



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O direito postulatório do nascituro

Grazielle da Silva Alves

Rio de Janeiro
2016

GRAZIELLE DA SILVA ALVES

O direito postulatório do nascituro

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro

2016

O DIREITO POSTULATÓRIO DO NASCITURO

Grazielle da Silva Alves

Graduada pela Faculdade de Direito Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós graduanda em Direito Processual Civil

Resumo: O Direito do Nascituro apresenta-se de forma complexa e, por isso, intrigante. Devido às Teorias aplicadas ao direito da personalidade, fez-se necessária a elaboração do Projeto de Lei 478/07 (Estatuto do Nascituro) com o fim de viabilizar a aplicabilidade dos direitos. Hoje O direito postulatório do nascituro se limita aos alimentos gravídicos e aos direitos previamente estabelecidos pela Lei, restringindo-se à aceitação do seu representante legal. O trabalho tem por intuito identificar e expor os limites alçados pelo nascituro em seu direito postulatório, sob a égide das teorias delimitadoras da personalidade jurídica, apontando a relevância da possibilidade da composição da lide pelo nascituro como parte interessada, sem a representação do genitor.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Direito do Nascituro. Capacidade. Representação. Postulação.

Sumário: Introdução. 1. Abordagem Constitucional e sua relevância à capacidade do nascituro. 2. Teorias sobre o início da Personalidade Jurídica do nascituro. 3. Capacidade Postulatória do Nascituro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo melhor investigar o direito postulatório do nascituro, nos moldes do direito brasileiro, e determinadas controvérsias acerca do tema, a seguir especificadas.

Pretende-se analisar o assunto apresentado com enfoque nas delimitações dos direitos do nascituro à luz das teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional, tendo em vista a divergência no entendimento no que se refere ao início da personalidade jurídica, logo, o início da capacidade postulatória.

Pretende-se ainda levantar as dificuldades encontradas na administração do direito do nascituro, haja vista a ausência de regulação no Código de Processo Civil Brasileiro.

A problemática existente no âmbito dos direitos do nascituro é tema de grande importância na atualidade, haja vista a mudança de entendimento que vem sendo adotada nas decisões dos Tribunais Superiores acerca do referido assunto. De toda sorte, infere-se a enorme importância em buscar na doutrina as respostas sobre o assunto proposto, dando ênfase, preliminarmente, às correntes doutrinárias que embasam os direitos do nascituro no direito brasileiro.

De um modo geral a capacidade processual está diretamente relacionada à personalidade civil, todavia o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade da composição da lide a entes desprovidos de personalidade, conferindo-lhes personalidade judiciária ou personalidade processual, sendo certo que a mesma é efetivada através de representação. O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que não há Lei específica que delimite, fragilizando os direitos do nascituro.

Inicia-se o primeiro capítulo com o levantamento constitucional que engloba o direito da personalidade, enfatizando-se o direito postulatório do nascituro.

Segue-se ponderando sobre as teorias referente à personalidade jurídica do nascituro, bem como sua capacidade postulatória, e às suas limitações a fim de demonstrar a insegurança jurídica ante a ausência de legislação específica para guardar os direitos do nascituro.

Neste contexto, os entendimentos doutrinários, jurisprudências e as normas que disciplinam o assunto em análise será abordada, especificamente a questão relativa aos direitos a serem alçados pelo nascituro, trazendo a leitura do projeto de Lei 478/07 e os demais projetos advindos deste, utilizando-se como metodologia a pesquisa bibliográfica.

1. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL E SUA RELEVÂNCIA À CAPACIDADE DO NASCITURO

A Constituição da República Federativa do Brasil consiste na lei superior que rege a vida e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina, necessariamente, a toda legislação ordinária, ou melhor, toda a legislação infraconstitucional às suas disposições.

A Carta Magna protege o direito à vida e resguarda a dignidade da pessoa humana. O direito à vida é personalíssimo, sendo o primeiro direito tutelado, podendo ser atingido apenas nos casos definidos em lei.

Tornou-se, no entanto, omissa, por não ter disciplinado de forma explícita quanto ao início da vida e os direitos do nascituro. Tendo sido tratada de maneira abrangente no artigo 2º do Código Civil¹, as outras disciplinas no direito ficaram sujeitas à interpretação deste artigo, o que ocasionou a criação de três teorias completamente divergentes aplicadas à matéria.

A Carta Magna, não dispondo de cláusula indicativa de Supremacia do Direito Internacional face ao direito interno, deixa ao Supremo Tribunal Federal, através de Jurisprudência, a importante missão de definir um posicionamento a respeito da questão dos conflitos de normas.

De acordo com Norberto Bobbio, a fundamental questão em relação aos direitos do homem não é justificá-los, porém defendê-los, não se tratando de saber quais direitos são, ou a sua natureza jurídica, mas sim como garanti-los de forma segura, para impedir, sobretudo, que sejam violados².

¹BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

²BÓBBIO, Norberto. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a_era_dos_direitos.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2016.

Não se deve, então, isolar a efetividade dos direitos humanos dos problemas atuais, sob pena de não os resolver, nem mesmo de compreender em sua real dimensão.

O direito à vida é direito fundamental no Brasil, direito individual e inviolável, garantido na Constituição Federal no caput do art. 5º, também resguardado em cláusula pétrea no art. 60, 4º parágrafo.

O único instrumento legislativo que pode alterar e modificar as disposições constitucionais são as emendas à Constituição, toda atividade legislativa tem suas maiores restrições no artigo 60, § 4º Constituição Federal, prevendo também os direitos e garantias individuais, in verbis art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Os quatro itens do referido parágrafo delimitam a ação normativa, erguendo as cláusulas pétreas do Estado brasileiro, os dispositivos constitucionais que não admitem extinção e impossibilita legislar em contrário à disposição constitucional.

A dignidade, vinculada ao direito à vida, é o princípio balizador na avaliação das leis que regulam os relacionamentos humanos. O melhor amparo é encontrado nos valores expressos nos princípios da Constituição.

Segundo Nicola Abbagnano o princípio da dignidade é entendido como exigência imperativa, como um valor que não é relativo por ser simplesmente intrínseco ao ser humano. O ser objeto da dignidade é o homem, o que envolve seus relacionamentos³.

³ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Disponível em: <<http://docente.ifrn.edu.br/avelinolima/disciplinas/filosofia-da-mente/dicionario-de-filosofia-nicola-abbagnano/view>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

Fundamentado no Estado Democrático e tratado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra alguns obstáculos quanto à sua definição, por se tratar de norma com alto grau de abstração, o que permite diversas interpretações, ao funcionar como verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa, possuindo em seu núcleo o direito à igualdade, integridade física e psicológica, à liberdade e solidariedade, com o intuito de proteger ao ser humano em suas múltiplas características.

Esse princípio impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo sistema jurídico, sendo-lhe atribuído valor supremo de alicerce da ordem jurídica.

Nesse sentido, destaca a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha: "a espécie humana há que ser respeitada em sua dignidade, manifestada em cada um e em todos os homens, pois a condição digna de ser membro desta espécie toca todos e cada qual dos que a compõem".⁴

Levando-se em consideração o fato de o direito à vida e a dignidade da pessoa humana se revestirem de caráter fundamental, tendo como objetivo principal a garantia de vida digna, trata-se de cláusula pétrea. Entende-se, então, que tais direitos que são estendidos ao nascituro, conforme ressaltado no artigo 2º do Código Civil Brasileiro.

Assim, a dignidade humana é um valor máximo, supremo, de valor moral, ético e espiritual intangível, conforme Paulo Otero afirma: "o homem surge como autor e destinatário do Direito, radicando na sua dignidade o fundamento último de uma ordem jurídica axiologicamente justa"⁵.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal – ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777663/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df-stf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁵SILVA, Matheus Teixeira da. Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro. v. 2; n. 22; Jul/Dez. 2012. p.16. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/2424/3162>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

José Afonso da Silva sinaliza que a norma compreende dois conceitos fundamentais, que em si ou de maneira isolada revelam valores jurídicos sendo: a pessoa humana e a dignidade⁶:

O princípio da dignidade humana compreende dois conceitos: A pessoa humana e a dignidade, em que a pessoa, como o fim em si mesmo, possui valor absoluto, e por isso, tem dignidade. A dignidade é atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a garantia das condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Dignidade é, portanto, a raiz de todos os direitos dos homens, no direito interno e no internacional. O Direito e toda construção jurídica devem sempre estar comprometidos com a proteção integral à vida do ser humano, quer dizer, envolvidos com o objetivo de realizar a Dignidade⁷.

O direito à vida é constitucional, fundamental e é direito individual de cada pessoa, independente se esta se encontra no ventre materno, ou no mundo exterior.

Ao analisar o direito postulatório do nascituro, se faz necessária a interpretação do artigo 2º do Código Civil em consonância com o artigo 5º da Constituição Federal, aplicando às restrições estabelecidas pelas teorias do início da personalidade ao direito do nascituro ao Processo Civil.

⁶SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. v. 212; p.89-94; abril/junho 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: 04 mai. 2016

⁷NOBRE, Edilson Pereira. *O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Flávio Tartuce, em seu livro *Manual de Direito Civil*, cita o entendimento da doutrinadora e professora Maria Helena Diniz que subdivide a personalidade jurídica em duas fases, sendo personalidade jurídica formal no estágio intrauterino, e personalidade jurídica material, após o nascimento⁸.

Em síntese, a Constituição tem como fundamental o direito à vida e à dignidade. O Código Civil reconhece como pessoa tanto o ser humano nascido, como, desde sua concepção, o ainda não nascido, e o Código de Processo Civil, em suas limitações, tendo em vista a ausência de lei específica para o resguardo do nascituro, faz com que o direito seja a ele aplicado.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

2. TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Segundo a João Franzen Lima, citado pela Enciclopédia Jurídica, a personalidade jurídica é o conjunto de faculdades e de direitos em estado de potencialidade, que dão ao ser humano a aptidão para ter obrigações.⁹

O Código Civil em seu artigo 2º determina que a personalidade jurídica ocorre com o nascimento com vida¹⁰, todavia nesse sentido três correntes discorrem sobre sua natureza jurídica e quando de fato o ser humano passa a adquiri-la.

⁸TARTUCE apud. DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*. v. único. São Paulo. Método. 2011. p.71. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B2UyZCAnOXhXNmhoSk50RWRqnc/view>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

⁹Enciclopédia Jurídica. Apud. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v.1, p.149. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/personalidade-jur%C3%ADdica-ou-civil/personalidade-jur%C3%ADdica-ou-civil.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

Caio Mário da Silva Pereira¹¹, relata que para o direito romano a personalidade jurídica passava a existir após o nascimento com vida, sem a qual não se podia falar em sujeito de direito. Afirma ainda que os romanos entendiam que o feto era parte da mãe, sendo assim não era possível atribuir-lhe direitos ou obrigações.

Ressalta que na doutrina estrangeira, defendida por Rosselei Mentha¹², há o reconhecimento parcial da capacidade do nascituro, condicionada ao nascimento com vida, não somente para adquirir direitos, mas também para ser sujeitos de obrigação em que se afirma:

[...] se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que o nascituro possui o direito da personalidade, devendo ser enquadrado como pessoa. Aquele que foi concebido, mas não nasceu possui personalidade jurídica formal: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem¹³.

Para Carlos Roberto Gonçalves, citado pelo Dicionário Jurídico a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, extensível a todos os homens. Destaca ainda a diferença

¹⁰BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

¹¹PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.1. 19 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 188-200. Disponível em: <https://drive.google.com/folderview?id=0B_heoPyymtivTDNYcW5WLXNrVrk0>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹²Ibid., p. 200.

¹³SPAGLIARI, Ítalo. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil Anotado*. Porto Alegre: Síntese, 1ª Edição, 2004, p. 23. Disponível em: <<http://italospagliari.jusbrasil.com.br/artigos/117634705/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

entre a capacidade e a personalidade, que não devem ser confundidas, haja vista que a personalidade se perdura e a capacidade se limita.¹⁴

De acordo com o artigo segundo do Código Civil Brasileiro, o início da personalidade civil da pessoa humana tem como critério definidor o nascimento com vida, ressalvando o direito do nascituro.

Em razão das controvérsias acerca da natureza jurídica do nascituro, basicamente três teorias a respeito se fazem presentes: a natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

A teoria natalista tem como base o artigo segundo do código civil, defendida pelos civilistas, afirma que o nascituro possui mera expectativa de direitos, passando a fazer jus à personalidade jurídica somente com o nascimento com vida, conforme a primeira parte do referido artigo, os doutrinadores Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio de Salvo Venosa possuem uma leitura literal e simplificada da lei, sendo defensores da referida teoria¹⁵.

A teoria concepcionista garante ao nascituro a personalidade desde sua concepção, sendo independente de nascimento com vida. Tal teoria é defendida pelos doutrinadores Silmara Juny Chinelato, Pontes de Miranda, Maria Helena Diniz e outros¹⁶. Para eles, os direitos dos nascituros não estão sempre condicionados ao nascimento com vida que, por sua vez, estão ligados aos direitos patrimoniais, ao que se pode concluir que antes do nascimento o direito de nascer e a proteção jurídica da personalidade do nascituro já existem.

¹⁴Dicionário Jurídico. Atualizado em 07 de março de 2016. Op. Cit, GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1605/Personalidade>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

¹⁵LOURO, Célio Monteiro; DUTRA, Vera Carmem Ávila. Direitos e Garantias do Nascituro. *Jornal Eletrônico das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. Minas Gerais, ano VII, Edição II, p.50, agosto 2015. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20150916_081849.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹⁶LOURO, DUTRA, op. cit., p.56.

A teoria da personalidade condicionada, nada mais é que um misto das teorias anteriores, onde atribui a expectativa do direito à personalidade ao nascituro, porém esta somente é adquirida quando no nascimento com vida, voltada diretamente aos direitos patrimoniais, não se vinculando aos direitos pessoais ou da personalidade em prol do nascituro.¹⁷

A condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. Em se tratando do nascituro, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Os doutrinadores Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Arnaldo Rizzardo defendem esta teoria¹⁸.

Diante do conflito existente entre as teorias natalista e concepcionista, a situação real do nascituro fica sem definição, uma vez que uma atribui à personalidade jurídica apenas quando do nascimento com vida, conforme já declinado, e a outra extrapola o bom senso atribuindo a personalidade jurídica já ao zigoto.

A definição que a teoria da personalidade condicional expõe, atende às necessidades da sociedade eis que concebe a personalidade jurídica ao nascituro desde a concepção, porém só lhe é atribuída de fato quando do nascimento com vida, que uma vez confirmada a esta condição a personalidade jurídica retroage à sua concepção, logo o nascituro não é privado de seus direitos, como o próprio direito à vida, aos alimentos, à integridade física e aos direitos sucessórios.

¹⁷TARTUCE, Flávio. *Em que consiste a teoria concepcionista, no que concerne ao nascituro?* Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

¹⁸LOURO, DUTRA, op. cit., p.51.

Entende-se com o disposto, que a atribuição da personalidade jurídica com o nascimento com vida ocorre quando há a capacidade do recebedor da personalidade jurídica em possuir não apenas os direitos, mas a carga de deveres à personalidade jurídica é atribuída.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, teve como base esse entendimento quando proferiu a seguinte decisão¹⁹:

Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação provida.

Este julgamento reforça o entendimento majoritário, ressaltando que o nascituro goza de personalidade jurídica desde sua concepção, sendo seu nascimento com vida apenas elemento subjetivo para o exercício do direito patrimonial, sendo certo que o nascituro poderá ser representado para o exercício dos demais direitos a ele resguardado.

3. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO NASCITURO

No capítulo da capacidade processual, o artigo 70 do CPC/2015, afirma que toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo. Entende-se então, que a capacidade de estar em juízo fica intimamente ligada à capacidade de exercício do direito civil.

A capacidade postulatória conforme a Constituição da República é definida como a capacidade de postular em juízo, importante para assegurar a tutela jurídica no âmbito do poder judiciário, devendo ser exercida por profissionais dotados de conhecimentos técnico-

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70002027910. Relator: Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19510537/apelacao-civel-ac-6839476-pr-0683947-6/inteiro-teor-104361542>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

jurídico, resguardadas às exceções, com o fim de proporcionar a efetividade da tutela requerida.

Desse modo, considerando a personalidade jurídica do nascituro, concluir-se-á que esse possui a capacidade de compor uma relação processual e, conseqüentemente, legitimidade ativa para compor determinadas relações jurídicas, desde que devidamente representado.

O Código de Processo Civil de 2015, não abordou a capacidade postulatória ou de representação do nascituro, tendo extinguido de seu rol alguns artigos do CPC/73 que tratavam diretamente da forma que se dá a representação do nascituro no âmbito jurisdicional, dando margem às divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do limite no qual o direito pode ser resguardado em favor do mesmo.

Apesar das divergências, alguns tribunais têm reconhecido a legitimidade processual do nascituro para, por exemplo, compor ação de indenização de danos morais, destacando-se a inusitada decisão da décima câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida pelo Relator Desembargador Roberto Maia, datada de 27/11/2012 (Apelação Cível nº 193648-1²⁰), no qual se reconheceu a legitimidade ad causam do nascituro, representado pela mãe gestante, em que se reformou a sentença condenatória, rejeitando a preliminar de ilegitimidade e capacidade do nascituro e majorando o valor da condenação a título de danos morais a ser pago em favor do nascituro e à mãe.

Esta decisão também resguardou o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, onde concluiu que o nascituro pode figurar no polo ativo de uma ação civil de

²⁰BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 193948-1. Relator: Desembargador Renan Lotufo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/51500600/djsp-judicial-1a-instancia-capital-04-03-2013-pg-2770>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

alimentos, seja esta individualmente considerada, ou combinada com ação de investigação de paternidade.

A referida decisão obteve bastante repercussão, não só pela celeridade do julgamento e pelas partes que compunham a ação de indenização, mas pela condenação de ressarcimento a títulos de danos morais ao nascituro.

Tal decisão contraria a teoria natalista, em que o Código Civil Brasileiro se resguarda, tendo em vista que a referida decisão não é condicionada ao nascimento com vida, garantindo ao nascituro o direito conforme defende a teoria concepcionista, resguardando o direito de indenização independentemente de seu nascimento com vida, sendo certa a aplicação do direito sucessório.

Nomeado curador, o nascituro terá resguardado o direito sucessório, conforme prevê o artigo 1.779 do Código Civil Brasileiro, onde a mulher grávida deve requerer em sentença a declaração da sua investidura na posse dos direitos que assistam ao nascituro. Para tanto as partes utilizavam o respaldo dos arts. 877 e 878 do CPC/73.

Com a ausência de correspondência no CPC/2015, o respaldo legal para a gestante requerer em juízo que seja resguardado o direito sucessório do nascituro através de sentença declaratória não é afastado, tendo em vista que mesma deverá proceder com a propositura de tutela provisória cautelar, remédio jurisdicional aplicável ao caso. Com fulcro no artigo 301 do CPC/15²¹, in verbis:

A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito [...].

²¹BRASIL. Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

A utilização da tutela provisória cautelar permite que o magistrado adote outras medidas necessárias, desde que tais medidas sejam idôneas para assegurar o direito material ventilado em juízo, haja vista possuir rol meramente exemplificativo.

A decisão que nomeará o representante, no caso da gestante ser capaz, ou o curador do nascituro, no caso da incapacidade da gestante, na sucessão, não transitará em julgado, haja vista que trata de direito fundado em mera expectativa de direito, em que a sentença é declaratória, com fundamento no *fumus boni jûris*, onde a dúvida permanece quanto ao nascimento com vida e não quanto ao conteúdo declaratório da sentença, sendo assim, tal decisão não transitará em julgado e não produzirá coisa julgada material, uma vez que se é declarado à aparência do direito. Neste caso, verifica-se a grande influência da teoria natalista também no novo código de processo civil, onde se pode constatar a limitação dos direitos ao nascimento com vida.

A imissão na posse pela gestante aos direitos do nascituro é indispensável, não para a composição da lide, mas para que haja a representação dos interesses do nascituro perante terceiros. Embora submetida ao regime das cautelares e aos seus procedimentos, a decisão que nomeia o detentor da posse dos bens do nascituro, não é medida cautelar. Trata-se de tutela preventiva e provisória, todavia não há ação principal a ser proposta.

CONCLUSÃO

O presente trabalho discorreu de forma generalizada sobre as teorias existentes sobre o início da personalidade jurídica, com ênfase nos direitos do nascituro e em sua capacidade postulatória.

Embora o Código Civil seja predominantemente baseado na teoria natalista, é possível encontrar divergência sobre o início da personalidade nos julgados existentes sobre a

matéria, isso ocorre haja vista o ordenamento jurídico se basear em sua maioria, na teoria concepcionista que melhor se aplicada no que se refere à defesa dos direitos do nascituro.

É constatada a existência de grande lacuna na lei referente à regulação dos direitos do nascituro e à necessidade de legislação específica, haja vista o abandono do Projeto de Lei 478/07.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sem lei que o norteie, subjetiva e limita o *quantum* alcançado pelo nascituro, além de manter a divergência nos tribunais, haja vista que o direito fica ainda mais sujeito às interpretações dos doutos julgadores, cada um à sua maneira, com base nas teorias norteadoras do início da personalidade jurídica.

Apesar de existirem leis que discorrem e regulamentam o tratamento do nascituro enquanto embrião, é possível identificar a generalização na aplicação dos direitos do mesmo. Com a exclusão de representação dos artigos 877 e 878 no CPC/15, o nascituro enquanto sujeito de direito ainda possui carência na regulação dos seus direitos, podendo ser lesado, na ausência da mesma.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Disponível em: <<http://docente.ifrn.edu.br/avelinolima/disciplinas/filosofia-da-mente/dicionario-de-filosofia-nicola-abbagnano/view>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BÓBBIO, Norberto. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a_era_dos_direitos.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2016.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal – ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777663/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df-stf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70002027910. Relator: Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19510537/apelacao-civel-ac-6839476-pr-0683947-6/inteiro-teor-104361542>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 193948-1. Relator: Desembargador Renan Lotufo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/51500600/djsp-judicial-1a-instancia-capital-04-03-2013-pg-2770>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Dicionário Jurídico. Atualizado em 07 de março de 2016. Op. Cit, GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1605/Personalidade>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

Enciclopédia Jurídica. Apud. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v.1, p.149. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/personalidade-jur%C3%ADdica-ou-civil/personalidade-jur%C3%ADdica-ou-civil.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

LOURO, Célio Monteiro; DUTRA, Vera Carmem Ávila. Direitos e Garantias do Nascituro. *Jornal Eletrônico das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. Minas Gerais, ano VII, Edição II, p.50, Agosto 2015. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20150916_081849.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

NOBRE, Edílson Pereira. *O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.1. 19 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 188-200. Disponível em: <https://drive.google.com/folderview?id=0B_heoPyytmivTDNYcW5WLXNrVk0>. Acesso em: 01 mai. 2016.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. v. 212; p.89-94; abril/junho 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: 04 mai. 2016

SILVA, Matheus Teixeira da. Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro. v. 2; n. 22; Jul/Dez. 2012. p.16. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/2424/3162>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

SPAGLIARI, Ítalo. Op. cit., PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil Anotado*. Porto Alegre: Síntese, 1ª Edição, 2004, p. 23. Disponível em: <<http://italospagliari.jusbrasil.com.br/artigos/117634705/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

TARTUCE apud. DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*. v. único. São Paulo. Método. 2011. p.71. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B2UyZCAnOXhXNmhoSk50RWRqcnc/view>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Em que consiste a teoria concepcionista, no que concerne ao nascituro?* Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos>>. Acesso em: 04 mai. 2016.