



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

MATHEUS MIGUEL NEGRI BERMEJO

DIREITO DO NASCITURO

Assis /SP

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

BERMEJO, Matheus Miguel Negri

Direito do Nascituro/ Matheus Miguel Negri Bermejo. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011 – 44p.

Orientador: Prof. Esp. Gerson José Beneli
Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA

1. Direito do Nascituro.

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

MATHEUS MIGUEL NEGRI BERMEJO

DIRIETO DO NASCITURO

Monografia apresentada ao departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para conclusão do curso de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Gerson José Beneli e orientação geral do Professor Rubens Galdino da Silva.

Orientador: Gerson José Beneli

Analisador (1): _____

Examinador: _____

FEMA-FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS/SP

2011

Dedicatória

Dedico esta monografia para meus pais que tanto amo Marcos e Ciumara e que sem o carinho e o apoio deles não estaria onde estou hoje; para meu irmão Gabriel; para minha tia Valéria e a minha noiva Andreza.

Agradecimentos

Aos senhores professores, ao meu patrão Ecreido Enos Vilela, aos amigos e amigas de turma principalmente aos meus parceiros Gustavo, Jerônimo, Diego, Thiago Raimundo, Claudio, Cavallini, Favoni, Victor, ao meu irmão Gabriel, minha tia Valéria, minha avó Ana, e, especialmente aos meu pais Marcos e Ciumara que sempre me deram força quando precisei, para que eu chegasse até aqui.

RESUMO

Este trabalho visa levar aos senhores leitores, conhecer um pouco mais sobre um tema que é conhecido, porém, ainda não chegamos a uma conclusão, a respeito de quando o nascituro torna se um sujeito de direito.

O tema em comento possui três Teorias que são: a Concepcionista, Natalista e a Teoria Condicional. Verificaremos se a teoria utilizada pelo nosso ordenamento é possuidora de todos os parâmetros que o nascituro necessita, e se não, qual das Teorias seria mais protetora dos direitos elencados ao nascituro.

Visa abordar também, os métodos de desenvolvimento genético do nascituro, as medidas judiciais atribuídas ao mesmo e se o aborto é crime ou apenas uma maneira de não realizar uma gravidez indesejada. E por último, depararemos com algumas decisões em prol do nascituro.

Palavra-chave – Nascituro – teorias - decisões

ABSTRACT

This work aims to bring to you readers know a little more about a subject that is known, however, have not yet reached a conclusion about when the unborn child becomes a subject of law.

The theme has three theories that comment are: Concepcion, Christmas and Conditional Theory, see if the theory used by our order she is possessed of all the parameters that the unborn child needs, and if not, which of the theories would be more protective of the rights Alencar to the unborn child.

Visa also address the methods of genetic development of the unborn child, the court assigned to the same measures and abortion is a crime or just a way of not performing an unwanted pregnancy.

And finally, we come across are decisions on behalf of the unborn child.

Keyword - Unborn - theories - decisions

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DA PERSONALIDADE CIVIL.....	10
1.1 DO NASCITURO.....	11
1.2 DIREITOS DO NASCITURO.....	13
1.3 PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO.....	15
2. CONCEITO DE PERSONALIDADE.....	16
2.1 AQUISIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA.....	18
3. TEORIAS EM FACE DO NASCITURO.....	19
3.1 TEORIA CONCEPCIONISTA.....	19
3.2 TEORIA NATALISTA.....	20
3.3 TEORIA CONDICIONAL.....	22
4. PERSONALIDADE NOS DIAS DE HOJE.....	23
5. MÉTODOS DE DESENVOLVIMENTO GENÉTICO E OS DIREITOS DO NASCITURO.....	24
5.1 EMBRIONÁRIA.....	25
6. LEGITIMIDADE ATIVA DO NASCITURO.....	25
6.1 MEDIDAS JUDICIAIS ATRIBUÍDAS AO NASCITURO.....	27
6.2 DOAÇÃO AO NASCITURO.....	28
6.3 OS DIREITOS DO NASCITURO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	29
7. ABORTO.....	30
8. DECISÕES NOS TRIBUNAIS EM FACE DO NASCITURO.....	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
BIBLIOGRAFIA.....	38
ELETRÔNICOS.....	39

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é destacar um tema para o qual a nossa doutrina pouco tem se dedicado, apesar de suma importância e dos desfechos que o mesmo vem a apresentar em nosso ordenamento.

Trata-se de um tema polêmico por existir falta de um embasamento legal, cominada com uma legislação que se conflita, nos deixando com mais dúvidas sobre o assunto, com mais questionamentos e menos respostas.

Surgindo no século XIX, trouxe diferenças e posicionamentos diversos, se arrastando até os dias de hoje.

Apesar de tratar-se de um antigo tema, tenta-se atualizá-lo ao tratar das novas técnicas de concepção.

Diante do exposto quanto ao tema, estuda-se primeiro um breve histórico sobre o surgimento da personalidade civil, até os dias de hoje, inserido e estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso X. Posteriormente, será analisado o conceito de nascituro.

A partir de então, também serão abordados os direitos a ele assegurados pela própria lei, especificamente pelo nosso Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Civil, além, sobretudo, da Constituição Federal.

Será destacado também sobre o direito do nascituro diante os métodos de desenvolvimento genético.

Em seguida serão analisados os crimes contra o nascituro, em especial o aborto e o direito do nascituro sob a ótica das teorias Concepcionista, Natalista e a chamada teoria Condicional.

Seguindo o trabalho, dar-se-á um enfoque ao estudo processual sobre a legitimidade ativa do nascituro e até mesmo em seu pólo passivo verificando quanto processualmente o nascituro é capaz de ajuizar ações, previstas em nosso ordenamento jurídico.

Verificaremos também algumas decisões dos Tribunais em face do nascituro.

A conclusão do trabalho seguirá esta linha de raciocínio, tentando esclarecer a capacidade do nascituro, independentemente da existência de personalidade.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DA PERSONALIDADE CIVIL

A teoria sobre os direitos da personalidade surgiu no século XIX, ou seja, a proteção à pessoa começou a ser traçada nas antigas civilizações. Em Roma, os aspectos dessa proteção eram concedidos àqueles que eram vítimas de crimes como a difamação, a injúria e a violação de domicílio. Ao longo da história, vários foram os acontecimentos que se tratavam dos direitos da personalidade.

No Brasil, era evidente esse direito de personalidade, principalmente com as Cartas Magnas de 1934 e 1946, ao contrário do Código Civil de 1916, que não fazia qualquer referência ao tema relativo ao direito de personalidade.

Contudo, com a Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade foram tratados de forma específica, sendo tutelados e sancionados de forma que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana fosse o princípio fundamental da nossa Constituição Federal. Assim,

foram elevados a um alto patamar na sua importância, tal como previsto no art. 5º, X da Carta Magna.

“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade nos termos seguintes:

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ao contrário do Código Civil de 1916, o Código Civil brasileiro de 2002, diante dos novos paradigmas que surgiam a partir das novas relações sociais, passou a tratar dos direitos da personalidade em um capítulo distinto.

De acordo com *Gustavo Tepedino*:

[...] normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.¹

1.1. DO NASCITURO

Neste capítulo apresenta-se uma breve análise do conceito do nascituro, relacionado com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual garante pré e *perinatais*, ou seja, ao pré-natal inserto.

¹ Texto online extraído de http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_9533/artigo_sobre_o_nascituro_sujeito_de_direitos) Acesso no dia 23 de julho de 2011.

Derivado do latim *nasciturus*, ou seja, relacionado com aquele que está por nascer, em seu termo jurídico o ser humano já concebido, cujo nascimento já é dado como certo.

Aurélio Buarque de Holanda, em seu dicionário homônimo, assim define nascituro: “nascituro adj. 1. que há de nascer, 2. aquele que há de nascer. 3. o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.”

Segundo *De Plácido e Silva*

[...]derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de nasci, quer precisamente indicar aquele que há de nascer, designa aquele que está gerado ou concebido, mas apenas no ventre materno, contudo, não nasceu ainda, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.²

Embora não nascido ainda, entende-se que é aquele que se separou para que possa adquirir vida própria, do ventre materno, e por uma determinação legal é tido como nascido para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção.

Mas para que ele se torne um sujeito de direitos, nos quais são-lhes reservados é necessário que nasça com vida.

José Carlos Moreira Alves diante a doutrina jurídica entende que o nascituro é um ser que há de vir, ou seja, que ainda está para nascer, seria o feto em gestação, havendo desta forma uma controvérsia, pois, ao concluir que o nascituro é o feto em gestação, pressupõe-se que o feto seria a fase futura da gestação.

Pode-se dizer, na visão médica, que o nascituro é composto por algumas fases para a sua evolução tais quais são: zigoto, blastócito ou pré-embrião, embrião e o feto. Apesar de todas essas fases de evolução, segundo o obstetra *Dernival da Silva Brandão*, a partir do momento da fusão dos gametas, tem-se um ser humano vivo e

² Texto online extraído de (<http://geovaneviana.wordpress.com/2008/03/17/tendencias-modernas-o-nascituro-e-o-estatuto-da-criana-e-do-adolescente/>) Acesso em 25 de agosto de 2011.

completo, apenas necessitando de oxigênio e alimento para o seu desenvolvimento. Apesar de todas as controvérsias estabelecidas sobre o nascituro, sendo aquele que embora concebido ainda não nasceu, ora considerado embrião, mesmo que ainda não implantado, conforme as análises feitas, já é considerado um ser humano possuidor de genoma implantado em uma mulher, para que, no final de nove meses, possa respirar e se alimentar fora do ventre de sua mãe.

Para a autora *Silmara Chinelato e Almeida*, em sua obra *Direito de Personalidades do nascituro* :

Somente se poderá falar em nascituro quando houver a nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo o embrião na fecundação in vitro não se considera nascituro³

1.2 DIREITOS DO NASCITURO

Visto no tópico acima o conceito de nascituro, podemos entrar mais a fundo no assunto, tratando agora de seus direitos. No Código de Processo Civil, em seu artigo 878, parágrafo único, diz expressamente sobre seus direitos quando estabelece sobre sua curatela e os artigos 877 e 878, caput, diz respeito sobre a posse em nome do nascituro.

O nosso Código Civil, em seu artigo 542 trata sobre o direito à doação, artigo 1609, parágrafo único, sobre o reconhecimento da paternidade antes do nascimento do nascituro; artigo 1779 refere-se às regras de curatela; o artigo 1798, garante ao nascituro o direito de herança.

³ Texto online extraído de (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5311) Acesso em 25 de julho de 2011.

O artigo 5º da Constituição Federal pode ser interpretado como a garantia à vida do nascituro, posição que é defendida por *Alexandre de Moraes*, especialista em Direitos Constitucionais.

Mesmo estando estabelecido o direito do nascituro em vários artigos, seja ele no Código Civil, Código de Processo Civil e até mesmo em nossa Constituição, o nascituro também tem uma lei específica para ampará-lo. Em 13 de julho de 1990, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069, que assegura, por exemplo, em seu artigo 8º ao pré-natal incerto, mas principalmente assegura uma proteção integral e conseqüentemente o direito a uma tutela jurisdicional diferenciada.

Segundo a autora *Martha de Toledo Machado*, essa proteção jurisdicional ocorreu a partir do momento que a Constituição Federal criou o instrumento específico de defesa judicial, para que se possa salvaguardar os direitos às crianças e aos adolescentes.

O direito do nascituro independe de ideologias, política ou de crenças religiosas, mas de um símbolo da própria expressão da vida. Para *Dante Alighier*, escritor e político italiano, "***O direito é uma proporção real e pessoal do homem para o homem que, servindo-a, vem servir a sociedade e corrompida corrompe essa mesma sociedade***". Portanto, os direitos ao nascituro devem ser assegurados desde sua concepção e por consequência à sua mãe, para que o Estado assegure o que a lei determina. Para que seu filho venha ao mundo dentro das mais perfeitas normalidades.

Para que se torne um sujeito de direitos e obrigações, o estado não exige que o nascituro permaneça com vida, mas que tenha nascido com vida para garantia de seus direitos, para que seja comprovada o nascimento do mesmo, utiliza-se da técnica *docimasia respiratória*, colocando os pulmões do recém nascido em água em

uma temperatura de vinte graus centígrados para averiguar se eles flutuam, e caso isso ocorra comprova se o nascimento com vida, pois, o mesmo respirou.

Como se pode perceber, a lei põe a salvo desde a concepção os direitos deste nascituro, caso nasça com vida, direitos como à vida, à filiação, à integridade física, aos alimentos, à assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade dos genitores, de receber herança, de ser contemplado com doação e a ser reconhecido como filho.

1.3 PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO

A personalidade civil é o ponto no qual pode-se verificar a legitimidade do nascituro, portanto, vários pontos e divisões serão estudados para entender não só a personalidade, mas também a legitimidade de agir do nascituro.

A personalidade civil apresenta três teorias. Trata-se da teoria Concepcionista, da Natalista e da teoria da Personalidade Condicional.

A teoria Natalista, que está prevista no artigo 2º do nosso Código Civil, estabelece que só se adquire a personalidade civil o homem a partir do seu nascimento com vida. Para esta teoria, o nascituro não é considerado uma pessoa e somente tem expectativa de direito desde sua concepção, para que haja direitos juridicamente ditos. Esta teoria é defendida por grandes autores como *Pontes de Miranda*, *Silvio Rodrigues*, *João Luiz Alves*, *Caio Mario da Silva Pereira* e era também adotada pelos Códigos Civis de muitos países como Espanha, Portugal, França, Itália e outros até pouco tempo.

A teoria da Personalidade Condicional entende que o nascituro é passível de direitos, mas que estes estariam subordinados a uma condição suspensiva, que seria o próprio nascimento com vida, ou seja, para esta teoria, as personalidades do nascituro se adquirem a partir de sua concepção, teoria que é defendida por autores como *Miguel Maria de Serpa Lopes*, *Walter Moraes* e *Washington de Barros*.

E por último, pela doutrina Concepcionista, o nascituro já é considerado um sujeito de direito pela sociedade, agraciado com os direitos da personalidade, iniciados a partir do ato da concepção, em que o nascituro é considerado como pessoa nesse momento, tanto é que a própria lei assegura direitos ao mesmo, tanto no âmbito civil quanto nos demais ramos do direito, seja no que tange ao direito penal ou mesmo no que concerne à nossa Constituição Federal.

São adeptos dessa teoria autores como *Maria Helena Diniz*, *Francisco Amaral Santos*, *Silmara Chinelato*, *Teixeira de Freitas* e outros.

Maria Helena Diniz (2000) com relação ao nascituro:

[...]tem personalidade jurídica formal, passando a ter personalidade jurídica material, adquirindo aos direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida. Portanto, se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer nenhum direito material terá.

Para que se possa ter uma melhor compreensão sobre as doutrinas que estudam o nascituro, necessário se faz verificar o conceito de personalidade civil, o que será estudado no tópico abaixo.

2. CONCEITO DE PERSONALIDADE

O conceito jurídico de personalidade está ligado intimamente ao conceito de pessoa, pois, a legislação trabalha com esse tema de forma

que eles se correlacionem, todavia, o termo pode ostentar dois significados, um de origem social e outro de origem psicológica, conforme explica *Daniel Coelho de Souza*.

No campo da Psicologia tem um significado, que permite a cada um de nós dizermos ‘eu sou eu’, ‘tenho o meu ego’, ou seja, tenta significar a síntese da nossa vida psíquica. Já em nossa linguagem habitual, temos a segunda origem que é a social, que trata de aliarmos as pessoas que por essa ou aquela razão se destacam em algum campo de atividade, tornando-se importante.

O direito à personalidade civil é exatamente o clareamento desse conceito, não podendo fazer uma mera comparação do que realmente trata o chamado direito de personalidade, portanto, esta linguagem de noção jurídica, ou tecnicamente jurídica tem que ser perfeitamente definida este conceito.

Visto os conceitos atribuídos pode se concluir que a personalidade está ligada diretamente aos direitos essenciais, bem como as obrigações comuns a todos os indivíduos, tendo em vista que apenas as pessoas podem ter direitos e obrigações, com isso acabam adquirindo a personalidade jurídica.

Mas quem realmente faz uma distinção da personalidade psíquica da jurídica ou civil é *João Franzen de Lima*, para ele a “personalidade psíquica é a individualidade moral do homem, é o conjunto de predicados que os distinguem das coisas, como a individualidade propriamente, a consciência, a liberdade, a religiosidade”.

Já, a personalidade jurídica ou civil, “é o conjunto de faculdade e de direito em estado de potencialidade que dão ao ser humano a aptidão para ter direitos e obrigações”.

2.1 AQUISIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Todas as legislações entendem que a aquisição da personalidade jurídica começa com a vida e se extingue com a morte, previsão legal repetida em diversos ordenamentos como o código civil da Bolívia, Peru, México, Cuba, Venezuela, o código civil Português também adota essa mesma sistemática e o código civil do Japão, entende que a aquisição da capacidade começa com o nascimento. Porém, a legislação Espanhola, entende que só se adquire após um período de vida que trata-se de vinte e quatro horas, seguindo a ideia do Direito Romano.

Percebe-se que no direito brasileiro, para que se adquira a personalidade, basta qualquer movimento, ou inalação do ar até os pulmões, até mesmo qualquer movimento que nos dê um sinal de vida, ainda que por pouquíssimo tempo, não necessitando de um determinado tempo para aquisição da personalidade.

O Código Civil de Nicarágua prevê em seu artigo 19 que a partir da concepção pressupõe a existência natural da pessoa, entretanto, a personalidade legal só se adquire com o nascimento conforme artigo 5º. Nota-se que os legisladores seguem uma linha de raciocínio aonde a personalidade é adquirida após o nascimento, haja vista, que essa tendência vem se modificando, pois, o direito português doutrinariamente vem em sentido inverso.

No Brasil, na Câmara dos Deputados consta um projeto de Emenda-Constitucional, no qual, pretende-se incluir no artigo 5º da Constituição Federal um inciso com o objetivo de estabelecer a personalidade ao nascituro, essa tendência de mudança não ocorre apenas no direito brasileiro, pois, em julho de 1995 na Itália foi apresentado à Câmara dos

Deputados um projeto de lei, e o qual, visa reconhecer a personalidade a partir da concepção.

3. TEORIAS EM FACE DO NASCITURO

No item 3- “personalidade civil” verificou-se sobre as teorias sobre o nascituro, portanto, para que se possa entender profundamente essas teorias é necessário que se entre mais afundo sobre o tema, pois, o estudo desse assunto é importante para que possa, de forma mais precisa verificar qual dessas teorias doutrinarias, podem assegurar ao nascituro o direito a personalidade, seja ele no momento de sua concepção ou com o nascimento com vida.

3.1 TEORIA CONCEPCIONISTA

De acordo com essa teoria a personalidade jurídica é concedida a todos a partir de sua concepção, pois, é nesse momento que a maioria dos autores entendem ser este o momento em que o embrião passa a se desenvolver no ventre materno porém não se pode confundir a personalidade com a capacidade de direito, pois, alguns direitos patrimoniais só podem ser obtidos com o nascimento com vida como, por exemplo, doações e heranças. Haja vista, que para outros direitos como a vida, a saúde independem do nascimento com vida. Portanto, a teoria Concepcionista, concede de forma integral todos os direitos, contudo em face dos patrimoniais exige se um fator a mais, que seria o nascimento com vida.

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos), em seu artigo 4º § 1º, também adota essa teoria no qual se refere:

§ 1º. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Para a legislação Argentina que também adota esta teoria *Raymundo M. Salvat* menciona:

Em um conceito não técnico, a existência das pessoas só começa a partir do seu nascimento, mesmo o ser humano já existente no seio materno, considera-se como parte do corpo da mãe. Já o direito das coisas, segundo o Código Civil, o ser humano é considerado pessoa desde sua concepção, mesmo que ainda não tenha nascido, no qual, se destaca em seu artigo 70, primeira parte, desde a concepção a existência de uma pessoa, e mesmo antes do seu nascimento pode-se adquirir direitos, como já se estivesse nascido.

Define-se no artigo 63, são pessoas por nascer embora não tenham nascido, estão concebidas no seio materno.

Como pode-se observar, vários países adotam essa teoria, como foi citado no item 3- Personalidade Civil, porém, mesmo no Brasil que não adota essa teoria, existem doutrinadores que são adeptos a ela como, por exemplo, a autora Maria Helena Diniz, que para explicar a condição do nascituro utiliza-se de uma técnica de distinção entre personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material.

3.2 TEORIA NATALISTA

Já a teoria Natalista, não considera o nascituro como pessoa, pois, o nascituro tem a mera expectativa de adquirir um direito que obterá caso nasça com vida. E para que seja comprovada, basta fazer o teste denominado *Docimasia Hidrostática*, o qual, irá verificar se o neonato chegou a respirar, para a partir desse momento ser considerado pessoa detentora de direitos.

No artigo 2º da Convenção Européia dos Direitos dos Homens, não se considera pessoa, o ser humano ainda não nascido e seguindo, essa mesma linha de raciocínio a Corte Austríaca manteve a decisão de não considerar o feto como pessoa. No Direito Alemão *A. Von Tuhr*, ao tratar do tema explica, que uma criança dentro do corpo de sua mãe, ainda não pode adquirir direitos.

Como se pode observar, nessa teoria o concebido não é uma pessoa, porém, as jurisprudências e doutrinas de alguns países que caminham em sentido oposto, ou seja, defendem o concebido como pessoa de direitos.

O espanhol *Federico de Castro y Bravo* pontifica: “O momento do nascimento, é no qual o feto ver se livre das entranhas de sua mãe, adquirindo então uma consideração jurídica independente, deixando de ser parte das vísceras maternas”. No Código Civil espanhol em seu artigo 30, declara o nascido pessoa a partir do momento do corte do cordão umbilical, passando desse momento a contar a sua idade, a ter personalidade, capacidade, patrimônio e estado civil. Caso não tenha os requisitos desse mesmo artigo será considerado coisa móvel de natureza especial e não será registrado.

Também no direito Frances “É o momento do nascimento que marca o começo da personalidade, isto é, o momento em que a criatura humana esta completamente separada de sua mãe”, segundo *Savigny*.

De acordo com *Roberto de Ruggiero* defensor da teoria Natalista no direito Italiano, não importa de como foi feita a separação do feto das vísceras de sua mãe, ou seja, podendo ser naturalmente ou através de cirurgia, para que tenha nascido deverá estar separado do corpo materno. Caso o feto não adquira vida independente fora do ventre materno, caso nasça morto não poderá ser considerado como pessoa, caso contrário ele venha nascer com vida, todos os direitos a ele estarão assegurados.

No direito nacional *Eduardo Espínola* é oposto à posição de *Teixeira de Freitas* e *Clovis Bevilacqua*, no qual, ele alega não considerar como sendo homem nascituro, portanto, não possui personalidade jurídica. Indo além, para que se adquira a personalidade, o mesmo deverá nascer com vida para que se considere separado das vísceras da sua mãe. E mesmo discordando dessa teoria, autores tentam encontrar respaldo no artigo 2º do Código Civil Brasileiro.

3.3 TEORIA CONDICIONAL

Esta teoria admite a personalidade desde a sua concepção, condicionada, porém, ao nascimento, ou seja, ela admite a personalidade ao nascituro, relacionado a um fato futuro, que será o nascimento do mesmo com vida.

Arruda Alvim seria outro adepto a essa teoria ao afirmar que:

“(...) outros, ainda, e estes tem razão (em face do direito brasileiro), afirmam haver condição resolutiva. O nascituro, dado que, já a partir de sua concepção, põe a lei a salvo os seus direitos, (art. 4º, do Código Civil), ainda que só com a concepção está apto para “adquirir” efetivamente, direitos que se tomam ‘cristalizadamente’ seus, com o nascimento com vida. Mas, se nascer morto, configura-se a condição resolutiva imanente a tal situação ---

isto é, resolvem-se os direitos que se pretendia tivessem sido adquiridos. A circunstancia de se falar em condição resolutive não significa, todavia, que se afirme que o nascituro 'pode adquirir direito' tal como uma pessoa o pode. Quer dizer que os pode adquirir enquanto nascituro, mas de forma resolutória, na hipótese de não nascer com vida; ou, nascendo, com vida, terá adquirido efetivamente direitos, desde a sua concepção não há solução de continuidade entre ter sido nascituro e vir a ser pessoa.

É mister citar a conclusão do autor, *Caio Mario da Silva Pereira* o qual afirma que não se pode deixar de observar os interesses do concebido, ou seja, que mesmo adquirindo a personalidade a partir do seu nascimento com vida, os mesmos direitos retroagem à concepção, portanto, admite-se uma personalidade ao nascituro que se encontra futuro, tornando efetivo a partir do nascimento.

4. PERSONALIDADE NOS DIAS DE HOJE

Na nossa atualidade, podemos perceber que temos uma tendência em adotar a teoria Concepcionista, a qual, concede a personalidade ao nascituro desde sua concepção, haja vista, que a nossa legislação não tem se empenhado muito sobre ao assunto, afim de, tentar dar um melhor conceito ao tema e adotar uma teoria mais cabível. Contudo, a jurisprudência em prol do assunto tem considerado o nascituro desde a sua concepção possuidor de personalidade.

Tanto é que doutrinadores que defendem esta posição, estão tentando através de projetos, fazer com que o nosso direito nacional comece a adotar a teoria Concepcionista. Outro ponto importante no qual, não foi citado é em questão da inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil, pois fere o previsto no Pacto de São José da Costa Rica, onde

determina que o direito à vida deve ser protegido pela legislação em geral desde a concepção principiando o direito de reconhecimento de personalidade jurídica.

5. MÉTODOS DE DESENVOLVIMENTO GENÉTICO E OS DIREITOS DO NASCITURO

Existem formas, de pais que não conseguem ter filhos pelos meios naturais, conseguirem adquirir esse objetivo; tal maneira que se dá o nome de inseminação artificial e ou fertilização *in vitro*.

A fertilização é o meio pelo qual começa a vida. Antigamente essa fertilização só era concebida de maneira natural, e nos dias de hoje podemos obter a fertilização de forma artificial, maneira a qual, é utilizada por casais com uma certa idade que tem dificuldades de terem um filho pelo fato do homem não produzir espermatozóides e pela mulheres de não ter óvulos tão receptivos, portanto, fazem com que eles procurem esse método para realizar o desejo de ter um filho.

Tanto a inseminação artificial, quanto a reprodução natural apresentam o mesmo percentual de possibilidade de finalização em gravidez, ou seja, o risco dessa gravidez não ocorrer mesmo sendo uma reprodução assistida é o mesmo de uma reprodução natural.

São duas as espécies de fertilização: a homóloga e heteróloga. A homóloga é quando se obtém o sêmen do próprio marido e já a heteróloga, é quando utilizam se de óvulos ou sêmen de um terceiro, ou seja, quando nenhum e nem o outro podem utilizar se de seu material genético, necessitando de um terceiro.

A questão da espécie de fertilização heteróloga, é muito criticada por se valer de espermatozóides de terceiros. O pai futuramente poderá negar

a paternidade do filho, tal espécie é tão discutida que na Argentina não se admite esse tipo de fertilização, toda essa discussão porque a semelhança de adultério, mesmo sendo inconcebível, pois, tal procedimento exige a concordância do cônjuge.

5.1 EMBRIONÁRIA

É utilizado esse procedimento, para que evite a gestação múltipla eliminando alguns dos embriões implantados no útero materno, tal técnica é utilizada para que dê mais viabilidade ao um único embrião ou eventuais riscos a mãe. Se levamos em consideração a maneira de como é feito esse procedimento, nota se que há um contraditório, pois, se consideramos o zigoto, fusão entre os gametas masculino e feminino como ser humano, obviamente estamos utilizando uma espécie de aborto, o que é crime.

No Brasil tal procedimento é proibido pelo Conselho Federal de Medicina, que determina na Resolução nº 1358/92 em seu item I, 7:

em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnica de R.A. é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária

6 LEGITIMIDADE ATIVA DO NASCITURO: CONCEITO

Gian Antonio Micheli "... a legitimidade corresponde a quem afirma ser titular do direito subjetivo e, respectivamente, sujeito da situação substancial passiva. A legitimação, com efeito, deve se referir a atividade correta de quem pede no processo e de quem tolera o pedido alheio"

E continua:

"... legislação que corresponde, como regra, em relação à pretensão desejada, aos sujeitos, ativos e passivos, da situação material objeto de tutela jurisdicional.

Segundo *Donaldo Armelin*:

“A legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível, como é obvio, em se tratando de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o pólo da relação jurídica em que se encontrem. Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de efeitos jurídicos. A característica de a legitimidade emergir de uma situação jurídica ou fática leva muitos autores a qualifica-la como uma situação ou relação, e não como qualidade do sujeito”

Visto o conceito sobre a Legitimidade Ativa do Nascituro, devemos saber também a distinção entre a capacidade *ad causam* e capacidade *ad processum*. A capacidade de ser parte está relacionado com o direito material, ou seja, consiste no exercício do próprio direito, já a capacidade processual, diz respeito a sua potencialidade diante dos fatos processuais de estar em juízo. Diante o exposto, para que se possa propor uma ação é necessário obter legitimidade processual, dessa mesma forma para que o processo seja válido, é necessário que a parte tenha capacidade processual.

Verificando que a capacidade *ad causam*, denomina se capacidade de ser parte, diz respeito a personalidade, ou seja, ser pessoa e estar atrelada à relação jurídica, enquanto a capacidade de estar em juízo, ou *ad processum* está relacionada ao disposto nos artigos 3º e 4º do Código Civil, portanto, aqueles que não são plenamente capazes terão legitimidade *ad causam*, no entanto, não poderão postular sozinhos em juízo, necessitando que sejam representados ou assistidos.

A representação em juízo diante um nascituro, será feita pelos pais, ou seja, mãe ou pai, ou ainda por um curador que será designado

especialmente para isso. Tendo em vista, então que qualquer procedimento em juízo deverá ser feito pelo seu curador ou por quem detiver o poder familiar. O menor poderá, de acordo com o artigo 82 do Código de Processo Civil, mas principalmente pelo previsto no artigo 201 do ECA, aonde elenca as hipótese em que o Ministério Público poderá ficar responsável em garantir os direitos dos menores.

6.1 MEDIDAS JUDICIAIS ATRIBUÍDAS AO NASCITURO

Há uma ação cautelar que poderá ser proposta em face do nascituro no artigo 877 e 878 do Código de Processo Civil, com objetivo imediato de assegurar e proteger os bens do nascituro. Tal ação já existe desde 1939, verifica-se que sempre o legislador adotou essa ação como medida emergencial.

Humberto Teodoro Junior cita: “tal ação é de mero negócio jurídico, de forma que se trata de procedimento de jurisdição voluntária, mesmo porque não se tem nele a necessidade do *periculum in mora* (pressuposto processual do processo cautelar)”.

Mesmo que o nascituro encontra-se concebido mais não nascido, tal demanda possui sim um caráter de emergência, no qual, irá proteger interesses patrimoniais do mesmo.

A legitimidade passiva é concedida ao nascituro quando por exemplo há mais herdeiros que concorrem a herança de um falecido. Tal procedimento está disposto no artigo 877 do Código de Processo Civil, aonde o representante legal do nascituro entrará com uma ação em face do mesmo para assegurar os seus direitos patrimoniais.

O juiz pedirá que determine a produção de provas periciais, que serão apresentadas por um médico nomeado pelo mesmo, para averiguar o

estado de gravidez, porém tal prova poderá ser dispensada diante os termos do §2º, no qual, os outros herdeiros aceitam uma declaração da requerente, pois, em hipótese alguma a falta do exame poderá prejudicar os direitos do nascituro. Claro que não há o que se discutir, que apenas terá efetivação desses direitos patrimoniais ao nascituro, caso nasça com vida, essa possibilidade sucessória está admitida no artigo 1798 do Código Civil que prevê:

Art. 1.798. legitimam se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Outra possibilidade do direito brasileiro é a herança deixada ao não nascido e nem sequer concebido. Assemelhando-se ao Código Civil de 1.916, o legislador continuou a admitir que na sucessão testamentária a herança seja conferida à pessoa futura. O legislador nomeou essa situação o nome de Prole Eventual, mas ao adotar esse termos, limitou se a apenas aos filhos, excluindo os adotivos. Mas o Princípio Iguatário no §6º do artigo 277 e o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluiu na prole eventual o filho adotivo.

Todavia, se o herdeiro não nascer após dois anos da abertura do inventário, os bens deste serão transmitidos aos herdeiros legítimos.

6.2 DOAÇÃO AO NASCITURO

O nascituro é capaz de receber doação, conforme artigo 542 do Código Civil, mas para que essa doação seja válida é necessária a aceitação dos responsáveis pelo mesmo, sejam eles os pais ou um curador, e para que essa doação seja eficaz o nascituro deverá nascer com vida, caso contrário essa condição é suspensiva.

6.3 O DIREITO DO NASCITURO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

A lei nº 8.069/90 tem como objetivo principal dar uma proteção especial à criança, ao contrário da lei anterior, a Lei do Menor, que tratava da criança como objeto, essa inovou e uma delas é nesse sentido, ou seja, atribuição de sujeito de direito para as crianças, passando Estatuto a considerar verdadeiramente o nascituro como pessoa no sentido que no qual, teve seus direitos reconhecidos pela sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui um rol de direitos, incluindo-se neles consta os direitos a vida, saúde, liberdade, dignidade, respeito ambiente familiar propício, dentre tantos outros.

Prevê em seu artigo 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 publico, 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.

Diante desse dispositivo a ação de investigação de paternidade é um direito irrenunciável, ou seja, é um direito personalíssimo.

Considera se criança, os indivíduos que se encontrem em uma faixa etária de até doze anos não completos. Percebe-se então que o Estatuto não faz nenhuma referencia sobre o nascituro e se analisarmos frente as teorias Natalista e da Personalidade Condicional o mesmo não

seria beneficiado com os direitos concedidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário a teoria Concepcionista, aonde considera-se pessoa de direito desde a sua concepção. Mas o Brasil adotou tratados internacionais, tais como a Convenção sobre os Direitos da Criança, na qual, são reconhecidos para fins jurídicos os direitos de todos os seres humanos, os que já nasceram e os que ainda estão por nascer, portanto fica mais do que evidente que a proteção dada a criança, inclui os nascituros como seus destinatários.

7. O ABORTO E A LEGISLAÇÃO

Nossa legislação penal prevê tipificação para o crime de aborto, considerado como interrupção da vida mesmo que seja ainda no útero da mãe, como crime contra o nascituro, haja vista, que o nosso Código Penal refere-se ao aborto como crime contra a pessoa, portanto reconhece o nascituro como ser humano.

No artigo 128, inciso 1 e 2, permite a prática do aborto:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante: (aborto terapêutico)

II – se a gravidez resultar de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal. (aborto humanitário ou sentimental).

Levam-se em consideração o direito da mulher ao próprio corpo prenuncia-se a base daqueles que defendem a descriminalização, ou seja, muito se fala sobre o direito ao próprio corpo como algo inerente ao direito a personalidade.

Daniel Coelho de Souza cita:

“Finalmente, situa se no campo do direito ao próprio corpo, especialmente no sentido de fazer bem duvidosa a sua indisponibilidade e provar que os fatos ultrapassam as construções jurídicas meramente doutrinárias, o problema da esterilização, processo pelo qual o corpo se despoja, quase sempre de modo definitivo, de uma função. Durante muito tempo todos os Estados promoviam uma política democrática positiva, levada ao exagero de proibir até a simples divulgação da existência de prática anticoncepcionais. Quando o crescimento populacional tornou se explosivo, essa política passou a sofrer transformação radical. De repressiva passou a tolerante e se aproxima hoje, paradoxalmente, de um estágio em que já se pode vislumbrar a formação de normas repressivas da natalidade, entre eles a esterilização. Basta citar o exemplo da Índia. Deve se observar, porem, que a eficácia de tais normas é sempre, e nem pode deixar de ser, obtidas por sanções indiretas, que habitualmente consistem na recusa à concessão de diversos benefícios sociais, ou à concessão de maiores aos casais limitam a prole”.

Como se pode ver, existem autores que defendem o aborto, mais para eles tal pratica só poderá ser feita entre 10 até 28 semanas, passando se esse prazo seria o ponto no qual, o feto teria direito de nascer. Para isso muito se tem valido do mandado de segurança, para obtenção de liminar que autorize o aborto Eugênico, que é aquele que se abrevia a vida do nascituro, porque ele não será viável quando nascer.

Existe ainda o caso do feto encefálico, no qual, o mesmo não possui nenhuma possibilidade de nascer com vida, porém, sofre várias discussões, pois, engloba os direitos fundamentais que seria o direito a vida e do direito a dignidade humana existindo então um choque nesses dois valores fundamentais, tornando se o assunto mais delicado.

Como o aborto é um assunto muito discutido, pelo fato de que não se tem um posicionamento no que se refere ao momento inicial da vida, problema que no qual, não apenas atinge o aborto, mais tudo em se tratando do nascituro. Alguns médicos entendem que a vida só se

completa com o processo de nidacão, fixação do futuro embrião, que acontece por volta do 14º ao 17º dia de fertilização.

Mesmo que em determinadas hipótese permita-se o aborto, fere o Princípio da Dignidade Humana, no qual, não torna essas hipóteses uma prática moral ou aceitável, portanto, o aborto é sim uma violação aos direitos do nascituro, caracterizando-se uma verdadeira pena de morte para aquela criança que está por vir.

8. DECISÕES NOS TRIBUNAIS EM FACE DO NASCITURO

1- Responsabilidade civil – Acidente de veículos – Invasão de preferencial – Morte da companheira e nascituro, bem como da avó das menores. Culpa inequívoca do preposto do apelante. Indenizações de ordem material e moral devidas. Legitimidade do companheiro em exigir indenização pela morte de sua companheira é a constante de sua ultima indenização. Devida a indenização pela morte do nascituro, a titulo de dano moral, visto que a morte prematura do feto, em conseqüência do ato ilícito, frustra a possibilidade certa de que a vida humana intra-uterina plenificaria na vida individual. Pensão devida ao feto. Impossibilidade. Há uma expectativa de direito em relação ao nascimento do feto. Personalidade jurídica só inicia se com o nascimento com vida. Art. 4º do Código Civil. Correta a pensão fixada e destinada ao companheiro e filhas. O limite fixado para a concessão da pensão é de 69 anos, conforme nova orientação jurisprudencial. (TAPR, 3ª C., AC 106.201-3 Rel. Juiz Eugenio Achille Grandinetti, 01.08.1997).

Verificando se tal situação, não há no que se falar que o nascituro sofra de ordem moral, por exemplo, quando aquele que o gerou, seu pai, sofre um acidente de trânsito e morre, provocado por uma terceira pessoa. Esse acontecimento para a criança no futuro poderá gerar uma série de efeitos, como de estar impossibilitando o mesmo de conhecer seu pai, de conhecer a origem de sua formação e usufruir do seu afeto. Essa foi uma suposição feita pelo Professor de Direito Civil, da

Fundação Educacional do Município de Assis, *Jesualdo Eduardo de Almeida Junior*, e também advogado.

Outro direito concedido ao nascituro é a investigação de paternidade, proposta pela mãe, mas em nome do filho, e mesmo sendo um direito do nascituro a mãe poderá propor em seu nome para ter seu direito assegurado. Nesse sentido, é precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

2- Investigação de Paternidade. Ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante. Legitimidade ad causam. Extinção afastada. Representando o nascituro pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão do direito material, ate então apenas uma expectativa resguardada. (TJ/SP, AC. Primeira Câmara Cível de Férias, AP. CÍV. 193.648-1/15, Rel. Dês. Renan Lotufo, j. 14.09.1993, in RT 703:60).

O Presidente Lula sancionou a lei de nº 11.804 de 5 de novembro de 2008, conferindo as mulheres grávidas o direito de alimentos denominados gravídicos, ou seja, essenciais para despesas de parto dentre outras decorrentes da gravidez, conforme dispõe o art. 2º da lei:

Art. 2º.

Os alimentos de que trata essa 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 medico, alem 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 recurso de ambos.

Essa lei trouxe não só ao nascituro, mais a própria mãe uma certa garantia de vida, ou seja, o pai deverá assumir a responsabilidade de ter

um filho, arcando com todas as despesas do mesmo e também de sua mãe. Mas para isso é necessário que se convença o juiz da existência de indícios de paternidade, convencido a existência o magistrado fixará os alimentos gravídicos que vão pendurar até o seu nascimento, após o nascimento será convertida em pensão alimentícia, tendo o menor como beneficiário.

Mas mesmo antes da lei 11.804 de 2008, já existiam algumas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da concessão de alimentos gravídicos:

EMENTA: União Estável. Alimentos Provisórios. Ex-Companheira e Nascituro. Prova. 1. evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo se seja este filho das partes. 2. os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimento, bastando que novo elementos da convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, julgado em 28/03/2007).

EMENTA: Agravo Interno. Alimentos Provisórios. Incontroversa a união estável e paternidade do filho que a alimentada espera, deve o agravante contribuir para o desenvolvimento do nascituro, mormente considerado que a ex-companheira não pode desempenhar com a mesma intensidade o ofício de cabeleireira, em face da dificuldade de ficar o tempo todo em pé, já que esta na metade do sexto mês de gravidez. Possibilidade do alimentante em pagar o valor fixado, de um salário mínimo, demonstrado pelos documentos juntados, que aponta possuir ele patrimônio não condizente com a renda mensal que alega ter, de R\$ 700,00. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01/11/2006).

Essas decisões acima expostas, deixam claro que o nascituro necessita de uma proteção especial para que assim possa se desenvolver, decisões as quais, foram proferidas antes mesmo da lei ser promulgada. Nota-se que as teorias Natalista e da Personalidade Condicional aonde não consideram o nascituro como sujeito de direitos, demonstra-se vazias e desprovidas de fundamentação suficiente para sustentar a base de seus entendimentos.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto a fim de tentar solucionar o problema, no qual, ainda não se sabe se o nascituro é ou não um sujeito de direitos e se a teoria usada pela nossa legislação é a mais cabível para um tema tão importante que é o nascimento, a vida, podemos concluir que:

O nascituro deve sim, ser considerado como um ser humano, que se forma após a nidação, passando se por algumas fases.

O nascituro possui direitos que estão lhe assegurados como: a posse de bens, alimentos, reconhecimento de paternidade, tendo também direitos assegurados referente a própria essência da personalidade que é o direito a vida a liberdade, que são direitos elencados em nossa constituição. A capacidade e a personalidade são conceitos distintos, dos quais, a personalidade refere se ao ser humano, a pessoa que possui direito e obrigações, já a capacidade sofre determinadas restrições, visto que trata se ao exercício de um direito frente ao judiciário.

A teoria a qual, nossa legislação utiliza não é tão adequada, visto que, se entendemos que o nascituro é possuidor de personalidade,

considera-se que a teoria Concepcionista para a nossa atualidade é muito mais adequada, teoria que já era utilizada com a incorporação do *Pacto de San Jose da Costa Rica*, em nosso ordenamento, demonstrando um retrocesso em face da nossa legislação atual em seu artigo 2º do Código Civil.

As técnicas de reprodução assistida são os avanços da tecnologia, que colaboram com sonho de muitos casais que são privados de engravidar e utilizam-se dessas técnicas para realizarem seus sonhos. A reprodução heteróloga jamais poderá ser considerada como um adultério, visto que, para que seja realizado tal procedimento necessita do consentimento do casal, aliás a respeito já asseverou o art. 1.597, V, do Código Civil.

É indiscutivelmente aborto o descarte de embriões excedentes, não podendo dar direito ao médico de escolher quem vai viver e quem vai morrer.

A legitimidade do nascituro é instituto processual e está ligado ao direito de ser parte na ação, assim da mesma forma a relação de direito material, que determina quem poderá interpor a demanda. Quanto à capacidade se divide em três: *ad causam* que esta ligada a sua personalidade; *ad processum* que é a capacidade de estar em juízo, portanto, esta o nascituro não tem; e *jus postulandi* que é inerente ao advogado está ligada a pressupostos processuais. O nascituro será representado judicialmente, pelo seu pai, mãe ou quem detiver o poder familiar podendo também ser representado por um curador nomeado por um juiz ou até mesmo poderá ser representado com fundamento no artigo 201 do ECA e do artigo 82 do CPC pelo Ministério Público.

A ação cautelar que é denominada emergencial, garante que os bens a que o nascituro tem direito vão para outros herdeiros. Trata se de uma

ação assecuratória dos bens do mesmo, ser ajuizada em face do espólio ou herdeiros, sendo que estão legitimados ativamente a mãe e o curador, podendo ainda ser o Ministério Público, o pai ou quem detiver o poder familiar. Já o direito sucessório poderá sim através de testamento passar para o nascituro, contudo só será efetivado após o nascimento com vida do mesmo. No caso de doação, o nascituro, poderá receber desde que detiver o poder familiar aceite, caso contrário, não poderá ser recebida a doação.

A lei do Estatuto da Criança e do Adolescente, traz ao nascituro direitos a ele assegurando principalmente uma tutela jurisdicional diferenciada. Em caso de ação de alimentos, tida como obrigação daquele que tem para aquele que não tem, para que o nascituro possa se desenvolver e viabilizar sua própria existência, haja vista que trata-se de um direito pessoal, intransferível, irrenunciável, inalienável. Poderá também através de sua mãe ou de um curador ou quem detiver o poder familiar ajuizar uma ação de investigação de paternidade, direito indiscutivelmente legitimado ao nascituro. O nascituro poderá ajuizar uma ação contra sua genitora se a mesma for responsável por algum dano causado ao nascituro.

Visto sobre o aborto, seja qual for as hipóteses frente a esse assunto, todas ferem o Princípio Constitucional, pois, ao nascituro é assegurado o direito a vida, bem como prioridade absoluta, assim o artigo 184 do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e foi expressamente derogado pelo artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, por essa uma lei específica.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Alvim. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2º vol. 2ª ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1996.

CHINELATO e ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo, editora Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo, editora Saraiva, 2002.

- *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º volume, 16ª edição, São Paulo.

- *Código Civil Anotado*. 6ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 2000.

ESPINOLA, Eduardo. *Parte Geral do Direito Civil*. 2º volume, 4ª edição, Rio de Janeiro, edição Conquista, 1961.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos humanos*. São Paulo, edição Manole, 2003.

SOUZA, Daniel Coelho. *Aspectos médicos legais dos Direitos de Personalidade*. Revista de Direito Civil nº 11.

ZAINACHI, Maria Cristina. *Os meios de Defesa dos Direitos do Nascituro*. São Paulo, LTR, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil-Parte Geral*. 1º volume, 4ª edição, São Paulo, editora Atlas S.A., 2004.

ELETRÔNICOS:

Texto online extraído de (http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/publicacao_direito/pdf/edicao2/Art02200505.pdf) acessado no dia 20/04/2011 as 15:30.

Texto online extraído de (<http://www.webartigos.com/articles/11705/1/O-Nascituro-Sujeito-de-Direitos/pagina1.html>) acessado dia 25/05/2011 as 12:00.

Texto online extraído de (http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_9533/artigo_sobre_o_nascituro_sujeito_de_direitos) Acesso no dia 23 de julho de 2011 as 16 hs.

Texto online extraído de (<http://geovaneviana.wordpress.com/2008/03/17/tendencias-modernas-o-nascituro-e-o-estatuto-da-criana-e-do-adolescente/>) Acesso em 25 de Julho de 2011 às 17hs.

