

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

JULIANA CANDEU PATRICIO

O NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

JULIANA CANDEU PATRICIO

O NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, Unesc.

Orientador: Prof. Esp. Marcus Vinícius Almada Fernandes

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

JULIANA CANDEU PATRICIO

O NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para a obtenção do Grau de Bacharel, no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, Unesc.

Criciúma, _____ de _____ de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Marcus Vinícius Almada Fernandes – UNESC – Orientador

Profª. Esp. Mônica Abdel AI – UNESC – Examinador

Prof. Esp. Fabrizio Guinzani – UNESC – Examinador

**Ao meu pai, João Batista Patricio, que
infelizmente, não poderá estar presente ao
fim desta jornada.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que está sempre comigo guiando meus caminhos.

Aos meus pais pelo amor incondicional e pela paciência.

Ao meu marido, que me acompanha em todos os momentos, fazendo a minha vida cada vez mais feliz.

Ao meu orientador por toda paciência e auxílio prestado, bem como a todos que, de alguma forma, tornaram a realização deste trabalho possível.

A todos, o meu Muito Obrigado.

“Quem critica a injustiça fá-lo não porque teme cometer ações injustas, mas porque teme sofrê-las.”

Platão

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo, um tema bastante polêmico no meio jurídico, que é o direito do nascituro na esfera sucessória. Esta polêmica se mantém principalmente devido às discussões que ocorrem a cerca do início da personalidade jurídica. A metodologia usada foi o método dedutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Para um melhor entendimento do tema proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro foi feita uma abordagem sobre a vida humana, e sobre as diversas teorias a respeito da personalidade jurídica. O segundo capítulo tratou do direito sucessório de uma forma mais abrangente, ficando para o terceiro capítulo, um estudo mais focado no nascituro, visando os seus direitos na sucessão, tanto na legítima como na testamentária, acrescentando ainda análise jurisprudencial relevante ao tema proposto. Através do presente estudo, verificou-se que o nascituro possui seus direitos sucessórios resguardados na sucessão, tanto na legítima como na testamentária.

Palavras-chave: Direito do Nascituro. Teorias da personalidade jurídica. Sucessão legítima. Sucessão testamentária. Capacidade para suceder.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível

AgRg – Agravo Regimental

art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CPC – Código de Processo Civil.

DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre

n.º – Número

p. – Página

Rel. – Relator

REsp. – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A VIDA HUMANA	11
2.1 Do Início da Vida	11
2.2 Do Direito à Vida	12
2.3 Da Personalidade Jurídica	14
2.3.1 Personalidade e Capacidade	14
2.4 Teorias a Respeito da Personalidade Jurídica	15
2.4.1 Teoria Concepcionista	16
2.4.2 Teoria da Personalidade Condicional	17
2.4.3 Teoria Natalista	19
3 DO DIREITO SUCESSÓRIO	21
3.1 Breve Histórico do Direito Sucessório	21
3.2 Conceito e Finalidade	22
3.3 Sucessão Legítima	25
3.4 Sucessão Testamentária	27
3.5 Capacidade para Suceder	30
4 O NASCITURO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA	33
4.1 Do Direito do Nascituro na Sucessão Legítima	33
4.2 Do Direito do Nascituro na Sucessão Testamentária	35
4.3 Análise Jurisprudencial do Direito do Nascituro	38
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50
ANEXOS	53

1 INTRODUÇÃO

Muito se fala do início da vida humana, em qual momento que realmente pode-se afirmar que existe um ser dotado de personalidade.

A partir da fecundação, o feto passa por vários estágios de desenvolvimento até chegar ao nascimento, e cabe saber, em qual destes estágios ele já pode ser tratado como uma figura humana.

Em nosso ordenamento jurídico a lei assegura os direitos do nascituro desde a sua concepção, tratando-se esta da corrente concepcionista, porém existem outras duas correntes doutrinárias a cerca do início da personalidade a serem observadas.

A corrente natalista verifica que o nascituro só será um sujeito de direitos, se nascer com vida.

A teoria da personalidade condicional resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, porém, esses direitos só serão adquiridos se ocorrer o nascimento com vida.

O nascituro, em muitos casos, devido a sua fragilidade, e sua incapacidade ativa, acaba sendo prejudicado em seus interesses.

No direito sucessório, tanto na sucessão legítima como na testamentária, pode o nascituro ser parte, podendo herdar por testamento, ou por força da lei. Até tornar-se capaz, um curador irá zelar pelo o que é seu de direito, garantido pelo instituto do fideicomisso.

Para elucidar bem a questão, estruturou-se o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo discorre-se sobre o início da vida, e sobre as correntes doutrinárias a cerca da personalidade jurídica. No segundo capítulo buscou-se um entendimento maior sobre a sucessão, sendo que no terceiro capítulo, uma análise maior sobre o nascituro ligado diretamente ao direito sucessório.

Para auxiliar nessa tarefa, uma análise jurisprudencial sobre a questão será abordada, com decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. As decisões aqui colacionadas foram selecionadas buscando o lado qualitativo das jurisprudências, não se apegando apenas a um tribunal.

O que se pretende aqui, no presente estudo é justamente analisar o nascituro como um ente de personalidade e possuidor de direitos, respeitando e resguardando tudo o que lhe é devido.

2 A VIDA HUMANA

2.1 Do Início da Vida

A fecundação, num sentido mais amplo, é definido como o primórdio da vida humana, trata-se do momento onde um novo ser é gerado. O nascimento, quando se dá a luz, também é um início de vida, porém não é o início da vida humana.

O desenvolvimento do ser humano começa após a união dos gametas masculino e feminino ou células germinativas, durante o processo conhecido por fecundação. (MOORE, 1990, p. 2)

A fecundação é uma seqüência de eventos que começa com o contato de um espermatozóide com um ovócito secundário e termina com a fusão de seus pronúcleos e a mistura dos seus cromossomos formando uma nova célula. Este óvulo fecundado, denominado zigoto, e uma célula diplóide grande, é o início ou primórdio de um ser humano. (MOORE, 1990, p. 02)

Almeida (2000, p. 112) ao abordar o tema, destaca que:

A fecundação é por tanto, o marco inicial do desenvolvimento humano, que só estará completo na idade adulta. Esse desenvolvimento se faz de maneira contínua, mas é passível de ser dividido em etapas marcantes, como a implantação, o período embrionário, o período fetal, a primeira infância, a segunda infância e a puberdade.

Dessas etapas, salienta-se pela sua importância, a primeira delas, a implantação, que oferecerá ao ovo (embrião) os nutrientes necessários á sua sobrevivência. (ALMEIDA, 2000, p. 112)

É pela implantação que o ovo adquire viabilidade; caso contrário, perecerá na cavidade uterina e será eliminado imperceptivelmente à época da menstruação; é a implantação que determina, ainda, o início do estado gravídico da mulher. (ALMEIDA, 2000, p. 113)

Embora a vida comece com a fecundação, é a implantação que vai garantir a sobrevivência do concepto, isto é, a vida viável. (ALMEIDA, 2000, p. 113)

O nascimento do homem, com efeito, é somente mais um passo numa continuidade vital que começa com a concepção e se conclui com a morte. (SILVA, 2002, p. 48)

A vida vem protegida desde o seu início, de forma que não há como se afastar igual proteção aos embriões obtidos por qualquer das técnicas de reprodução.

2.2 Do Direito à Vida

O principal direito natural do homem é o direito a vida, no qual também se estende ao direito de nascer, e viver com dignidade. É um direito fundamental e constitucional, sendo que ninguém poderá ser privado de tal direito.

O direito primordial do ser humano é o direito à vida, por isso denominado direito condicionante, já que dele dependem os demais. (ALMEIDA, 2000, p. 293)

Em verdade, o direito fundamental do ser humano à vida, é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecido, e que pertence ao ser humano pelo simples fato de ter sido concebido. É-lhe inerente, e não concedida. (LEITE, 2000, p. 50)

Ainda quando o direito à vida não fosse tutelado pelo sistema jurídico, sua natureza de Direito Natural legitimaria a imposição *erga omnes*, pois se trata de um direito fundamental, o mais essencial dos direitos. (LEITE, 2000, p. 51)

A Constituição Federal assegura, no caput do art. 5º a inviolabilidade do direito a vida como garantia fundamental. Neste sentido:

Art. 5º CF. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 2004)

Disto decorre que qualquer projeto de lei tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida seria inconstitucional. Como observa LEITE:

Assim, projetos de lei visando a introdução do aborto, eutanásia, infanticídio ou outra forma de extinção da vida humana, como a pena de morte, p. ex., são manifestamente inconstitucionais. Esbarram na garantia que a Carta Magna atribui à vida humana sem distinguir idade e condição do indivíduo. (LEITE, 2000, p. 59)

É oportuno ressaltar o entendimento de João Carlos Barbosa Moreira:

Não faz sentido, por exemplo, entender o direito à vida como o direito de viver indefinidamente, ou de permanecer vivo por determinado lapso de tempo; seria algo manifestamente incompatível com a realidade humana. Ao que nos parece, pode-se e deve-se conceber o direito à vida, em última análise, como o direito de não tê-la abreviada por ato voluntário (não necessariamente intencional) de outrem. (2006, p.150)

No direito internacional, o direito à vida é expressamente previsto pelo Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), no qual foi ratificado pelo Brasil em 25 de novembro de 1992, onde é estabelecido no Capítulo II, art.4º:

I – Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da Concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (Dec. Lei nº 678/92)

No âmbito do Direito Penal, tutelam o direito à vida, os arts. 121 á 128 do Código Penal, no qual incriminam as diferentes graduações de homicídio, em função de vários fatores como o “homicídio simples” (art.121), o “qualificado” (§2º), o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, o aborto e o infanticídio.

Logo, pode-se dizer em razão de se assegurar o direito à vida, é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. E também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria. (LEITE, 2000, p. 63)

Não é possível construir uma sociedade solidária sem reconhecer e tutelar o direito à vida, sobre o qual se fundamentam e se desenvolvem todos os demais direitos inalienáveis da pessoa humana. (SILVA, 2002, p. 171)

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito á vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental relevante. (DINIZ, 2003, p. 127)

2.3 Da Personalidade Jurídica

2.3.1 Personalidade e Capacidade

A personalidade, de um modo geral, atribui à figura humana uma fisionomia única e peculiar, tornando-nos seres irrepetíveis dotados de características próprias.

Juridicamente, a personalidade é tida neste mesmo conceito, caracterizando ou individualizando a pessoa ou a entidade física ou jurídica, com aptidão a ser sujeito ativo ou passivo de direitos. (LEITE, 2000, p. 11)

Para Clóvis Beviláqua, personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. (BEVILÁQUA, 1998, p. 70)

Dessa forma, ao se falar em personalidade, procura-se exprimir a condição jurídica do ente em causa, que pode ser ou não pessoa, conforme as circunstâncias fáticas exigidas pelo ordenamento, como por exemplo, o nascimento com vida. (MEIRELLES, 2000, p. 75)

Há que se distinguir personalidade e capacidade; esta é a extensão dada aos poderes de ação contidos a personalidade. (ALMEIDA, 2000, p. 128)

A personalidade é uma qualidade que requer o suporte de um substrato real: a pessoa. Já a capacidade comporta uma valência de natureza quantitativa, expressando a medida variável dos direitos e deveres de que uma pessoa pode ser sujeito, bem como o alcance da aptidão para o exercício pessoal e livre desses mesmos direitos. (SILVA, 2002, p. 222)

Clóvis Beviláqua define capacidade como “aptidão de alguém para exercer por si só os atos da vida civil. (BEVILÁQUA, 1998, p. 70)

Analisando o conteúdo do artigo 1º do Código Civil “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, é de se notar que daí é que surge a noção de capacidade, onde se esbarra com a de personalidade e a de pessoa.

Segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 131), capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O

conjunto desses poderes constitui a personalidade, que localizando-se ou concretizando-se num ente, forma e pessoa.

A capacidade hoje, pertence em geral a todos os homens, mas isso não quer dizer que o homem, por sua própria natureza, seja capaz de direitos e obrigações, e que, portanto, capacidade jurídica seja-lhe uma qualidade.

A capacidade jurídica pode ou não coexistir com a capacidade de agir. Esta pressupõe sempre a capacidade jurídica, enquanto a existência desta não implica necessariamente a existência daquela. Se é verdade que todos são, em geral, capazes de direito, nem todos têm capacidade de agir. Assim é porque, enquanto a capacidade jurídica se conquista no momento do nascimento, a capacidade de agir, ao contrário, adquire-se, com o desenvolvimento da faculdade intelectual e volitiva, porque pressupõe a capacidade de compreender e de querer. (ALMEIDA, 2002, p.129, 130)

Assim, capacidade é elemento da personalidade. Esta, projetando-se no campo do Direito, é expressa pela idéia de pessoa, ente capaz de direitos e obrigações. (ALMEIDA, 2000, p.131)

2.4 Teorias a Respeito da Personalidade Jurídica

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 2º, institui que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe salvo, desde a concepção os direitos do nascituro. (BRASIL, 2004)

O direito sempre conferiu proteção jurídica ao nascituro, no entanto, quanto a sua natureza jurídica, existem várias teses e doutrinadores que se manifestam de maneira diversa, cada qual se direcionando a uma das correntes doutrinárias existente.

As três correntes fundamentais identificadas na doutrina brasileira são: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. (ALMEIDA, 2000, p. 145)

2.4.1 Teoria Conceptionista

Para os adeptos desta corrente doutrinária, o nascituro já adquire personalidade desde a sua concepção, aja vista que possuem direitos reais com o direito ao nascimento, e à vida.

A fecundação do óvulo humano assinala o começo da vida de cada indivíduo, distinto daqueles que contribuíram biologicamente para a sua formação e dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento. Essa noção de autonomia possibilitou à corrente doutrinária denominada conceptionista sustentar que o embrião humano caracteriza-se como pessoa a partir da concepção. (MEIRELLES, 2000, p. 91)

Segundo a doutrina denominada conceptionista, a personalidade começa a partir da concepção. Desde o momento em que é concebido, o nascituro é considerado pessoa. (MEIRELLES, 2000, p. 53)

O nosso Código Civil afastou todas essas hipóteses, que originavam incertezas, dúvidas, pois no seu art. 2º “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, não contemplou os requisitos da viabilidade e forma humana, afirmando que a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois. (DINIZ, 2003, p. 180)

Conquanto comece o nascimento com vida, a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, como o direito a vida, a integridade física, a alimentos, a uma adequada assistência pré-natal, à representação, a um curador que represente e zele pelos seus interesses em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança, a ser contemplado por adoção, a ser adotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade etc. Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, o concebido in vitro, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. (DINIZ, 2003, p.180)

Em nosso ordenamento jurídico, verifica-se que a teoria predominante, é a concepcionista, onde existe grande número de doutrinadores que a defendem como, por exemplo, Maria Helena Diniz, Silmara Chinelato, Teixeira de Freitas, que se identificam com a mesma, em face também de a nossa legislação nos remeter a tal posicionamento, haja vista a exposição clara do art. 2º do Código Civil.

Os adeptos desta terceira teoria denominada concepcionista, reconhecem a personalidade ao nascituro desde a concepção, sem considerá-la condicional senão com relação a certos direitos. (PUSSI, 2005, p. 97)

Para estes autores que foram mencionados acima, em existindo alguma condição, esta deve restringir-se unicamente aos direitos patrimoniais, mas, em hipótese alguma, aos direitos fundamentais da personalidade. (PUSSI, 2005, p. 98)

Assim, para quem defende tal posicionamento, não é justo ou correto que os direitos do nascituro fiquem sempre condicionados ao nascimento com vida. (PUSSI, 2005, p. 97)

Com o avanço da medicina, principalmente em relação à genética, assim como o avanço também dos direitos fundamentais, é visto que venha se desenvolver cada vez mais uma proteção maior ao nascituro.

Diante desses fatos, é perceptível a tendência dos doutrinadores mais novos e modernos de aceitar a teoria concepcionista como a mais adequada.

Em síntese, mesmo sendo difícil atribuir capacidade a uma pessoa inexistente, é visto que na teoria concepcionista, o nascituro, desde a concepção já é considerado pessoa, tendo resguardado e protegido os seus direitos.

2.4.2 Teoria da Personalidade Condicional

Para esta teoria, o nascituro possui personalidade a partir da concepção, porém ele só irá adquirir direitos se nascer com vida. Seus direitos estão subordinados a uma condição suspensiva que é o nascimento com vida.

A corrente da personalidade condicional sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com

vida. Assim, uma vez que se verifique o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção. (MEIRELLES, 2000, p. 52, 53)

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o sistema do Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se tal sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direito, como deverá suceder, se o nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos. (ALMEIDA, 2000, p.154)

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 148), “desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, seja in vitro, ou in útero estariam preenchidas as condições para se considerar existente um novo ser”.

Ao nascer com vida, implementa-se a condição e os direitos que adquirira, por atos cuja eficácia dependeria do seu nascimento com vida, que integrarão definitivamente seu patrimônio, mesmo vindo a falecer logo em seguida. (PUSSI, 2005, p. 95)

William Artur Pussi, ainda conclui que:

Assim, em síntese, a corrente da Personalidade Condicional sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com vida. Ou seja, uma vez que se verifique o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção. (2005, p. 97)

Para a presente teoria, o início da personalidade ocorre sim com a concepção, desde a concepção o nascituro já é considerado pessoa, mas, porém só terá direitos se ocorrer o seu nascimento com vida.

Cabe ainda ressaltar que a condição do nascimento, não é para que a personalidade exista, visto que desde a concepção ele já a adquire, mas sim para que se consolide a capacidade jurídica.

2.4.3 Teoria Natalista

No que diz respeito à teoria natalista, verifica-se que o nascituro só será um sujeito de direito se nascer com vida. Antes do seu nascimento existe apenas uma expectativa de direito, onde se concretizará com o nascimento.

Para a linha natalista, que afirma que a personalidade começa a partir do nascimento com vida, o nascituro não é pessoa, embora receba proteção legal; a personalidade, portanto, é subordinada à condição suspensiva “nascer com vida”. (MEIRELLES, 2000, p. 52)

A aquisição de direitos surgidos desde a concepção subordina-se ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, de tal forma que se ocorrer, efetivamente dar-se-á a aquisição; de outra sorte, se houver aborto ou se natimorto for considerado o nascido, não haverá perda ou transmissão de direitos. (MEIRELLES, 2000, p. 52)

A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mas ainda não nascido, não importa reconhecimento nem atribuição de personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica de expectativa, de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas, ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros. (RÁO, 1999, p. 655)

Desta postura extrai-se que não se trata de salvaguardar os direitos naturais e reais, mas, de verdadeira expectativa, que em direitos subjetivos se transformará se o concebido vier a adquirir vitalidade. (RÁO, 1999, p. 655)

Segundo doutrinadores adeptos desta teoria, esta é originária do direito romano.

Para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto de direito. O feto, nas entranhas maternas era um aparte da mãe, e não uma pessoa, um ente ou um corpo. Por isso mesmo não podia ter direitos, não podia ter atributos reconhecido ao homem. (PEREIRA, 2001. P. 145)

São adeptos dessa teoria civilista, Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, João Luiz Alves, Eduardo Espínola e Sady Cabral Gusmão. (ALMEIDA, 2000, p. 145)

De acordo com César Fiúza:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá adquirir ao nascer. (2004, p. 85)

Para este grupo de doutrinadores, a posição do nascituro, é de um mero expectador de direitos, pois a constatação da existência jurídica ocorrerá apenas através do nascimento com vida.

3 DO DIREITO SUCESSÓRIO

3.1 Breve Histórico do Direito Sucessório

Conforme se extrai da doutrina, a sucessão, em uma era mais remota, veio como uma forma de transmissão espiritual, como se o herdeiro viesse a dar continuidade à personalidade do defunto.

Desde a antiguidade (grega ou romana) a sucessão privada se justificava por considerações religiosas. O culto familiar, ou seja, o culto dos ancestrais consistia em oferecer ao morto oferendas fúnebres e sacrifícios sobre seu túmulo. (LEITE, 2004, p. 25)

Este culto era celebrado na casa da família onde os mortos eram enterrados. (LEITE, 2004, p. 25)

Assim, para assegurar a necessária continuidade do culto, era fundamental que os encarregados da cerimônia recolhessem a propriedade do morto. (LEITE, 2004, p. 25)

Os herdeiros homens eram os sacerdotes deste culto, justificando a transmissão apenas pela linha masculina, aos agnados. Isto é, a herança se transmitia ao primogênito varão. (LEITE, 2004, p. 25, 26)

Nesta fase, a sucessão estava relacionada a um ato espiritual, de homenagem e honra ao falecido, de uma continuação de sua vida.

Em todos os povos primitivos, de modo geral, havia características comuns: os direitos patrimoniais não se partilhavam, mas pertenciam à família. Com a morte do pai, a administração passava ao filho primogênito, sempre do sexo masculino. E nestes sistemas (em que só o filho primogênito herdava), ficava o patrimônio nas mãos de um ramo familiar. O primogênito tornava-se opulento. Os demais filhos trabalhavam para aquele, a quem ficavam subordinados, e numa situação econômica inferior. (RIZZARDO, 2008, p. 5)

Nos povos em que a sucessão restringia-se à linha masculina, não havendo filho, adotava-se um herdeiro, que recebia o encargo de dirigir as práticas religiosas. (RIZZARDO, 2008, p. 5)

Nota-se que a mulher era discriminada, não herdando sequer por morte do marido. (RIZZARDO, 2008, p. 5)

Na história romana das sucessões, apenas existia a ocorrência desta na linha masculina, acreditando-se que as filhas mulheres não continuariam o culto doméstico, pois ao se casarem, estariam renunciando sua religião para aderir a do marido. Embora esta situação se trate de generalidades de civilizações antigas, infelizmente ainda é possível encontrar vestígios desta discriminação em certas civilizações modernas, quando supervalorizam o nascimento do filho homem em detrimento das filhas mulheres (VENOSA, 2007, p. 03).

Através dos tempos, a sucessão foi evoluindo em fases.

Primeiramente ficava com o grupo familiar, já que persistia a comunidade agrária.

Posteriormente, com o sentimento de individualidade das pessoas, e o elo familiar se estreitando, foi sendo transmitidas as propriedades aos descendentes do grupo familiar mais próximo.

E por fim quando já estava firmada a propriedade individual, tendo reflexo agora as ações políticas- religiosas, e os laços de parentesco, a transmissão saiu da classe familiar e passou aos herdeiros, sendo estes considerados os que estavam submetidos ao poder familiar, e agora também aos instituídos herdeiros por testamento.

3.2 Conceito e Finalidade

Em nossa vida nada é eterno ou definitivo, algum dia tudo irá ter um fim. Esta é a única certeza que todos sabem, um dia irão morrer.

Esta é a verdade mais concreta, dura e incontestável. Mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que tornam vivo ou presente nas memórias. (RIZZARDO, 2008, p. 01)

Mas se há algo na vida que é certo, absolutamente certo, é que se vai morrer. Porém, ninguém pensa na própria morte. Apesar de se ter a mania de reclamar da vida, não se quer abrir mão dela. Ainda há muito a fazer, sonhos a

realizar. Quase todo mundo se acha insubstituível, e acredita que o mundo vai parar com a sua ausência. (DIAS, 2008, p. 07)

A morte desencadeia uma ruptura no domínio dos bens. Cessa a vida corporal, mas subsiste a da alma, que é imortal. No entanto, os bens materiais estão ligados á vida corporal, necessário que outras pessoas venham e assumam a titulariedade, de modo a se recompor a ordem ou a estabilidade no patrimônio. (RIZZARDO, 2008, p. 01)

O Direito sucessório vem a ser um prolongamento do patrimônio familiar.

Suceder significa substituir, ou seja, tomar o lugar do outro. Quando uma pessoa toma o lugar de outra, uma sucede a outra. Sucessão, em sentido geral e vulgar, é a seqüência de fenômenos ou fatos que a parecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. (DIAS, 2008, p. 28)

Opera-se, através desta seqüência, a troca de titulares de um direito, afastando-se uma pessoa da relação jurídica e, em seu lugar, ingressando outra, que assume todas as obrigações e direitos de seu antecessor. Subsiste o objeto original, mas substitui-se o sujeito na relação, inserindo-se um no lugar do outro. (CAHALI – HIRONAKA, 2007, p. 19)

Inácio de Carvalho Neto, define o direito das sucessões da seguinte forma:

Define-se o direito das sucessões como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. Distingue-se o sentido objetivo do subjetivo da expressão: em sentido objetivo, pensa-se no conjunto de normas que regulam a sucessão; já em sentido subjetivo, tem-se em vista o direito de suceder, o direito de receber a herança.(2008, p. 23 e 24)

No sentido técnico, a sucessão corresponde à transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir. Suceder conceitua-se como herdar ou receber o patrimônio daquele que faleceu. (RIZZARDO, 2008, p. 11)

Segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 19), cabe salientar que:

“O direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugado ao direito das famílias. O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de estar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.

A finalidade do direito sucessório é manter o patrimônio no grupo familiar.

“Com efeito, instituído para regular a substituição do finado nas relações com o respectivo acervo e para posterior atribuição definitiva a seus titulares, esse direito permite à família a preservação do patrimônio, diante dos laços conjugais e parentais, mantidos com o autor da herança (...)” “permite a perpetuação de certas relações jurídicas reais em uma família, com a sucessiva transmissão do patrimônio a várias gerações, compreendidos, conforme o caso, bens corpóreos ou incorpóreos, universalidades de direitos, empresas ou outros elementos suscetíveis de valoração econômica. Tutela, assim, os interesses familiares, preservando, para os descendentes, na linha normal da vida humana, o respectivo patrimônio”. (BITTAR, 1992, p. 2 e 3)

E justamente por visualizar no horizonte uma certa eternização da família, com a transmissão de conquistas pessoais especialmente aos descendentes, o que sugere uma impressão e mesmo convicção de transcendência temporal, nasce o ânimo ou a disposição de adquirir e produzir bens, isto é, de manter e desenvolver o dinamismo da vida. (RIZZARDO, 2008, p. 16)

Ao tratar de direito das sucessões, direcionam-se as normas legais principalmente à destinação do patrimônio deixado pela pessoa falecida, indicando seus herdeiros (sucessão legítima), às regras pertinentes a nomeação de sucessores, por disposições de última vontade, com as respectivas formalidades e restrições (sucessão testamentária) e à forma com que se dará a transmissão. (CAHALI, 2003, p. 30)

O fato que irá determinar o momento da transmissão da herança é a morte. Confirmada a morte do de cujus, opera-se a transferência dos bens, dos direitos e das obrigações.

É o que versa o Art. 1784 Código Civil:

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Estando aberta a sucessão, esta se dará por força da lei, ou por disposição de última vontade do testador, é o que será visto a seguir.

3.3 Sucessão Legítima

Para o direito sucessório brasileiro, existem duas modalidades de sucessão, no qual poderá ocorrer a transferência da herança, a sucessão legítima, e a testamentária.

Considerando que a pessoa natural ao longo de sua vida adquire inúmeros direitos e contrai muitas obrigações, se ela falecer a titularidade destas relações jurídicas deve ser alterada, substituindo o falecido por seus herdeiros. Assim, o complexo de direitos e deveres deixado pelo falecido, que se denomina herança, é transmitido para outrem para que o seu patrimônio não fique acéfalo. (CASSETARI, 2008, p. 94)

Mas, caso a pessoa natural faleça sem deixar um testamento, e a maioria delas assim o fazem, a regra que será aplicada na sucessão desta pessoa será aquela descrita na lei, denominada de sucessão legítima. (CASSETARI, 2008, p. 95)

A expressão “legítima” é alvo de críticas, até porque não existe sucessão ilegítima. Claro que a referência tem a ver com as discriminações sofridas pelos filhos havidos fora do casamento. Eram chamados filhos ilegítimos. Não podiam ser reconhecidos e, via de consequência, não podiam herdar. (DIAS, 2008, p.106)

Ao se falar em sucessão legítima deve-se sempre ter em mente aquela sucessão na qual a lei impõe suas condições, por isso também denominada sucessão legal ou *ab intestato*. (LIMA, 2003, p. 75)

Na falta de um documento instituidor de herdeiros, bens a serem distribuídos e por qual modo, a lei surge para suprir esta lacuna. Se o de cujus não formulou testamento, presume-se aceitar as condições legais e gerais para sua sucessão. (LIMA, 2003, p. 75)

O artigo 1788 do Código Civil descreve:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Por não existir testamento, na ausência de manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro. Até

se poderia chamar a sucessão legítima um testamento tácito, pois ao deixar o de cujos de dispor sobre seus bens significa que concorda que o seu patrimônio passe às pessoas enumeradas pela lei. (DIAS, 2008, p. 106)

Com efeito, quando o titular de um patrimônio opta por não testar, o que ele faz é atribuir plena legitimidade sucessória às pessoas indicadas pelo legislador. (DIAS, 2008, p. 106)

Cabe ressaltar algumas características da sucessão legítima. A hereditariedade, visto que para ser enquadrado como herdeiro, tem que existir um grau de parentesco. A legalidade, sendo que é a lei que especifica quem é o herdeiro. A universalidade, estando todos os bens sujeitos ao inventário, exceto apenas se existir algum em testamento. A subsidiariedade, no sentido da partilha dos bens que sobrarem do testamento, sabendo-se que se existir herdeiros necessários apenas metade pode ser testado.

Na sucessão legítima, a lei determina as condições a serem observadas e as pessoas a quem deve ser deferida a sucessão, e a isto se chama ordem de vocação hereditária. (LIMA, 2003, p. 76)

Versa o Artigo 1798 do Código Civil:

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

A ordem de vocação hereditária é feita convocando classes, havendo ainda, dentro destas, regras próprias a serem observadas. (LIMA, 2003, p. 76)

O Artigo 1.829 do Código Civil estabelece esta ordem:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

As pessoas indicadas são divididas em classes, sendo que a existência de um herdeiro em determinada classe exclui da herança os integrantes das demais. Entre as pessoas da mesma classe, quando parentes entre si, os mais próximos em grau de parentesco excluem os mais remotos, ressaltando eventual direito de

representação entre os descendentes e filhos de irmãos do autor da herança. Quando o título hereditário for idêntico entre os herdeiros (todos os filhos, netos, primos etc.), receberão, em princípio, por cabeça, dividindo-se o patrimônio em tantas partes iguais quanto s forem os sucessores. Operando-se a sucessão por representação, também chamada por estirpe, os herdeiros nesta condição recebem o que o representado, por cabeça, receberia, partilhando em quinhões iguais esta parcela da herança. (CAHALI – HIRONAKA, 2007, p. 1124)

Segue-se a sucessão legítima em várias hipóteses. Primeiro, na ausência de disposição de ultima vontade, ou inexistência de testamento válido deixado pelo autor da herança – é a chamada sucessão ab intestato; segundo, se o testamento perder a eficácia, por exemplo, falecendo o contemplado antes do testador, sem instituição de substituto – diz-se caduco o testamento nesta hipótese; terceiro, mesmo existindo testamento, se as disposições não contemplarem a universalidade do patrimônio do testador, destinando-se aos bens não compreendidos na cédula o destino da sucessão legítima; por fim, quando vivos herdeiros necessários, quando a eles as regras aplicáveis serão as da sucessão legítima, mesmo existindo testamento, hipótese em que a parcela indisponível do patrimônio do autor da herança corresponde a 50%, será a eles obrigatoriamente destinada, promovendo-se, se for o caso, a redução das disposições testamentárias para preservar os direitos hereditários das pessoas integrantes dessas duas classes. (CAHALI – HIRONAKA, 2007, p. 124 e 125)

Na falta de familiares sucessíveis, entrega-se a herança ao Poder Público, através do procedimento para destinação da herança jacente. (HIRONAKA, 2007, p. 124 e 125)

3.4 Sucessão Testamentária

A lei possibilita ao titular da herança que ele possa eleger, em forma de testamento, quem ele gostaria de beneficiar.

Como sugere o próprio nome, sucessão testamentária é a transmissão da herança por meio de testamento. Ocorre quando houve manifestação de vontade da pessoa – claro que enquanto viva estava – elegendo quem deseja que fique com o

seu patrimônio depois de sua morte. A sucessão legítima é a regra e a testamentária, a exceção. Os herdeiros só recebem o que lhes deixou o testador se existirem bens depois de pagas as dívidas do espólio e estiver garantida a legítima dos herdeiros necessários. (DIAS, 2008, p. 108)

Segundo estabelece o artigo 1857 do Código Civil:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Pelo testamento, há a faculdade de estender a vontade do ser humano para depois de sua morte, através de um ato de vontade, relativamente à disposição dos bens, e inclusive quanto à pessoa dos filhos. (RIZZARDO, 2008, p. 228)

Testamento é um documento que contém a manifestação de última vontade de alguém, para ser atendida depois de sua morte. É negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou disciplina aspectos não patrimoniais, com reflexos somente após seu óbito. Embora produzido em vida pelo testador, em estado de lucidez, os efeitos patrimoniais e reais das disposições testamentárias somente se operam após o falecimento do testador. (SANTANA, 2008, p. 154)

Pode acontecer uma mesma sucessão tanto legítima quanto testamentária, isso porque não há incompatibilidade entre as duas. Ao testador (quem faz o testamento) abre-se a possibilidade de liberar todos os seus bens e também aquilo considerado mais necessário, por exemplo, testar sobre alguns bens e outros não. Se o testamento estiver defasado em algum ponto, a lei virá para socorrer a sucessão. (LIMA, 2003, p. 107)

O testador tem a liberdade de dispor da parte de sua herança a quem lhe aprouver. Limitando-se a deixar seu patrimônio, ou a fração dele, a uma ou mais pessoas, estes são os herdeiros testamentários. Como recebem fração ideal do acervo hereditário, ocorre à transmissão a título universal. Pode beneficiar tanto pessoas estranhas à ordem de vocação hereditária como os próprios herdeiros. O herdeiro testamentário pode ser inclusive pessoa que ainda não nasceu e sequer foi concebida. Também pode ser contempladas pessoas jurídicas já constituídas ou entidade para se transformar-se em fundação. (DIAS, 2008, p. 109)

O testamento pode ser alterado quando desejar e ao prazer do testador. Esse não está adstrito a um documento feito anteriormente, existindo sempre a possibilidade da feitura de um novo revogando total ou parcialmente as disposições do primeiro. Na verdade, podem ser feitos quantos testamentos o testador achar conveniente e necessário, afinal, basicamente, o posterior revogará o anterior. Tudo isso devido á liberdade de testar. (LIMA, 2003, p. 111).

Em síntese, mostra-se o testamento como um ato: a) personalíssimo, uma vez que apenas o testador pode realizá-lo; b) revogável, por que a qualquer tempo o testador pode produzir novo instrumento revocatório do anterior, no que respeita ás disposições de caráter patrimonial; c) unilateral, por que se aperfeiçoa apenas e exclusivamente com a manifestação de vontade do testador; d) gratuito, por que não se compadece de qualquer aspecto oneroso, embora suporte a existência de imposição de encargos a herdeiro instituído ou legatário, o que não desvirtua a sua condição característica de gratuidade; e) solene, por que exige, para valer, a estrita observância dos requisitos essenciais e das formalidades legais; f) causa mortis, por que sua eficácia só será produzida após a morte do testador. (CAHALI, 2007, p. 218)

Se o testador preferir, pode dispor de questões patrimoniais de maior monta, em testamento e de disposições especiais, de alcance menor, em codicilo. (CASSETARI, 2008, p. 162)

Codicilo é palavra de origem latina. Diminutivo de codex (pequeno escrito), designado ato de ultima vontade para questões de pequena monta ou questões administrativas ou espirituais para após sua morte. (CASSETARI, 2008, p. 162)

O artigo 1.881 do Código Civil estabelece:

Art. 1.881 - Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Podem, por isso, perfeitamente conviver o codicilo e o testamento, bem como pode existir apenas codicilo, com existência e eficácia independentes do testamento. Se a hipótese for a primeira, isto é, se ocorrer a convivência do codicilo com o testamento, a sucessão será testamentária; mas se for a segunda, isto é, se

existir apenas o codicilo, a sucessão se procederá *ab intestato*, pois, sendo de monta insignificante os bens aos quais ele se refere, a sucessão dos demais bens será deferida aos herdeiros legalmente constituídos, vale dizer, processar-se-á a sucessão simplesmente regulada pela lei. (CAHALI, 2007, p. 253)

Embora o Código Civil dedique muitos artigos a essa espécie de sucessão, ela ainda encontra pouca aplicação no Brasil, operando-se com maior freqüência a sucessão legítima, (...) (SANTANA, 2008, p. 155)

3.5 Capacidade para Suceder

Existindo um grau de parentesco e uma pessoa, em tese, se tem direito e capacidade para suceder.

Qualquer pessoa nascida, assim como aquela já concebida, encontra-se legítima para suceder. (LISBOA, 2004, p. 409)

Portanto, não apenas as pessoas capazes, como também as incapazes mesmo o nascituro, possuem legitimação para herdar. (LISBOA, 2004, p. 409)

Todos podem receber o patrimônio mediante testamento, inclusive com previsão de pessoas não nascidas ou concebidas, indo mais além o princípio que a regra genérica do art. 1.798, restrita a sucessão legítima estabelece. (RIZZARDO, 2008, p.251)

Eis a redação do art. 1.798 do código Civil.

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

Já o art. 1.799 do referente código estabelece;

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Vale ressaltar que não existe a contemplação de uma pessoa não concebida na sucessão, mas sim, se deixa pendente a possibilidade para os filhos que irão nascer, de pessoas já pré estabelecidas.

Porém, existem alguns casos, como pode ser ver no art. 1.801, em que ocorre a incapacidade de herdar.

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
II – as testemunhas do testamento;
III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Existe ainda a privação do direito de herdar, tratando-se de uma pena imposta pela lei aquela pessoa que de alguma forma ofendeu, desrespeitou ou prejudicou os interesses do de cujus.

Os herdeiros impedidos de suceder podem até ser plenamente capazes, porém encontram-se desprovidos de legitimação para herdar. (LISBOA, 2004, p. 408)

O art. 1814 traz estes casos de exclusão da sucessão.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Para existir a exclusão de um sucessor, é necessária uma sentença judicial. Ele não é excluído automaticamente da sucessão pelo simples fato de ter feito um ato indigno.

Versa o art. 1.815 do Código Civil.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

A indignidade é declarada por sentença em ação ordinária. Ou seja, a exclusão do herdeiro não se dá de pleno direito, mas deve ser promovida por quem tenha justo interesse na exclusão do indigno. Depende, pois, de procedimento judicial, sendo pronunciada *officio judicis*.

4 O NASCITURO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

4.1. Do Direito do Nascituro na Sucessão Legítima

O Código Civil conferiu ao nascituro uma expectativa de direito. Se ele vier a nascer com vida, além de se tornar um sujeito com personalidade civil, seus direitos irão retroagir desde a sua concepção. Porém, mesmo estando sujeito a uma condição futura, que é o nascimento com vida, ele já possui legitimidade para suceder.

O nascituro, embora não tenha personalidade, que só será adquirida por ocasião de seu nascimento com vida, tem legitimação para suceder, quer se trate de sucessão legítima, quer de testamentária. Pode, por exemplo, ser indicado para receber deixo testamentária. (RODRIGUES, 226, p. 40)

Sendo a sucessão legítima aquela que acontece em virtude da lei, fica então comprovado o direito do nascituro a suceder, visto a previsão do art.1798 CC.

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

Todas as pessoas nascidas e as já concebidas são contempladas na abertura da sucessão, dentro da previsão do art. 1.798. Está-se diante, aqui, da sucessão legítima. Não se transmite a herança para pessoa que não existe, ou já falecida, ou ficticiamente criada e imaginada. É condição decisiva que se verifique a existência de vida da pessoa. (RIZZARDO, 2008, p. 49)

É o que dispõe o Art. 2º do C.C

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Pelo fato de reconhecer o direito sucessório, tem o nascituro a existência jurídica. Deve ser respeitado como ente. O exercício de direitos e a prática de atos jurídicos é que iniciam com o nascimento. (RIZZARDO, 2008, p. 50)

Ao nascituro, portanto, é reconhecida a qualidade de herdeiro presumível, com o seu direito condicionado ao nascimento com vida. (COSER, 2006, p. 42)

Para se segurar o direito do nascituro à sucessão, deve-se cumprir algumas regras conforme é mencionado no art. 1597 CC.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Se o nascituro não sobreviver ao parto, ou seja, não nascer com vida, não adquiriu a condição de herdeiro. Nesta hipótese, a herança a que faria jus retorna ao acervo sucessório para ser dividido entre os demais sucessores. Porém, se sobreviver, ainda que por poucos momentos, assumiu a condição de herdeiro e a ele se transmite a herança. Mesmo que venha a morrer logo após o nascimento, os bens recebidos são transmitidos aos seus sucessores. (DIAS, 2008, p. 115)

Neste sentido, também esclarece Silvio de Salvo Venosa:

A atribuição de herança ao nascituro não deve ser considerada, portanto, como uma disposição condicional, embora a situação seja muito semelhante. Se, porém, o concebido nasce morto, não existiu herdeiro, por que o natimorto não foi (art.4º). Pelo princípio da saisine, como o nascituro nunca foi herdeiro, a herança passa diretamente do morto para os herdeiros legítimos, ou para quem o testador tenha substituído ao nascituro. (2005, p. 209)

O fato de o herdeiro não ser nascido não impede nem o inventário e nem a partilha. Os bens ficam na posse do curador. No entanto, há a possibilidade de ocorrer o nascimento de herdeiros gêmeos, o que impõe a renovação da partilha. (DIAS, 2008, p. 115)

Existe também a possibilidade de no inventário, ocorrer à notícia de uma gravidez. Neste caso, um exame médico serve como comprovação, isto é, se não houver resistência por parte dos herdeiros.

Caso os herdeiros mostrem resistência os exames médicos que comprovam a gravidez, a mãe poderá utilizar de medida cautelar, da posse em nome do nascituro, de acordo com os arts. 877 e 878 CPC.

Art. 877 - A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º - O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º - Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º - Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878 - Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único - Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

A posse em nome do nascituro é uma medida cautelar que tem por objetivo resguardar os direitos hereditários do ente em formação.

Essa medida vem comprovar o estado de gravidez, e não a paternidade, sendo uma paternidade presumida. É claro que após o nascimento e existindo dúvidas em relação à paternidade deverá ser resolvida a situação através de teste de DNA.

4.2 Do Direito do Nascituro na Sucessão Testamentária

Sendo a sucessão testamentária, aquela derivada da vontade do sucedido, este pode deixar como herdeiro uma pessoa que ainda não nasceu, isto é, o nascituro pode ser parte na sucessão testamentária

O testador pode chamar para participar da sucessão testamentária os filhos ainda não concebidos, daquelas pessoas indicadas por ele, isto é, a pessoa cujo filho ele esperava ter como herdeiro

O testador indica a prole que terão determinadas pessoas, que reservando-lhe a participação ou o quinhão na herança que no futuro se abrir. É evidente que se trata de uma previsão incerta e incondicional. Opera-se a sucessão unicamente se nascerem os filhos da pessoa indicada. (RIZZARDO, 2008, p. 50)

Todos podem receber o patrimônio mediante testamento, inclusive com a previsão de pessoas não nascidas ou não concebidas, indo mais além o princípio que a regra genérica do art. 1798 CC, restrita a sucessão legítima, sem preceito paralelo no código anterior, a qual estabelece; “Legitima-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” (RIZZARDO, 2008, p. 251)

Além das pessoas existentes ou já concebidas quando da abertura da sucessão, o art. 1799 CC também indica outras pessoas que podem ser contempladas.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Porém, o que cabe ressaltar, é a questão do nascituro, sendo que já que ele pode ser parte da sucessão testamentária, até quando, após a abertura da sucessão, estariam resguardados os seus direitos, e quem os guardaria até o mesmo possuir aptidão para receber o que lhe é de direito.

José Luiz Galvão de Almeida destaca que:

Grandes dificuldades trazia artigo semelhante, no Código Antigo, especialmente no que dizia respeito a saber quem exercia a titularidade do direito enquanto não nascesse com vida o herdeiro contemplado[...]. Depois poder-se-ia ter que aguardar longo período para verificar da eficácia ou não do testamento. O contemplado poderia ser futuro filho de alguém de tenra idade. Até a morte do pai do contemplado, existiria esperança na vinda do herdeiro constituído. (2003, p. 106)

O Código Civil, no seu art. 1800 §4º conferiu uma solução ao problema da espera, aplicando um prazo após a abertura da sucessão.

Para ilustrar melhor analisaremos o seguinte exemplo:

João coloca em seu testamento que os filhos de seu filho Pedro (isto é, seus netos), agora com 25 anos, receberão um sítio do qual João é proprietário, devendo Pedro cuidar do bem para que isto se concretize.

No caso do falecimento de João, de acordo com Art. 1.800 CC, o juiz irá nomear um curador para os bens da herança.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

Este curador será preferencialmente o Pedro, isto é se, não houver nenhuma disposição testamentária em contrário, como é visto no §1º do art. 1800 CC.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

Os poderes, deveres e responsabilidades desses curadores ficam legitimados as disposições concernentes á curatelados incapazes. Como se vê, é uma função de confiança, que deve ser cumprida com zelo e boa-fé.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

Vindo os filhos de Pedro nascer com vida, a sucessão terá sido concedida com os “frutos e rendimentos relativos à deixa” a partir da morte de João.

É o que versa o § 3º do art. 1800 CC.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

Mas, porém, se passarem dois anos da morte de João, é seus netos não forem concebidos, isto é os herdeiros, os bens cabíveis a eles serão fornecidos aos herdeiros legítimos, salvo se existir alguma disposição em contrário no testamento.

É o que confirma o § 4º do art. 1800 CC.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

O nascituro tem pleno direito a participar em uma sucessão testamentária, porém, ele tem que nascer até dois anos após a abertura da sucessão, senão seus direitos retroagem a outros herdeiros.

4.3 Análise Jurisprudencial do Direito do Nascituro

Para uma melhor abordagem do tema em questão, buscou-se, com o intuito de aprimorar o trabalho, decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Vale ressaltar que as decisões aqui relacionadas, foram selecionadas de forma qualitativa, e não quantitativa, não se apegando apenas a um tribunal, mas sim buscando a qualidade do corpo da jurisprudência.

Cabe ressaltar que a íntegra dos acórdãos aqui expostos estão anexadas ao presente estudo.

Iniciou-se a presente análise com decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Segue Apelação Cível proferida no ano de 2011, em que é apelante Monica Benth Novaki Fernandes, e apelado Nobre Seguradora do Brasil S/A.

A ora apelante, propôs ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT, pedindo indenização pela morte do nascituro, devido ao acidente automobilístico onde perdeu a gestação de dez semanas, solicita também a sua comprovação de invalidez.

Em grau de recurso, sustenta a apelante, que o feto natimorto tem a personalidade civil apta para garantir o recebimento do seguro obrigatório, e alega também através de documentos, que lhe sobreveio à invalidez permanente após o sinistro.

Busca agora, a desconstituição da sentença que não reconheceu o direito da indenização do DPVAT ao nascituro.

Cabe ao presente trabalho nos apegar a primeira situação, da indenização da morte do nascituro.

Visto que em grau de recurso, alegou a autora que o feto possui personalidade civil para garantir o recebimento do seguro obrigatório.

AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. AUTORA COM DEZ SEMANAS DE GESTAÇÃO QUE SE ENVOLVE EM ACIDENTE DE VEÍCULO E SOFRE ABORTO. INDENIZAÇÃO À AUTORA PELA

MORTE DO FETO. IMPOSSIBILIDADE. NASCITURO QUE SOMENTE COM O NASCIMENTO COM VIDA ADQUIRE PERSONALIDADE CIVIL (ART. 2º, PRIMEIRA PARTE, CC/2002). REALIDADE JURÍDICA DISTINTA E QUE NÃO SE CONFUNDE ENTRE A PESSOA NATURAL E O NASCITURO. IMPOSSIBILIDADE DE SE ADMITIR A OCORRÊNCIA DO FATO JURÍDICO PREVISTO NO ART. 3º DA LEI 6.194/74 (ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE DE PESSOA). POR OUTRO LADO, INEXISTÊNCIA NO LAUDO PERICIAL DE COMPROVAÇÃO DE INVALIDEZ PERMANENTE DA AUTORA. DOCUMENTOS HOSPITALARES QUE CORROBORAM TAL ENTENDIMENTO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. . (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2010.0811035-4. Des. Rel: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Data da decisão: 14/03/2011). *Grifo Nosso.*

No corpo do acórdão se vê a importância do tema, e das discussões sobre a personalidade do nascituro, (anexo A):

A priori, cabe ressaltar que o estudo do tema sobre a personalidade ou não do nascituro está longe do fim. Muito embora existam doutrinadores (Teixeira de Freitas e Silmara Juny de Abreu Chinelato Almeida) que advogam a tese de que a personalidade civil da pessoa existe desde a sua concepção, compartilha este julgador da doutrina natalista, no sentido de que o ser humano somente adquire personalidade com o nascimento, desde que seja com vida, ainda que assegurados alguns direitos e prerrogativas anteriores à vinda à luz.

(...)

III - A proteção à vida humana, desde o seu nascedouro (concepção) até o surgimento da pessoa natural (nascimento com vida), é reflexa, decorrente da proteção que o ordenamento jurídico confere à pessoa natural, esta sim, centro de imputação de todos os direitos e deveres na ordem jurídica por excelência. Assim, o período em que o feto permanece no ventre materno, como etapa primordial da vida humana, deve ser integralmente resguardado pelo direito naquilo que disser respeito ao nascimento com vida daquele ser, favorecendo e propiciando a eclosão da pessoa natural. (Numa conclusão prévia, já se pode mensurar que a esta finalidade, a indenização pelo seguro DPVAT, não se destina);

IV - Entretanto, o nascituro, como realidade jurídica distinta da pessoa natural, não titulariza os mesmos direitos desta, nem com ela se confunde. A diversidade destas realidades jurídicas (nascituro e pessoa natural), no que se refere a sua proteção jurídica, é revelada pelo artigo 2º do Código Civil que adota, expressamente, como marco definidor para a aquisição da personalidade civil, o nascimento com vida. É, pois, pessoa natural aquele que sobreviveu ao parto, nasceu com vida, adquirindo, com isso, personalidade civil;

V - Com exceção dos direitos da personalidade que são conferidos ao nascituro com o desiderato único de assegurar o surgimento da Pessoa Humana (e, por isso, decorrem, reflexamente, ressalte-se, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana), este ente, por opção legislativa que não comporta alargamento, não titulariza direitos disponíveis/patrimoniais, bem como não detém capacidade sucessória. Na verdade, sobre os direitos patrimoniais, o nascituro possui mera expectativa de direitos, que somente se concretizam na hipótese de este ente vir a nascer com vida. Por

conseqüência, assim como o nascituro não incorpora, também não transfere, por sucessão, qualquer bem, caso inócua a condição de nascer com vida. Se este é o sistema vigente, mostra-se difícil ou mesmo impossível conjecturar a figura dos herdeiros do natimorto, tal como propõem os ora recorrentes;

VI - Na hipótese dos autos, a vítima do acidente automobilístico, para efeito legal, em que pese a dolorosa e irreparável perda do feto, foi a autora, então gestante. O fato gerador, nos termos legais, apto a ensejar a indenização do seguro DPVAT, na hipótese dos autos, é a apresentação das despesas médicas (decorrentes do acidente), pela autora suportadas, mediante reembolso;

VII - De fato, é de se reconhecer que se afiguraria salutar que a Lei que disciplina o seguro DPVAT previsse uma faixa de indenização própria para a hipótese de a gestante vir a abortar em razão de acidente automobilístico. Entretanto, mesmo se a Lei assim preceituasse, a vítima do sinistro continuaria sendo a então gestante, e não o feto, natimorto, que, pelo todo já exposto, carece de personalidade jurídica;

VIII - Indiscutível a dor e o sofrimento suportados pelos autores, em especial pela autora, que, em razão do acidente automobilístico, teve a sua gestação, em estado já avançado, interrompida. Entretanto, os fatos delineados nos presentes autos não dão ensejo, tal como postulado (morte do nascituro), a indenização do seguro DPVAT. Nessa perspectiva, eventual pretensão de obter a reparação do apontado (e inegável) sofrimento pode ser veiculada pela via indenizatória própria contra o causador do acidente;

Como se pode constatar na presente decisão, não somente na Ementa, como no bojo do acórdão (anexo A), esta reflete claramente que o julgador em questão não considera que o nascituro venha ser um ente com personalidade antes do nascimento, embora tenha citado a corrente concepcionista respeitando a tese de outros doutrinadores, deixou bem claro a sua opção pela corrente natalista, baseando sua decisão nos propósitos da referente teoria, negando assim provimento ao recurso.

A Próxima decisão a ser analisada, é o Agravo de Instrumento nº 2008.0190848-8 do STJ (anexo B) em que é agravante ASSEC – Associação Educacional e Caritativa Hospital São Paulo, e agravado LHK (menor). O Agravante deseja rever o “quantum” indenizatório, imposta em uma Ação de indenização por erro médico, onde o nascituro perdeu a visão em 90%, como segue:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO - OXIGENOTERAPIA - FIBROPLASIA RETROLENTICULAR - RETINOPATIA DO NASCITURO - CRIANÇA COM PERDA DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DA VISÃO - RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELO TRIBUNAL "A QUO" -

SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - RAZOABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - EXTENSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.086.451/SC, QUANTO A JUROS, AO AGRAVANTE.

I - A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolenticular - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança.

Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório.

II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social.

Precedentes.

III - Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do quantum indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos.

IV - Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso.

Agravo regimental improvido.

(BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1092134/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009)

Percebe-se que um mau acompanhamento do nascituro pelos médicos, fez com que ele obtivesse uma doença com danos permanente a sua saúde.

O nascituro tem o direito de ser indenizado, tanto pelos danos morais como o estético. O dano que o nascituro sofreu, no caso acima, a perda de 90% da visão trará inúmeros problemas, não só com a estética, mas sim nas aptidões ao trabalho, intelectuais, na prática de esportes, além do sofrimento e angustia de toda uma família, tudo isso em face de um erro de uma terceira pessoa.

Da íntegra, (anexo B):

Concluiu o Tribunal "como configurada a culpa, ainda que alguns dos argumentos recursais não sejam procedentes, como a ausência de oxímetro - faltante em todos os hospitais da região - e de proteção aos olhos da criança - irrelevante na espécie (perícia de fl. 356). O procedimento culposo, na verdade, deriva, resumidamente, da prescrição da oxigenoterapia em intensidade e período injustificados, da falta de monitoramento adequado, periódico e eficiente, por médicos e enfermeiras, e, ainda, da ausência de informação e recomendação de acompanhamento oftalmológico

especializado" (fls. 44). 7.- Quanto ao valor da indenização, registre-se que não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto. Importa observar, outrossim, que a reparação do dano deve ser estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa, como, aliás, reiteradamente tem se pronunciado esta Corte.

O valor do dano moral tem que incluir todo o transtorno que o nascituro irá passar devido as suas limitações.

Nas palavras de Silvio Venosa:

O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas. (2006, p. 38).

No caso acima, o agravo foi improvido, e o agravante condenado a pagar R\$76.000,00 pelos danos morais, e R\$ 30.400,00 pelos danos estéticos sem diminuição de valores, no qual questionava a agravante

De fato, se observa que foi priorizando a fixação inicial de acordo com o potencial econômico do ofensor, defende-se o caráter compensatório - punitivo do instituto.

Nesta terceira decisão, decorrente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, (anexo C) é proposta uma ação de anulação de ato jurídico, decorrente de uma venda de ascendente para descendente, sem a anuência do nascituro, que também é parte no referido caso.

Segue a ementa:

EMENTA: AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTES - NECESSIDADE DE ANUÊNCIA EXPRESSA DE TODOS ESTES - NASCITURO - DIREITOS PATRIMONIAIS RESGUARDADOS PELA LEI - POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO À SUA LEGÍTIMA - ANULABILIDADE. - A anuência expressa de todos os descendentes é exigência legal à alienação de bens do ascendente para um deles, conforme disposição contida no artigo 1.132 do Código Civil de 1916, com correspondência ao artigo 496 do atual diploma. - Além dos direitos da personalidade, também os interesses patrimoniais do nascituro são resguardados pela lei, ainda que de forma meramente potencial, a ser consolidada caso ocorra o nascimento com vida. - Com o fito de resguardar a legítima do nascituro, evitando a simulação de negócio jurídico entre o ascendente e os demais descendentes que possa acarretar a diminuição de seu quinhão, impõe-se a

anulação da alienação de cotas sociais levada a cabo sem a anuência expressa da representante legal daquele, regularmente autorizada por ato judicial. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC nº 2.0000.00.519783-3/000(1). Des. Relator: Elias Camilo. Data da decisão: 25/05/2006) *Grifo Nosso*.

Da íntegra, (anexo C):

“a lei assegura o direito do nascituro, retroagindo ao momento da concepção os direitos adquiridos quando do nascimento; que a alienação do patrimônio do genitor a um de seus filhos sem a anuência da mãe do nascituro, caracteriza fraude à sua legítima, sendo ato anulável; que há presunção da simulação, constituindo ônus do alienante demonstrar haver sido pago o preço justo, sendo que o documento de f. 34 demonstra exatamente o contrário”.

Estando o nascituro já concebido, este já possui proteção legal, e ao nascer com vida, adquire os demais direitos, retroagindo desde a concepção.

No caso de uma alienação de bens, onde o nascituro faz parte, para a validação do negócio jurídico, o nascituro tem de ser representado, visando assim a proteção do seu patrimônio, para que este não saia prejudicado.

Da íntegra, (anexo C):

Sendo hipoteticamente possível a anulação do negócio jurídico de compra e venda travado entre o segundo apelado e os descendentes apelantes, caso não haja autorização dos demais descendentes, cumpre verificar se ao nascituro são resguardadas tais prerrogativas, ou se os direitos a que se refere o artigo 4º do Código Civil de 1916, com correspondência ao artigo 2º do vigente Código Civil, são apenas os chamados "direitos da personalidade", assim entendidos aqueles "genéricos, extrapatrimoniais, absolutos, inalienáveis ou indisponíveis, imprescritíveis, intransmissíveis ou vitalícios, impenhoráveis, necessários, essenciais e preeminentes", como ensina César Fiúza (Direito Civil, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 136).

Neste ponto, apesar de haver divergências na doutrina e jurisprudência, entendo, com a devida vênia, que também os interesses patrimoniais do nascituro são resguardados pela lei, ainda que de forma meramente potencial, a ser consolidada caso ocorra o nascimento com vida.

No caso acima, trata-se de uma tentativa fraudulenta de tentar desigualar o quinhão hereditário, sendo que o ora apelado confessou que fora coagido pelo apelante.

O código civil é bem claro em relação a venda de imóvel de ascendente para descendente

Art. 496. CC. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Consta na íntegra (anexo C):

Assim, com o fito de resguardar a legítima do nascituro, evitando a simulação de negócio jurídico entre o ascendente e os descendentes que possa acarretar a diminuição de seu quinhão - fato este confessado pelo próprio ascendente em sua manifestação de f. 34 - efetivamente impõe-se a anulação da alienação de cotas sociais levada a cabo pelos apelantes

A Decisão acima foi favorável ao nascituro, sendo que a alienação de cotas sociais, que era o pedido dos apelantes foi anulada, tendo em visto a garantia de assegurar os direitos e igualdade ao quinhão do nascituro.

Esta ultima jurisprudência a ser analisada, trata-se do Agravo de Instrumento nº 2002.014797-0, onde a agravante requer a majoração e extensão da pensão alimentícia do nascituro.

Segue a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO E EXTENSÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA À ESPOSA AGRAVANTE. PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA AO NASCITURO. VERBA FIXADA AQUÉM DAS POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE E DAS NECESSIDADES DO ALIMENTANDO. AGRAVO PROVIDO PARA MAJORAR O VALOR OFERTADO Não há como distinguir, em pleno estágio de gestação, as despesas relativas à gestante daquelas correspondentes ao **nascituro**, motivo porque qualquer majoração da pensão alimentícia deve ser entendida como em benefício da criança. Não havendo qualquer ofensa à norma legal ou mesmo fuga do objeto da ação que originou o presente agravo. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2002.014797-0. Des. Rel: Carlos Prudêncio. Data da decisão: 01/10/2002)

No referente caso, percebe-se a fragilidade dos magistrados em identificar as necessidades do nascituro, assim como mensurar um valor que a futura mãe está tendo, e ainda irá ter, para que o mesmo venha a nascer de maneira digna.

Do relatório, (anexo D):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por T.P.M. contra o interlocutório que, na ação de separação judicial c/c oferecimento de alimentos provisionais proposta pelo agravado L.B.M, fixou os alimentos provisionais devidos ao filho nascituro do casal, na quantia de R\$300,00.

Sustentando que o valor ofertado pelo marido é insuficiente para arcar com suas despesas, tais como: condomínio, telefone, luz, farmácia, vestuário e psicoterapia, e que está impossibilitada de trabalhar em virtude da gravidez, postulou a concessão de efeito ativo para majorar a verba alimentar para o correspondente a 30% do valor bruto auferido pelo agravado.

Em sede de análise de efeito ativo/suspensivo, o eminente Relator concedeu o efeito ativo, fixando a prestação alimentícia em 30% sobre os rendimentos líquidos do agravado (fls. 57/58).

Da íntegra, (anexo D):

“Todavia, entendo que as circunstâncias inerentes ao caso justificam a decisão adotada pelo eminente Des. Fernando Carioni, principalmente porque não há como distinguir, em pleno estágio de gestação, as despesas relativas à gestante daquelas correspondentes ao nascituro, motivo porque qualquer majoração da pensão alimentícia deve ser entendida como em benefício da criança. Não há, pois, qualquer ofensa à norma legal ou mesmo fuga do objeto da ação que originou o presente”.

Na fixação da verba alimentar, por se tratar de um pedido essencial, observa-se dos magistrados uma preocupação em conseguir manter o que a requerente venha a solicitar, para que não venha a ser prejudicada pelo periculum in mora, visto ainda, que no referente caso, a mesma encontra-se com problemas de saúde, estando assim impossibilitada ao trabalho.

Da íntegra, (anexo D):

"O periculum in mora está caracterizado, tendo em vista que está a agravante grávida e, como se constata nos autos, impossibilitada de trabalhar em razão de sua saúde, fazendo inclusive tratamento psicológico (fls. 38). Assim, não tem como se sustentar, dependendo da pensão prestada pelo agravado, sendo que esta não tem sido suficiente para prover suas necessidades básicas" (fls. 58).

Comprovada a situação financeira do agravado, e estando demonstrado a necessidade e a possibilidade de majoração da verba alimentar, a esta foi dada provimento ao agravo.

Da sentença (anexo D):

Por votação unânime, dar provimento ao recurso de agravo para majorar os alimentos provisionais para 4 (quatro) salários mínimos, sendo 3 (três) para o nascituro e 1 (um) para a requerida-agravante, arcando o agravado com as despesas da residência do casal, ou seja, condomínio, IPTU, luz e taxa de telefone.

Visto a análise das jurisprudências acima, observa-se que a figura do nascituro, aos poucos, se torna cada vez mais atuante na esfera jurídica em diversas áreas do direito.

Observa-se também, que mesmo existindo diversas teorias a respeito da personalidade, a visão do nascituro como possuidor de direitos, se dá em geral, desde a concepção, como toda pessoa, já possui direitos resguardados pela legislação.

Mesmo existindo divergências entre doutrina e jurisprudência, os interesses patrimoniais do nascituro, mesmo de uma forma meramente potencial, devem ser cada vez mais protegido pela legislação, devido a coação de terceiros em relação a seus bens.

Destaca-se ainda, um avanço na valorização e atenção dos magistrados em relação ao nascituro, visto que o mesmo, em grande parte dos casos, se encontra a mercê de um terceiro que o representará.

Tendo o nascituro esta fragilidade, cabe ao poder judiciário resguardar o que é seu de direito, tanto no que reflete aos bens materiais, o preservando, assim como sua integridade física, indenizando quando ocorrer um dano.

A indenização de danos morais assim como danos estéticos referente ao nascituro, é um assunto que também deve-se ater com muito zelo, para que isto não venha a ser uma possível indústria, prejudicando ainda mais este que irá nascer.

Em relação aos alimentos, a jurisprudência sempre deu uma atenção e proteção maior em relação ao nascituro, visto que se trata de um elemento essencial para o seu desenvolvimento nascimento.

Em síntese, de acordo com tudo o que foi exposto, cabe apenas ressaltar que, o intuito da nossa legislação, é proteger aquele que ainda, não tem como se defender.

5 CONCLUSÃO

Como foi possível observar com o desenvolvimento do presente trabalho, muito se questionou sobre o início da vida humana, sobre qual o momento em que o nascituro pode ser tratado como um ser com personalidade jurídica, tendo a possibilidade de adquirir e exercer seus direitos.

É natural vincularmos a fecundação, como marco inicial de uma vida, porém na esfera jurídica, esta questão traz polêmicas.

Três teorias a respeito da personalidade jurídica foram apresentadas, sendo elas a natalista, da personalidade condicional, e a concepcionista.

O código civil, no seu art. 2º nos remete ao posicionamento da corrente concepcionista, por isso, grande parte dos doutrinadores defendem esta corrente, embora, nas outras duas correntes doutrinárias também existem um número significativo de doutrinadores que se direcionam e as defendem.

Embora, existam diversas correntes, fica muito clara a proteção ao nascituro desde a sua concepção, algumas correntes defendendo esta proteção apenas aos direitos da personalidade, e outras refletindo esta proteção aos demais direitos, como por exemplo, os patrimoniais.

Definido o momento em que o nascituro torna-se um ser dotado de personalidade, buscou-se enquadrar o nascituro na esfera sucessória, tendo em vista a possibilidade de ser parte na sucessão legítima e na testamentária.

Após uma análise doutrinária da sucessão em geral, verificou-se o nascituro, como possuidor de direitos na sucessão legítima, sendo que, para participar desta sucessão, o nascituro tem que estar concebido até o momento da abertura da sucessão, pois aqui não cabe a transmissão de herança para alguém que não existe.

Porém na sucessão testamentária, verificou-se a possibilidade da transmissão de herança para um ser que ainda não nasceu, tendo no entanto, um prazo para vir a nascer após a abertura da sucessão.

Através da análise jurisprudencial foi possível demonstrar que existe uma preocupação dos magistrados em assegurar o direito ao nascituro, tanto em relação a bens materiais, como também relacionados ao dano moral e estético.

Assim sendo, o que buscou-se no presente estudo, foi resgatar e reforçar a figura do nascituro preservando e garantindo seus direitos, principalmente no meio sucessórios, visando que o mesmo trata-se de um herdeiro com direitos iguais aos demais, devendo seu patrimônio ser preservado e resguardados, assim como os seus demais direitos fundamentais.

REFERENCIAS

ALMEIDA, José Gavião de. **Código civil comentado, Direito da sucessão, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, Silmara J. A.; CHINELATO E. **Tutela civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Código Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

_____. **Código Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: RED, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1092134/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Data da decisão 17/02/2009. Acesso em 11 maio 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2010.0811035-4. Des. Rel: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Data da decisão: 14/03/2011. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 11 maio 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2002.014797-0. Des. Rel: Carlos Prudêncio. Data da decisão: 01/10/2002. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 11 maio 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC nº 2.0000.00.519783-3/000(1). Des. Relator: Elias Camilo. Data da decisão: 25/05/2006. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em 11 maio 2011.

CAHALI, Francisco José et al. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASSETTARI, Christiano; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MENIN, Márcia Maria. **Direito das sucessões**. Volume 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões: do Inventário e da partilha**. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral de direito civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso complemento**, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplante de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000.

LIMA, Rubiane de. **Manual de direito das sucessões**. Curitiba: Juruá, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito da família e sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOORE, Keith L. **Fundamentos da embriologia humana**. São Paulo: Manole, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Direito do Nascituro: O direito do nascituro a vida**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 34. Fev – Marc, 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito das sucessões: teoria e prática**. São Paulo: Editora Livraria e Editora Universitária de direito, 2008.

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

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº. 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANT'ANNA, Guilherme Chaves. **Sucessão Testamentária**. In CASSETTARI, Christiano; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MENIN, Márcia Maria. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao biodireito**: investigações político- jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTR, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006

PEREIRA, Caio Mario Silva. **Instituições de Direito Civil**: 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 5. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

ANEXO A

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.0811035-4 DE 14/03/2011

ANEXO B

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.0190848-8 DE 17/02/2009

ANEXO C

**AC- AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO Nº 2.0000.00.519783-3 DE
25/05/2006**

ANEXO D

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2002.014797-0 DE 01/10/2002