial em casos de indenização moral:

AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE

AUTOMOBILÍSTICO. 1. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio. É devido o pagamento da indenização no caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. Precedentes das Turmas Recursais. 2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71003041936, Segunda Turma)

Dessarte, embora não seja empregada pelo Código Civil, a teoria concepcionista é difundida e defendida por doutrinadores e juristas, e é, portanto, aplicada continuamente em decisões judiciais proferidas no país.

## 5. Considerações finais

Com a evolução dos dispositivos legais pátrios, uma série de garantias tornaram-se asseguradas aos indivíduos pela Constituição Federal e pelo Código Civil, proporcionando uma

maior expressividade dos direitos relativos à personalidade jurídica aos cidadãos brasileiros. No entanto, ao decorrer deste artigo observou-se que, mesmo com todo o avanço legislativo, ainda persistem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de tal personalidade quando aplicada aos nascituros.

Diante do exposto, é válido deferir que, embora os dispositivos legais vigentes proponham diferentes visões acerca da temática, a garantia dos direitos humanos e fundamentais dos nascituros não pode ser considerada fora de perigo. Além da persistência das divergências supramencionadas, a inexistência de medidas eficazes concernentes à garantia de direitos civis contribui para que prevaleça um contexto de precariedade no que tange à segurança individual, à integridade física e ao acesso à justiça.

Nessa perspectiva, é vital que haja um posicionamento tanto por parte da sociedade civil quanto por parte do Estado, visando garantir que esses indivíduos tenham sua real importância e que o Estado exerça sua função garantidora e implementadora de direitos humanos, sociais e fundamentais, com o fito de preencher todas as lacunas existentes graças às contradições entre doutrinadores e juristas.

## **Referências**

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a Alimentos. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

BADALOTTI, Damaris. A situação jurídico-global do nascituro - Parte II. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9908-9907-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9908-9907-1-PB.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2018

BRASIL. TJ-RS – RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71003041936, Segunda Turma).

BRASIL. TJ-SP - APL: 9168597612009826 SP 9168597- 61.2009.8.26.0000, Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto, Data de Julgamento: 24/02/2011, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/03/2011

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil brasileiro, volume I: Teoria geral do direito civil, 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAKATOS, E. M. MARCONI, M. A. Metodologia do Trabalho Científico. Ed. Atlas, São Paulo, 1995.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

PUSSI, William Artur. Personalidade jurídica do nascituro. Curitiba: Juruá, 2005.

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

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

SILVA, De Plácido e. Vocabulo Jurídico. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos, 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.