

## O NASCITURO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Bianca Fernanda Rodrigues<sup>1</sup>

Júlia Bagatini<sup>2</sup>

**Sumário:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 3 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. 4 A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO NASCITURO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**Resumo:** Através do presente artigo objetiva-se realizar um estudo acerca da possibilidade de aplicação da doutrina da proteção integral – que rege os direitos das crianças e adolescentes – também aos direitos do nascituro, analisando as discussões existentes no tocante ao início da personalidade jurídica deste e ponderando sobre a sua caracterização (ou não) como criança. Nesta via, busca-se também demonstrar os avanços e melhorias advindos da aplicação da doutrina da proteção integral, que reconhece a condição peculiar de vulnerabilidade e situação de ser em desenvolvimento das crianças e adolescentes. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, enquanto os métodos de procedimento empregados foram o analítico e o histórico. Já a técnica de pesquisa aplicada foi a documental indireta, por meio de doutrinas e artigos científicos. Assim, destaca-se que se torna necessária a discussão acerca de tal tema, uma vez que não há na doutrina, e tampouco nos julgados, um posicionamento a este respeito, o que fomenta e engrandece este importante debate.

**Palavras-chave:** Nascituro. Personalidade Jurídica. Proteção Integral.

### 1 INTRODUÇÃO

A condição do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro e o exercício de direitos por este, gera, desde muito, discussões e embates entre doutrinadores e juristas. Os desafios advindos de tal questão despertam o interesse das mais diversas áreas das ciências humanas, e, em especial, do direito, tornando-se matéria de excepcional relevância.

Adotando-se a teoria concepcionista, é possível dizer que o nascituro possui personalidade jurídica desde o momento da concepção, sendo, a partir daí, considerado pessoa e titular de diversos direitos.

De outro norte, ao tratar-se acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes, vê-se uma grande evolução, que tem por base o postulado da doutrina da proteção integral, a qual surge no cenário nacional e mundial para reconhecer os direitos fundamentais da população infanto-juvenil e assegurar a aplicação de tais

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades etc. E-mail: biancafernandarodrigues@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Administrativo pela FGF. Advogada. Professora da FAI Faculdades. E-mail: juliabagatini@bol.com.br.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

direitos de forma prioritária, visando o melhor interesse das crianças e adolescentes e estando intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, perquire-se acerca da possibilidade de aplicação de tal doutrina da proteção integral também ao nascituro, com a finalidade de assegurar a este, de forma prioritária, seus direitos, frente à sua condição de ser vulnerável e em flagrante desenvolvimento.

## 2 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O significado do termo nascituro pode ser encontrado em diversos dicionários de língua portuguesa ou jurídicos, sendo, portanto, de fácil compreensão. Conforme entendimento predominante, o nascituro pode ser considerado como o ser já concebido, em formação no ventre materno, ainda por nascer. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, “cuida-se do *ente concebido, embora ainda não nascido*”<sup>3</sup> (grifo do autor).

Assim, tal expressão designa o ser humano cujo nascimento é esperado como fato futuro e certo, ou seja, o ser humano que se encontra temporalmente entre a concepção e o nascimento, possuindo vida intrauterina.

A origem do vocábulo “nascituro”, por sua vez, advém do latim, mais precisamente do verbete *nasciturus*, participio passado de *nasci*, designando aquele que deverá nascer, que há de nascer.<sup>4</sup>

Por sua vez, o início da personalidade jurídica, ponto principal de conflito, não possui uma definição de tão fácil compreensão, sendo objeto de controvérsia desde os tempos mais remotos até os dias atuais. A ideia de personalidade liga-se à pessoa, tendo esta como parâmetro inicial, e caracterizando-se como o conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1:** parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro:** uma página a ser virada no direito brasileiro. [S.l.]. 2007. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjguu2AgOLTAhXD4yYKHZr9DWYQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fartigos%2F201401311043530.ARTIGO\\_NASCITUTO.doc&usq=AFQjCNHjYNMQ9sRAUe3Y4XbKJ4tSx5EmTw&sig2=OotoPFOTkMChS0XjUUtm9g](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjguu2AgOLTAhXD4yYKHZr9DWYQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fartigos%2F201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc&usq=AFQjCNHjYNMQ9sRAUe3Y4XbKJ4tSx5EmTw&sig2=OotoPFOTkMChS0XjUUtm9g). Acesso: 02 out. 2017, p. 3.

<sup>5</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 134.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Nas palavras de Thamay e Teixeira:

[...] a personalidade, além de significar a possibilidade de ser sujeito de direito, deve ser encarada como um valor ético que emana do próprio indivíduo. A personalidade é, portanto, valor inerente à condição humana, sendo que o vínculo existente entre a personalidade e a pessoa é orgânico;

[...]

Ter personalidade é uma qualidade de ser pessoa e ter uma série de direitos e garantias em seu favor, por isso a grande importância de entender a personalidade, pois uma pessoa pode ser relativa ou absolutamente incapaz e, ainda assim, manter a sua condição de pessoa, ou seja, tendo personalidade.<sup>6</sup>

Todavia, resta analisar quando se dá o início desta personalidade jurídica, ponto fundamental na discussão acerca dos direitos do nascituro. Dispõe o artigo 2º, do Código Civil Brasileiro que “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”<sup>7</sup>.

Tal dispositivo, à primeira vista, possui aspecto contraditório, uma vez que em sua primeira parte aparenta dispor que o nascituro não é pessoa (mas sim uma expectativa de pessoa), não possuindo direitos e nem personalidade. No entanto, sua segunda parte apresenta o contrário, ao dispor que a lei protege os direitos do nascituro desde a concepção (se há direitos, é pessoa e conseqüentemente possui personalidade), ocasionando, então, dúvidas quanto ao início da personalidade.

Assim, diante da omissão legislativa em disciplinar a natureza jurídica do nascituro e diante das divergências quanto ao começo da personalidade, constata-se a existência de três teorias no âmbito nacional que buscam esclarecer tal situação. São elas a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

A teoria natalista, adotada pela lei civil pátria, conforme sustenta a doutrina tradicional, preleciona que a aquisição da personalidade se dá a partir do nascimento com vida, desta forma, o nascituro possuiria mera expectativa de direito, uma vez que

<sup>6</sup> TEIXEIRA, Evilázio Borges; THAMAY, Rennan Faria Krüger. A personalidade civil e a capacidade civil. *Revista Jurídica*, São Paulo, nº 424, p. 9-22. Fevereiro, 2013, p. 14.

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei 10.406 – Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002, Brasília. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso: 02 out. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

ainda não considerado pessoa, mesmo que recebendo certa proteção legal.<sup>8</sup>

Desta feita, tal teoria encontra-se distante da ampla proteção aos direitos da personalidade, tendência do direito civil pós-moderno, negando ao nascituro, inclusive, seus direitos fundamentais. Além do mais, ao falar-se em expectativa de direito se reconhece o nascituro como titular de direitos em formação, ou seja, pressupõem-se sua titularidade e, assim, personalidade (formal). Nesta senda, tais argumentos sustentam uma superação desta teoria hodiernamente obsoleta, uma vez que a mesma colide com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup>

Por sua vez, a teoria da personalidade condicional reconhece, desde a concepção, os direitos do nascituro, entretanto deixa tais direitos sob condição suspensiva, ou seja, exige-se o nascimento com vida do feto para que este possa exercer os direitos a ele assegurados desde a concepção.

Os direitos conferidos ao nascituro são, pois, direitos fictícios, que ficam subordinados à condição de nascimento do mesmo. Entretanto, não ocorrendo tal situação, não há perda ou transmissão dos direitos, uma vez que não chegou a ser consumada sua aquisição.<sup>10</sup>

De outro norte, assevera Tartuce que o problema de tal corrente é que:

[...] ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalta-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 65.

<sup>9</sup> Tartuce cita alguns adeptos desta teoria: “[...] Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Silvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa”. (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 77.)

<sup>10</sup> PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 94.

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 77-78.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Desta feita, tal conjectura também acaba por negar os direitos do nascituro, uma vez que não os reconhece efetivamente.

Por fim, a teoria concepcionista, influenciada pelo direito francês, entende que o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, sendo, então, considerado pessoa a partir deste momento. Para esta teoria, o nascituro já seria titular de diversos direitos ao longo de toda sua vida intrauterina.

Concluem os estudiosos desta escola que:

[...] a condição do nascimento não existe para que surja a personalidade jurídica, mas simplesmente e nomeadamente para que a capacidade jurídica seja concretizada. Logo apenas para alguns direitos determinados, como os patrimoniais, os efeitos são condicionados ao nascimento com vida, entretanto é indiscutível a titularidade dos demais direito, havendo apenas a incapacidade jurídica.<sup>12</sup>

Assim, resta vazio o argumento de que ao nascituro não se possa reconhecer direitos, por não ser considerado pessoa em virtude de ainda não ter ocorrido seu nascimento. Apesar de não nascido, tal ser é humano e encontra-se em fase de desenvolvimento, justamente o que faz de si uma criatura indefesa que necessita de muito mais proteção.

Desta feita, pode-se afirmar que a teoria concepcionista é, atualmente, a que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do direito civil nacional<sup>13</sup>, garantindo ao nascituro, além dos direitos da personalidade, inerentes a todo ser humano, vários outros direitos, expressamente previstos em lei – como, por exemplo, o direito ao reconhecimento voluntário de filiação (art. 1609, parágrafo único do Código Civil e art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente), o direito a receber doações (art. 542 do Código Civil), de ser contemplado em

---

<sup>12</sup> FALCÃO, Rafael de Lucena. A personalidade jurídica do nascituro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Novembro, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12463](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463). Acesso: 02 out. 2017.

<sup>13</sup> Tartuce acrescenta que “[...] este é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal perscrutora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz”. (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 78.)

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

testamento (art. 1.798 do Código Civil), o direito à assistência pré-natal (art. 8º do ECA), e o direito a alimentos (art. 1694 e 1695 do Código Civil e Lei 11.804/08).<sup>14</sup>

Sendo assim, resta efetuar-se uma análise acerca da doutrina da proteção integral, que assegura aos direitos das crianças e adolescentes uma prioridade de efetivação e aplicação, analisando-se suas peculiaridades e contornos.

### 3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Analisando-se o contexto social e jurídico nacional, pode-se afirmar que é incontroverso o avanço, ao longo dos anos, dos direitos das crianças e dos adolescentes. Há tempos atrás, a criança era vista como mero objeto, propriedade do chefe de família, sem possuir qualquer forma de direito. Tal situação consubstanciava-se no pátrio poder do homem, o qual poderia decidir sobre a vida de seus filhos da forma que bem entendesse.<sup>15</sup>

Apesar dos diversos documentos internacionais que contribuíram para a evolução da proteção à criança e ao adolescente, foi com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual reconheceu a dignidade, liberdade e igualdade como inerentes a todas as pessoas, que o tratamento para com a infância passou a ser diferente, tendo-se esta como merecedora de uma proteção especial.<sup>16</sup>

Influenciada pela onda de proteção à criança e ao adolescente e pelos diversos movimentos sociais em defesa dos direitos destes, a Constituição Federal de 1988 veio para positivizar na ordem jurídica pátria a doutrina da proteção integral, prescrevendo em seu art. 227:

---

<sup>14</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Nascituro: tutela jurídica à luz da Constituição Federal. **Lex Magister**, [São Paulo]. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23883291\\_NASCITURO\\_TUTELA\\_JURIDICA\\_A\\_LUZ\\_DA\\_CONSTITUICA\\_O\\_FEDERAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICA_O_FEDERAL.aspx). Acesso: 02 out. 2017.

<sup>15</sup> SILVEIRA, Paula Galbiatti. A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [Belo Horizonte]. 17, Novembro, 2011. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%202017\\_11\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%202017_11_2011.pdf). Acesso: 04 out. 2017.

<sup>16</sup> MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso: 04 out. 2017, p. 3.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>17</sup>

Referido dispositivo inseriu um novo paradigma de proteção àqueles seres mais vulneráveis, reconhecendo a sua situação especial e garantindo aos mesmos prioridade absoluta na ordem jurídica nacional, substituindo a doutrina do menor em situação irregular<sup>18</sup> vigente até então.

Por sua vez, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, veio para oficializar referida doutrina da proteção integral no âmbito internacional, encontrando-se esta caracterizada “pela valorização da condição de vulnerabilidade da criança, sendo dever do Estado, da família e da sociedade ampará-la em seu desenvolvimento físico, mental, moral e intelectual”<sup>19</sup>. Com isso, as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direito, mercedores de proteção especial, e não mais meros objetos.

Visando regular e consolidar as diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988, foi promulgada, em 1990, a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), fundada em dois pilares: a criança e o adolescente como sujeitos de direito e a afirmação de sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988, Brasília. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 04 out. 2017.

<sup>18</sup> Para a qual apenas mereciam consideração judicial as crianças e adolescentes que se encontrassem em situação caracterizada como irregular, como por exemplo, aquelas que não estivessem inseridas em uma família ou que tivessem atentado contra o ordenamento jurídico. As demais, não se encontravam sujeitas ao tratamento legal. (VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Novembro, 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12). Acesso: 04 out. 2017)

<sup>19</sup> MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso: 04 out. 2017, p. 3.

<sup>20</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da proteção integral**. In: MACIEL, Kátia (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 11-17, p. 11.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Desta feita, a doutrina da proteção integral firmou-se como pressuposto essencial para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo, ante toda a afirmação teórica e legal trazida pela doutrina e pelo ordenamento jurídico nacional acerca da matéria.

Conforme assevera André Viana Custódio,

A Teoria da Proteção Integral [...] desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca.<sup>21</sup>

Para que seja possível a devida compreensão acerca dos direitos conferidos à criança e ao adolescente no cenário atual, necessário se faz a análise dos princípios atinentes à doutrina da proteção integral, dos quais podemos destacar o princípio da prioridade absoluta e o princípio do interesse superior da criança.<sup>22</sup>

O princípio do interesse superior da criança, decorrente do reconhecimento de sua condição peculiar, preleciona que todas as ações relativas às crianças, bem como todas as leis, devem ser fundadas no melhor interesse da criança, objetivando o seu melhor desenvolvimento.<sup>23</sup>

O mesmo se encontra positivado, por exemplo, no Princípio 2<sup>o</sup><sup>24</sup>, da Declaração dos Direitos da Criança e no art. 3<sup>o</sup>, item “1”<sup>25</sup>, da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>21</sup> CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul. 15, Dezembro, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso: 04 out. 2017, p. 32.

<sup>22</sup> CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul. 15, Dezembro, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso: 04 out. 2017, p. 32.

<sup>23</sup> MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso: 04 out. 2017, p. 3.

<sup>24</sup> “Princípio 2 – A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.” (DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança. 20 nov. 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso: 05 out. 2017)



Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Tal princípio configura-se como critério estruturante do direito da criança e do adolescente, uma vez que orienta as ações para realização dos direitos fundamentais, assim

[...] os atos relacionados ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente devem ter como critério a perspectiva dos seus melhores interesses. Essa perspectiva é orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, que nos processos de tomada de decisão, sempre, devem considerar quais as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância.<sup>26</sup>

Por sua vez, o princípio da prioridade absoluta visa garantir que os direitos da criança e do adolescente constem de forma prioritária em todos os âmbitos, devendo ser os mesmos respeitados pelo Estado, pela família e pela sociedade.

Apesar de tal princípio permear a grande maioria dos dispositivos do ECA, é no art. 4º da referida lei que o mesmo se encontra melhor demonstrado.<sup>27</sup> Ademais, “além de servir como critério interpretativo na solução de conflitos, o princípio da prioridade absoluta reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais [...]”<sup>28</sup>.

Pode-se dizer, então, que dentre todos os princípios fundamentais, é o princípio da dignidade da pessoa humana que possui uma relação mais próxima ao princípio da prioridade absoluta, uma vez que se trata de um núcleo essencial do direito, com caráter basilar frente a fundamentação e orientação das normas relativas à criança e ao adolescente.

---

<sup>25</sup> “Artigo 3 – 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. (BRASIL. **Decreto 99.710 – Convenção sobre os direitos da criança**, de 21 de novembro de 1990, Brasília. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso: 05 out. 2017).

<sup>26</sup> CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul. 15, Dezembro, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso: 05 out. 2017, p. 33.

<sup>27</sup> MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso: 05 out. 2017, p. 3.

<sup>28</sup> CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul. 15, Dezembro, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso: 05 out. 2017, p. 34.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Da mesma forma, a doutrina da proteção integral visa garantir e tornar efetiva a dignidade da pessoa humana às crianças e aos adolescentes, através da concretização de seus direitos constitucionalmente assegurados.<sup>29</sup>

Isto posto, diante da apreciação acerca da doutrina da proteção integral e de suas peculiaridades, resta a análise sobre a possibilidade de sua aplicação ao nascituro, a fim de serem garantidos e priorizados os seus direitos da mesma forma que o são os direitos atinentes às crianças e adolescentes.

#### 4 APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO NASCITURO

Em primeiro plano, cumpre ressaltar que diante do estudo das teorias sobre o início da personalidade jurídica, aquela que se torna mais adequada a garantir os direitos do nascituro é a teoria concepcionista, que reconhece o começo da sua personalidade desde a concepção, levando em conta que muitos direitos, e em especial os direitos de personalidade, não dependem do seu nascimento com vida para serem exercidos.

Tal entendimento encontra respaldo também no postulado da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da República Federativa do Brasil, a qual se encontra estritamente vinculada aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal pátria.

Frente a isto, pode-se afirmar que ao nascituro são garantidos uma série de direitos desde o momento da concepção. Contudo, perquire-se se este possuiria uma prioridade de seus direitos na esfera jurídica, da mesma forma que o possuem as crianças e adolescentes frente à doutrina da proteção integral, assegurada expressamente pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em âmbito nacional.

Neste viés, insta salientar que o princípio da proteção integral:

[...] norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Parte do pressuposto de que tais

---

<sup>29</sup> SILVEIRA, Paula Galbiatti. A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [Belo Horizonte]. 17, Novembro, 2011. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%2017\\_11\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf). Acesso: 05 out. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

seres humanos não são detentores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, necessitando, por isso, de terceiros (família, sociedade e Estado) que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos físico, mental, moral, espiritual e socialmente. (grifo nosso)<sup>30</sup>

Ou seja, tal princípio decorre de um reconhecimento da condição peculiar da criança e do adolescente, haja vista serem estas pessoas vulneráveis, em flagrante processo de desenvolvimento.

Entretanto, outra não seria a caracterização do nascituro. Da mesma forma que uma criança ou adolescente, o nascituro também se encontra em fase de inquestionável desenvolvimento, sendo, portanto, vulnerável e dependente de terceiros para que tenha seus direitos fundamentais resguardados.

Conforme asseveram Morelato e Pazó, no que se refere à capacidade de agir e de realizar atos de forma autônoma, a dependência do nascituro não é tão diferente da do recém-nascido, tendo em vista que ambos se encontram ligados a alguém, pois não possuem discernimento para tomar suas próprias decisões ou meios para subsistência própria. Destarte, seria coerente a lei conceder ao nascituro os mesmos tratamentos que concede ao recém-nascido.<sup>31</sup>

Ademais, é evidente que “para que uma criança tenha um desenvolvimento saudável de sua personalidade, os atos que antecedem seu nascimento, desde o planejamento até o parto em si são extremamente importantes”<sup>32</sup>. Portanto, influenciarão diretamente no crescimento psicofísico do infante os atos ocorridos frente a este desde a concepção, no período da gestação e após o nascimento do filho, devendo haver uma proteção ainda maior aos direitos deste ser, inclusive de forma prioritária, no decorrer deste período.

Não obstante, deve-se atentar ao fato – deveres importante – de ser o nascituro, frente à teoria concepcionista, considerado criança. Explica-se: de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente “**Considera-se criança**, para

<sup>30</sup> NOGUEIRA, Wesley Gomes. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. **Jusbrasil**, [S.l.] 2014. Disponível em: <https://wgomes92.jusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protacao-integral-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso: 06 out. 2017.

<sup>31</sup> MORELATO, Vitor Faria; PAZÓ, Cristina Grobério. A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 95, v. 847, p. 24-39. Maio, 2006, p. 35.

<sup>32</sup> MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso: 06 out. 2017, p. 5.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

os efeitos desta Lei, **a pessoa até doze anos de idade incompletos**, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (grifo nosso).<sup>33</sup>

Diante de tal preceito legal, tem-se que o nascituro se enquadra no lapso temporal estabelecido, qual seja, até doze anos de idade. Destaca-se, ainda, que referido dispositivo não prevê a existência de um marco inicial para a caracterização do ser como “criança”, tampouco estabelece que este marco inicial seja o nascimento com vida do feto.

Assim, por possuir o nascituro personalidade jurídica desde o momento da concepção (conforme prevê a teoria concepcionista), caracterizando-o como pessoa e sujeito de direitos desde tal momento, nada mais certo do que afirmar-se que o mesmo se enquadra no conceito de criança, assim o sendo.

Portanto, deve a doutrina da proteção integral, juntamente com os seus princípios da prioridade absoluta e do interesse superior da criança, ser aplicados ao nascituro. Isso, pois, necessita o mesmo de cuidados especiais para sua formação, pelo fato de estar se desenvolvendo em todos os âmbitos.

## 5 CONCLUSÃO

Desta feita, conforme se analisou neste breve estudo, dentre as teorias acerca do início da personalidade jurídica, aquela que se torna mais adequada à aplicação é a teoria concepcionista, tendo em vista que amplia o rol de direitos assegurados ao nascituro, defendendo a aquisição dos mesmos desde o momento da concepção.

Ademais, tendo por base referida teoria, pode-se afirmar que, por ter o nascituro personalidade jurídica desde o momento da concepção, enquadra-se o mesmo no conceito de “criança”, haja vista não haver previsão legal de qualquer marco inicial para tal caracterização, tampouco condicionamento desta situação ao nascimento com vida.

Destarte, inegável a possibilidade de aplicação da doutrina da proteção integral ao nascituro, por entender-se o mesmo como uma criança. Isto porque, além de tudo,

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 13 de julho de 1990, Brasília. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso: 06 out. 2017

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

este se encontra no seu primeiro estágio de vida, em incontestável desenvolvimento, sendo deveras frágil e indefeso, ensejando uma proteção jurídica ainda maior.

Portanto, os direitos fundamentais do nascituro devem ser assegurados, com a ressalva de serem exercidos de forma prioritária, tendo em vista se sobreporem a qualquer outro, com base no princípio da prioridade absoluta. Da mesma forma, qualquer interpretação da lei deve se dar no sentido de atender ao melhor interesse do feto, de acordo com o que preceitua o princípio do interesse superior da criança, visando assim cumprir com o postulado da doutrina da proteção integral.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da proteção integral**. In: MACIEL, Kátia (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 11-17, p. 11.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Nascituro: tutela jurídica à luz da Constituição Federal. **Lex Magister**, [São Paulo]. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23883291\\_NASCITURO\\_TUTELA\\_JURIDICA\\_A\\_LUZ\\_DA\\_CONSTITUICAO\\_FEDERAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx). Acesso: 02 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988, Brasília. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 04 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto 99.710 – Convenção sobre os direitos da criança**, de 21 de novembro de 1990, Brasília. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso: 05 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 – Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002, Brasília. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso: 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 13 de julho de 1990, Brasília. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso: 06 out. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul. 15, Dezembro, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso: 04 out. 2017, p. 34.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança. 20 nov. 1959. Disponível em:  
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso: 05 out. 2017.

FALCÃO, Rafael de Lucena. A personalidade jurídica do nascituro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Novembro, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12463](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463). Acesso: 02 out. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a430339c10c642c>. Acesso: 04 out. 2017, p. 5.

MORELATO, Vitor Faria; PAZÓ, Cristina Grobério. A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 95, v. 847, p. 24-39. Maio, 2006, p. 35.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 65.

NOGUEIRA, Wesley Gomes. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. **Jusbrasil**, [S.l.] 2014. Disponível em: <https://wgomes92.jusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protECAo-integral-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso: 06 out. 2017.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 94.

SILVEIRA, Paula Galbiatti. A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [Belo Horizonte]. 17, Novembro, 2011. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%2017\\_11\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf). Acesso: 04 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro**: uma página a ser virada no direito brasileiro. [S.l.]. 2007. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&act=8&ved=0ahUKEWjguu2AgOLTAhXD4yYKHZr9DWYQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fartigos%2F201401311043530.ARTIGO\\_NASCITUTO.doc&usq=AFQjCNHjYNMQ9sRAUe3Y4XbKJ4tSx5EmTww&sig2=OotoPFOTkMChS0XjUUtmg](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&act=8&ved=0ahUKEWjguu2AgOLTAhXD4yYKHZr9DWYQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fartigos%2F201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc&usq=AFQjCNHjYNMQ9sRAUe3Y4XbKJ4tSx5EmTww&sig2=OotoPFOTkMChS0XjUUtmg). Acesso: 02 out. 2017, p. 3.

---

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil:** volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 78.

TEIXEIRA, Evilázio Borges; THAMAY, Rennan Faria Krüger. A personalidade civil e a capacidade civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº 424, p. 9-22. Fevereiro, 2013, p. 14.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 134.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Novembro, 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12). Acesso: 04 out. 2017.