



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE DIREITO

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS QUANTO AO MOMENTO DA
AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO NASCITURO**

CARLOS ALEXANDRE NUNES DOS SANTOS

Goianésia-GO
2017

CARLOS ALEXANDRE NUNES DOS SANTOS

**“PERSPECTIVAS JURÍDICAS QUANTO AO MOMENTO DA
AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO NASCITURO”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Evangélica de Goianésia, como
requisito à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientação: Profa. Me. Fernanda Heloisa
Macedo Soares

FOLHA DE APROVAÇÃO

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS QUANTO AO MOMENTO DA
AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO NASCITURO**

Projeto de pesquisa apresentado à Faculdade Evangélica de Goianésia, como requisito parcial para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica I.

BANCA EXAMINADORA

Membros componentes da Banca Examinadora:

PERSPECTIVAS JURÍDICAS QUANTO AO MOMENTO DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO NASCITURO

Carlos Alexandre Nunes dos Santos¹

Prof. Orientadora Fernanda Heloisa Macedo

RESUMO

Objetiva-se buscar compreender os direitos da personalidade do concebido/nascituro. Se o fato de ser considerado pessoa já lhe garante direitos personalíssimos, como o direito a vida entre outros. É preciso entender o direito da personalidade ao concebido, de forma a valorizar o ente humano. O presente trabalho tem como objetivo esclarecer quais são os verdadeiros direitos do nascituro, e a partir de quando o nascituro os adquire, levando em consideração as divergências dentro do próprio ordenamento brasileiro atual, e as decisões dos tribunais sobre tal tema. O projeto trata-se de buscar compreender os direitos da personalidade ao concebido/nascituro. O foco principal do presente trabalho é mostrar a importância dessa investigação, apesar da enorme controvérsia vale apenas analisar o tema em questão, buscando no fundamento da dignidade da pessoa humana a possibilidade de reformulação da regra relativa ao início da personalidade jurídica do nascituro em nosso país.

Palavras-chave: Nascituro. Vida. Personalidade Jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará do tema acerca dos direitos do nascituro. Para a realização deste artigo foi utilizada a pesquisa em doutrinas, leis, Constituição Federal, Código Civil brasileiro e jurisprudência.

A matéria sobre os direitos do nascituro não é amplamente explanada pelas doutrinas utilizadas no decorrer do curso, salvo as que tratam especificamente sobre o tema, portanto há dificuldade para realização da pesquisa.

A ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro. Este embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

Como se sabe, os direitos pertinentes ao nascituro são de mera expectativa.

¹ Acadêmico do curso de Direito, da faculdade Evangélica de Goianésia (GO).
advalexandre@hotmail.com

O legislador preocupou-se em resguardar os direitos do nascituro, merecendo este total proteção do Estado. Como se verifica no artigo 2º do Código Civil brasileiro.

Ao nascituro não lhe é atribuído personalidade, como consta no artigo acima. O início da personalidade civil se dá com o nascimento com vida. Há teorias que discutem sobre o início da personalidade civil, essas serão verificadas no desenvolvimento do referido trabalho.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica, responsável por contribuir com conceitos e teorias fundamentais à realização desse trabalho. Como bibliografia base para o entendimento do momento da aquisição da personalidade jurídica do nascituro adotou-se, aqui, as obras de Silmara J. A. Chinelado (2000), Espindola (1938), Itabaiana de Oliveira (1936), Lomongi França (1996), entre outros, com obras que trouxeram um respaldo científico, para poder alcançar o objetivo do presente trabalho.

Os direitos do nascituro devem ser assegurados a partir de sua concepção, para que venha ao mundo dentro da mais perfeita normalidade. O objetivo deste trabalho é mostrar como o Estado preocupou-se com o ser já concebido, mas não nascido, portanto ainda não adquirente da personalidade.

A estrutura do trabalho está dividida inicialmente em relacionar as teorias quanto aos direitos do nascituro, a relação do mesmo com o Código Civil de 2002, a questão da personalidade jurídica do nascituro e finalmente o momento da aquisição dessa personalidade, o que veremos a seguir.

Tem-se como destaque expor os direitos reconhecidos ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o nascituro tem prerrogativas jurídicas idênticas aos outros sujeitos de direito, sendo dotado de personalidade jurídica para defesa destes direitos.

1 CONCEITO DE NASCITURO

Passaremos a entender o nascituro. Cabe agora, entender o que representa o nascituro para o Direito Civil brasileiro. Segue abaixo o conceito de nascituro, perante o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2005, p.153):

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um

direito de mera situação de potencialidade, de formação.

Nascituro é o indivíduo já concebido, porém não nascido. Há alguns direitos inerentes ao nascituro. É o nascituro uma expectativa de vida, seus direitos ficam sob condição suspensiva. A ele cabe alguns direitos garantidos em lei, mesmo sendo ele um a expectativa de vida, o legislador preocupou-se em resguardar seus direitos.

Portanto, o nascituro é um ser humano que já foi concebido, seu estado ainda é de gestação. Não se sabe se nascerá vivo ou morto. Nos ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa (2005, p.153): “entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito”. Como afirma Venosa na citação acima, o direito do nascituro é concreto, ele ultrapassa a expectativa de direito, seus direitos provenientes de lei são legítimos.

2 DA IMPORTÂNCIA DO TEMA

Os interesses dos nascituros são tutelados desde o tempo dos romanos. Como afirma Washinton de Barros Monteiro: “Paulo já afirmava que *nasciturus projam nato habefur* quando de *eius* comodo *agitur*, ou seja, o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse”. (MONTEIRO, 2007, p. 64.)

Para Maria Helena Diniz (1998, p.334) nascituro é:

Aquele que há de nascer, cujos direitos à lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, a inda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

A palavra nascituro tem origem latina da palavra *nasciturus*, que designa aquele que ainda não nasceu, mas que há de nascer. O significado da palavra nascituro é de expectativa, ou seja, o ente já foi concebido, porém não se sabe se vai nascer vivo ou não. O nascituro é um indivíduo, fruto da concepção humana, que vive no ventre materno, sendo ligado pelo cordão umbilical à sua genitora. Como se pode observar, desde o tempo romano, os interesses do nascituro já eram tutelados.

A evolução dos estudos jurídicos e a crescente necessidade de complementá-los com contribuições de outras ciências humanas, levam a um novo tratamento dos institutos jurídicos tradicionais que singularizam o Direito Civil entre os quais os direitos da pessoa, notadamente, por nascer, ou seja, do nascituro.

Conforme Espindola (1938, p.46), atualmente, na concepção filosófica, pessoa é o ser humano no seu aspecto racional, dotado de ação por meio da vontade. É o individuo racional capaz de querer. Entretanto, na acepção jurídica, pessoa designa todo o ser capaz de ter direitos e obrigações. É o sujeito de direitos, no que difere da coisa, tida sempre como o objeto de uma relação jurídica.

Já a personalidade é a suscetibilidade que toda pessoa tem para ser sujeito de direitos e obrigações. Assim, a personalidade jurídica, tecnicamente, é a qualidade da pessoa como sujeito de direitos, ou seja, é a aptidão de ser sujeito de direitos e obrigações.

Outrossim, há ainda o conceito biológico de pessoa, considerada no senso comum, que difere completamente do conceito jurídico-científico do Direito. O presente trabalho visa apenas a pessoa natural, principalmente a partir de sua concepção e enquanto não nascida.

O magistral Itabaiana de Oliveira (1936, p.127) afirma peremptoriamente:

O Direito Romano só considera homem, ou pessoa, o ente nascido de mulher, quando concorrem os seguintes requisitos: forma humana, completa separação das vísceras maternas e viabilidade. A ausência de forma humana constitui o monstrum ou prodigium, não assim certos vícios ou irregularidades. Enquanto o filho não esta completamente separado das vísceras maternas, é considerado como fazendo parte da mãe.

A importância temática em debate é patente, a uma pelo interesse doutrinário da matéria, as duas, pelo caráter científico e pratico do Direito, e a três pela sua atualidade diante das discussões a respeito de questões como o aborto e a fertilização *in vitro*, que, em um plano mais transcendente, traz grande complexidade em seu aspecto jurídico.

Relevância oferece, neste campo, o estudo das novas técnicas que visam à procriação, pois, se de um lado se apresenta o viés de natureza científica, de outro se colocam os princípios jurídicos que, conferindo proteção ao nascituro de a sua concepção, Artigo 2º do Código Civil, garantem, dentre outros, o direito à vida: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Os novos fenômenos, que trazem reflexos éticos, filosóficos, religiosos, exigem uma leitura da legislação vigente, para dela se extrair, a harmonização entre o fato e a norma, na busca da proteção mais ampla que se possa assegurar à

pessoa humana.

Justifica-se essa pesquisa em levar ao leitor a considerar os aspectos médico-biológicos, religiosos e doutrinários para fundamentação sobre o início da personalidade civil da pessoa natural em nosso país. Por esse motivo o trabalho baseou-se na legislação brasileira e estrangeira sobre tudo na evolução histórica de tal tema.

3 CONCEITO DE PESSOA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

É certo que, para falar dos direitos do nascituro, deve-se escrever sobre pessoa no direito. Na visão jurídica, pessoa é todo ser capaz de ter direitos e obrigações. No sentido literal da palavra, podemos entender que todo ser humano é uma pessoa, ou seja, ser pessoa é existir no campo material. Pessoa é o ser humano no seu estado racional, dotado de vontade.

Porém, no campo jurídico, pessoa é um ente físico, que a lei lhe atribui direitos e obrigações, como se pode verificar na citação de Maria Helena Diniz (2008, p. 113.):

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Em síntese, a pessoa natural, é aquela que tem direitos e obrigações a ser em cumpridas na ordem civil.

Todos que nascem com vida, adquirem direitos e obrigações. Porém aqueles que ainda não nasceram, mas já foram concebidos, tem seus direitos resguardados pela lei. A pessoa natural nasceu com vida, e adquiriu a personalidade, conforme o Direito Civil prescreve. O nascimento com vida é um dos pressupostos de admissibilidade de personalidade civil. Pode esta pessoa ser sujeito de um processo jurídico. Assevera Venosa (2005, p.150.) que:

Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica. A capacidade jurídica delineada, no artigo 1º do código vigente, todos a possuem. Trata-se da denominada capacidade de direito. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém,

são detentores da capacidade de fato. É assim chamada capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações.

O indivíduo ao ser concebido, já adquire direitos que o protejam. Ao nascer com vida, torna-se pessoa. Tornando-se pessoa, este indivíduo adquire a sua personalidade. Têm direitos e obrigações jurídicas. Porém, a determinadas pessoas, sua capacidade de exercício é delimitada pela lei, precisando que alguém o represente ou assista.

A nomenclatura "pessoa natural" revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade. Assim, para ser considerada pessoa, basta que o homem exista, e para ser capaz de exercer seus direitos o ser humano necessita preencher os requisitos necessários para agir como sujeito de uma relação jurídica.

4 O INÍCIO DA VIDA

A fecundação é o momento em que se dá início à vida no ventre materno. Ao ser fecundado, o feto será chamado de nascituro.

Nos dizeres de Amabis e Martho (2004, p. 363), pode se entender o que é fecundação.

A fecundação ou fertilização é a fusão de um par de gametas, com formação do zigoto. Na espécie humana a fecundação ocorre no terço inicial do oviduto e, em geral, nas primeiras 24 horas após a ovulação, que é o processo de liberação do gameta feminino pelo ovário.

Logo após a relação sexual entre o homem e a mulher a fecundação se efetivará em 24 horas, sendo este lapso de tempo necessário para que o espermatozoide atinja o óvulo da mulher. Assevera Amabis e Martho (2004, p. 363) que:

Diversas experiências demonstraram que os gametas femininos exercem forte atração química sobre os espermatozoides. Quando chegam próximos de um óvulo, eles nadam em sua direção.

Os espermatozoides nadam em direção ao óvulo da mulher, ao atingir o óvulo, o futuro nascituro já será fecundado. Já existirá uma vida no ventre da mulher.

Não pode se saber se esta vida, que está sendo fecundada, nascerá com vida ou não, este ser é apenas uma expectativa, porém no campo do direito tem este indivíduo, devida proteção legal.

A fecundação é o momento inicial da vida, é importante saber quando ela é efetivada, pois após sua efetivação, uma vida já está se formando. Assim, do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. O feto representa uma vida individual, que não se confunde nem com a do pai, nem com a de sua genitora.

5 O NASCITURO NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

O conhecido historiador do século passado, Francisco Adolfo de Varnhagen (1978, p. 47) se manifestou sobre os aborígenes encontrados no Brasil pelos portugueses quando do descobrimento, da seguinte forma:

A jurisprudência indiana, se assim lhe podemos chamar, reduzia-se a mui poucos princípios. A geração se regulava pela do pai, em relação com o que se nota em alguns povos bárbaros da África. A mãe só era considerada, à maneira dos antigos Egípcios, como guarda ou depositaria do feto, até dar a luz, e nenhuns deveres contraía com ela o filho que amamentava. O pai denominava ao filho taíra ou o procedente de deu sangue, e a mãe chamava-lhe membira, o seu parido, o procedente do seu seio.

A citação foi feita a título de curiosidade histórica, o que não deixa de ser significativa diante do tema, mas a verdade é que a legislação do Brasil civilizado teve por origem imediata as ordenações do reino de Portugal, cuja formação histórica teve por base o Direito Romano e influenciadas pelo Direito Canônico e pelo Direito Germânico.

Destarte, a Ordem Jurídica Brasileira, inicialmente foi regrada pelas Ordenações do Reino de Portugal, principalmente as Filipinas que, por sua vez, serviram de base imediata às leis brasileiras.

Dessa forma a mesma perplexidade, quanto ao início da personalidade civil do homem, provinda do Direito Romano, foi traduzida no Direito Brasileiro.

Clóvis Beviláqua (1929, p. 78) em seu anteprojeto, estatuiu: “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.

Entretanto pensamos que esses grandes nomes eram concepcionistas, muito mais por ideologia filosófica, por influência do Direito Canônico, que disseminava as mentes dos filósofos do momento, do que com concepção jurídico-legislativa.

O motivo de assim pensarmos é porque na época fervilhava, nas mentes daqueles juristas, o ideal de um Código Civil Brasileiro, que deveria se aproximar da realidade do tempo quanto ao nascituro, quando a igreja considerava-o pessoa, ainda que embrionária. A igreja sempre o considerou pessoa desde os tempos mais remotos, influenciando os juristas de então de forma iniludível.

O próprio Clóvis Bevilácqua (1929, p. 78), autor do anteprojeto, em relação a sua teoria concepcionista, reconheceu que o Código Civil acabou adotando a tese natalista, ao assim se manifestar:

Apesar da lógica irrecusável, que sustenta esta opinião, é certo que a opinião contrária é dominante e por ela se declarou o Código Civil Brasileiro, artigo 2º: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Portanto, mesmo o festejado Clóvis, expoente máximo da doutrina concepcionista, admiti, expressamente, que o Direito Positivo Brasileiro adotou a escola natalista, escolha esta de forma errada, pois, para ele o momento da aquisição de personalidade é na concepção.

6 A TEORIA NATALISTA

Esta teoria é a mais aceita dentre os doutrinadores, pelo fato de que certos direitos só poderão ser exercidos por aqueles que já existam. A teoria natalista sustenta o nascimento com vida com o pressuposto para a aquisição da personalidade.

Segundo esta teoria o nascituro é mera expectativa de vida, por isso tem meras expectativas de direito. A teoria natalista entende que o nascituro não é uma vida a parte de sua genitora, é o nascituro parte do ventre materno. Por isso deve-se ter o nascimento com vida para o início da personalidade. Assevera Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 79) que: “Sustenta ter o direito positivo a dotado, a teoria natalista, que exige o nascimento com vida para ter início à personalidade. Antes do nascimento não há personalidade”.

Para a Escola Positivista, a personalidade de corre do ordenamento jurídico. A realidade é que, de acordo com o Código Civil Brasileiro, a personalidade começa do nascimento com vida. Abaixo, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.81) afirma que o nascimento com vida não é uma condição para a aquisição da personalidade, porém alguns direitos só podem ser exercidos por aqueles que já existem fisicamente na ordem civil.

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Este entendimento é o mais coerente para que não seja adquirida a personalidade do nascituro antes de seu nascimento com vida. É fato de que alguns direitos só poderão ser exercidos por aqueles que já existam. Conclui-se que nesta teoria o nascimento com vida é fato jurídico essencial para o surgimento da pessoa no Direito Civil.

Outrossim, sustentam os natalistas que se o nascituro fosse considerado pessoa, seus direitos não teriam a necessidade de serem explanados um a um no Código Civil Brasileiro, pois, as pessoas os direitos são conferidos automaticamente.

Sustentam os natalistas que, caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, nenhuma razão existiria para que o Código Civil os declinasse, um por um. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade da lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro.

Roberto de Ruggiero (1934, p. 341-342) emérito civilista italiano, considera nascido o feto separado do corpo materno, quer a separação tenha sido natural, quer artificial, mediante da arte cirúrgica:

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mas uma parte das vísceras maternas. No entanto, com esperança que nasça, o direito tem-no em consideração, dando-lhe os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer, ao momento da concepção. A equiparação do conceito ao nascido (*conceptus pro iam nato habetur*) é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveita a terceiros e exerce-se por um

lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.

Para a escola natalista, então, o nascituro não tem a vida independente, é parte das vísceras maternas. Argumentam que, inclusive, na fase gravídica, a mãe e o filho nascituro chegam a manter um órgão comum a ambos, que é a placenta. Pode-se dizer que a placenta é um órgão misto, pois é formada em parte por tecido do *infans conceptus* em parte por tecido materno. Nela os vasos sanguíneos do nascituro e da gestante ficam muito próximos, permitindo a entrada de alimentos e oxigênio para e a saída de ureia e de gás carbônico para a mãe.

San Tiago Dantas (1942-1945, p. 170) assim manifestou sobre o assunto:

A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida é, pois, o elemento essencial para que se inicie a personalidade.

De fato, desde o momento em o homem esta concebido, mas ainda no ventre materno, já a ordem jurídica toma conhecimento da sua existência e confere-lhe sua proteção.

Essa proteção se manifesta de muitos modos. Por exemplo, todas as vezes em que a mãe se encontra numa posição jurídica em que seu interesse é contrario ao interesse do nascituro, isto é, ao interesse daquele que vai nascer, manda a lei que se de um curador ao ventre, que é o defensor dos direitos do nascituro.

De maneira que, parece que desde o período de sua vida intra-uterina, já o homem é sujeito de direitos, já tem uma capacidade, já se iniciou, por conseguinte, a sua personalidade.

Os projetos do Código Civil Brasileiro variaram muito na solução que deviam adotar com relação a esta data do inicio da personalidade, mas, no nosso Código Civil, o assunto não tem lugar a duvidas. A personalidade data do nascimento.

O que fica claro na teoria natalista é que o nascituro é tratado como coisa, produto do corno humano, quando na verdade é um ser humano em formação, que se encontra em uma fase delicada de desenvolvimento. Esta fase é o momento em que o ser humano dotado de personalidade jurídica mais precisa de proteção por parte do ordenamento jurídico, afinal o direito é feito para os homens em sua plenitude, para garantir o direito à vida à dignidade da pessoa humana.

7 A TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Nas palavras de Silmara J. A. Chinelado (1999, p.185):

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os

direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais.

Como se sabe a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil. “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Como entusiastas desse posicionamento citamos Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua. Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo também parece seguir esse entendimento.

A doutrinadora Silmara Chinelato (*Tutela civil do nascituro*, cit., p. 158). Critica a corrente condicional, O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Vale ressaltar, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos à condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento também acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

8 A TEORIA CONCEPCIONISTA

Como se pode observar, a doutrina bipartiu-se a respeito do início da personalidade do homem. Patente se mostra que a teoria concepcionista tem célebres defensores, como se vê na afirmação de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.81):

A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do

nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados pronta mente.

Diz-se que no Direito Romano, a execução de mulher grávida, era adiada para que ela pudesse dar à luz, tudo em proteção a o nascituro. Pode se concluir que no Direito Romano, o nascituro e o nascido tinham direitos semelhantes.

No direito francês a personalidade começa com a concepção. A teoria concepcionista nasceu sob a influência do Código Civil francês. Há um a divergência doutrinária em torno do início da personalidade. A França adotou a teoria concepcionista, tendo esta como a mais acertada. Quando ocorre a fecundação, uma vida já está sendo formada. Mesmo que ainda não tenha nascido, o indivíduo já vive no ventre materno. Cabe a este indivíduo ter todos os direitos concernentes aos já nascidos. Nos ensina Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 81) que:

No direito contemporâneo, defendem a teoria concepcionista, dentre outros, Pierangelo Catalano, Professor da Universidade de Roma, e Silmara J.A., Chinelato e Almeida, Professora da Universidade de São Paulo.

Os defensores desta teoria, mencionam que após a concepção, já poderá o feto ter direitos, como aqueles que já nasceram com vida. Desde a concepção a lei protege o nascituro e reconhece nele, como um sujeito de direitos. Acredita os concepcionistas que a lei atribuiu ao nascituro uma personalidade. Assevera Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.81) que: “Para a Escola do Direito Natural, os direitos da personalidade são inatos e inerentes ao ser humano, independentemente do que prescreve o direito positivo”.

O Direito Natural, afirma que direitos à personalidade são devidamente dos seres humanos, nascendo com vida ou não. No ventre materno, vive um ser humano, tal Escola, apoia-se neste entendimento para discordar do direito positivo.

A teoria concepcionista, observa o nascituro como pessoa. Por tal motivo prevê o início da personalidade a partir da concepção. Dizer que o nascituro tem direitos, é o mesmo que afirmar que ele é sujeito de direito, e portanto, pessoa. Para a teoria concepcionista falar em direito do nascituro é reconhecê-lo como pessoa, pois todo titular de direito é pessoa.

Há quem afirme que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Para os concepcionistas, falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de pessoa, porque, juridicamente, todo titular de direitos é pessoa. Pessoa, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou titular de qualquer direito.

Os concepcionistas, de um modo geral, depois de analisarem a proteção que a ordem jurídica concede ao nascituro, chegam à conclusão de que, sendo ele titular de alguns direitos, deve ser considerado como pessoa pela ordem jurídica, não havendo razão de ser a objeção feita pelos partidários da doutrina natalista.

Maria Helena Diniz (1996, p. 10) assevera que “a razão esta com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro”.

Consigna Adahyl Lourenço Dias (1985, p. 278) que “o feto existe, tem função orgânica e biológica própria, desde a concepção, ligada à vida da mãe. É uma fonte de vida humana”. A lei prevê então garantias e obrigações relativamente ao nascituro e, sendo assim, considera-o com personalidade jurídica, que não se confunde com personalidade civil ou humana, coisas diferentes no campo da tecnologia jurídica, ligada a vida orgânica.

Diz o mesmo autor (1985, p. 281):

Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, devera o nascituro sempre ser representado. Alias, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não tem, jamais capacidade de fato. Todos exercerem igualmente os atos da vida jurídica por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, ‘se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa’.

Segundo a escola concepcionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.

Nas palavras de Silmara J. A. Chinelado (1999, p.185):

A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica ‘excepciones

sunt strictissimae interpretationis'. Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do art. 2º que, ao contrário, refere-se genericamente a 'direitos do nascituro.

Nesse raciocínio, afirmam os concepcionistas que não há como explicar que o nascituro possa ter o direito a alimentos gravídicos, direito à curatela (arts. 1.779 caput do CC), à representação, receber doações, direito a vida, adquirir por testamento, direito a danos morais, direito ao reconhecimento e filiação entre outros, sem que seja considerado pessoa.

Por sua vez, Lomongi França (1996, p.50) diz textualmente:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a china) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código Chines, art. 7º). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade.

De acordo com a teoria natalista os direitos do nascituro são, portanto aqueles que se acham expressa e taxativamente previstos na lei, e dentre os quais estão os acima mencionados, afirmação que discorda a teoria concepcionista, que diz que os direitos do nascituro não são taxativos estes asseveram que a vida é um bem inalienável e, nesse sentido, há um direito a vida, mas não a direito sobre a vida. A mãe não tem direito sobre sua própria vida, para dela dispor, não a fundamento reconhecer-lhe o direito de dispor da vida do filho por nascer.

Diante do exposto, ressalta-se a necessidade de esclarecer tais controvérsias, acima mencionadas, tendo como base, o ordenamento jurídico pátrio, as decisões dos tribunais em relação ao tema, o Direito comparado e demais campos do Direito.

Arremata a doutrina concepcionista com o argumento de que, em face do tratamento dispensado ao nascituro pelo Direito Penal e pelo Direito Civil, há que se reconhecer a sua personalidade civil, uma vez que essas legislações calcularam a existência desde a concepção para atribuir-se desde então direito ao homem, sendo assim irrecusável, que a começar desse momento ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.

9 DIREITOS DO NASCITURO

DIREITO À VIDA

O direito à vida é superior aos demais direitos do ser humano, sendo indiscutível sua importância, que, portanto, atinge o nascituro mesmo nesta condição suspensiva de direitos.

A vida é assegurada na Constituição Federal em seu artigo 5º caput:

Art. 5º. 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 seguintes termos.

DIREITO A ALIMENTOS

O nascituro, segundo a Lei no 8.560/1992, em seu artigo 7º possui o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar:

Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Pela teoria concepcionista, fica evidente o direito aos alimentos desde a concepção para o desenvolvimento do feto e sua consequente afirmação da personalidade jurídica após o nascimento com vida.

Conclui-se, portanto, que os alimentos não devem ser compreendidos num sentido literal, pois possuem uma conotação de dignidade, que inclusive é salvaguardada pela Constituição, abrangendo também vestimentas, remédios, habitação. É um direito irrenunciável, sendo sua principal finalidade assegurar o direito à vida da criança.

A jurisprudência concede na grande maioria das vezes o direito provisional de alimentos ao nascituro:

Ação de Indenização – Em podendo a obrigação decorrente do direito a alimentos começar antes do nascimento e depois da concepção, têm os pais, mesmos tratando-se de direito personalíssimo, legitimidade para pleiteá-los pelo nascituro, que será indiretamente beneficiado, enquanto se nutrir do sangue de sua mãe, e diretamente após seu nascimento, pois já que o Código Civil coloca a salvo os direitos do nascituro, e não dispõe este ainda de personalidade civil, os legitimados para representá-lo desde a

gestação seriam os pais. Gravidez decorrente de uso de anticoncepcional falso – Alimento – Legitimidade ativa dos pais para pleitear indenização em nome do nascituro (TAMG – AGI. Acórdão 0321247-9, 20-12-2000, 3ª Câmara Cível – Rel. Juiz Duarte de Paula).

DIREITO A REPRESENTAÇÃO

O nascituro tem assegurada sua representação assim como os filhos já nascidos e também pelo artigo 1.779 do Código Civil considerar a falta do poder familiar, onde então se outorga a curatela.

Portanto, presente no texto legal na seção que trata do poder familiar, os pais devem representar os filhos até os dezesseis anos e assisti-los após esta idade (artigo 1.634 inciso V e artigo 1.690 do CC). Na ausência dos pais ou quando estes não puderem representá-los será nomeado representante legal.

DIREITO DE RECEBER DOAÇÃO

De acordo com o artigo 538 do Código Civil de 2002, a doação é o “contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, desde que os aceite. E ainda, o artigo 542 do Código Civil preconiza: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”

Neste dispositivo encontramos uma incoerência, pois, se a doação ao absolutamente incapaz tem aceitação presumida (independente da anuência do representante legal) prevista no artigo 543 do Código Civil, porque ao nascituro precisa de aceitação do representante?

Porém esta incoerência jurídica se resolve quando o doador aguarda o nascimento do donatário para realizar a doação.

Todavia, com a doação ao nascituro, se o nascimento se der sem vida, a doação será considerada inexistente, como se nunca tivesse ocorrido e o bem volta a incorporar o patrimônio do doador.

DIREITO DE SUCEDER

O Código Civil, em seu artigo 1.798 prega: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” É um direito eventual, que se torna um direito pleno, a partir do seu nascimento com vida.

Portanto, nascendo o individuo com vida, são realizados os tramites

sucessórios no momento da abertura da sucessão. Nascendo ele sem vida, e tendo herdeiros da legítima recolhido a herança, ocorre a mesma situação da renúncia da herança, pois é considerado o renunciante como se nunca tivesse sido herdeiro.

O nascituro, embora não tenha personalidade de acordo com o Código Civil, tem capacidade para adquirir por testamento. Morto o testador antes de seu nascimento, a titularidade da herança ou legado fica, provisoriamente, em suspenso. Se o nascituro nascer com vida, adquire naquele instante o domínio de tais bens.

10 AS ESCOLAS CONCEPCIONISTA E NATALISTA NA PROCRIAÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em nosso tema, o que mais nos angustia e nos interessa é a situação jurídica do embrião fertilizado *in vitro*, antes da nidação. Qual é a sua situação jurídica?

O embrião fertilizado *in vitro*, mantido vivo por meio do congelamento, é pessoa? Sob essa questão é juridicamente admissível à realização de experiências científicas com o embrião? E qual seria a situação do embrião que por um motivo ou outro fique órfão? Se o casal desistir de ter filhos, qual deverá ser o destino do embrião por eles gerado *in vitro*? Em nosso Ordenamento Jurídico atual o embrião congelado tem direito a vida ou poderá legitimamente se destruído?

A autora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1993, p. 75), conta que “um rico empresário chileno, Mario Rios, e sua mulher, Elza, após o falecimento de sua única filha, tentaram ter outros filhos sem sucesso. Em 1981 viajaram para Melbourne, onde se apresentaram ao médico Carl Wood para se submeterem à fertilização artificial. A tentativa inicial fracassou, mas o doutor Wood comunicou a Elza que havia oportunidade para outras operações graças à preservação de dois embriões congelados. A mulher preferiu esperar um pouco mais, para readquirir estabilidade emocional. Voltando para o Chile, no final do ano 1993, o casal morreu em um acidente de avião. Os dois embriões continuavam vivos na Austrália, herdeiros de uma fortuna. Para recebê-la, deveriam nascer”. Com a mãe morta, a mãe de substituição teria também direito a uma parte do espólio? O caso, inédito no mundo, abriu uma nova discussão.

Essa técnica, a criopreservação dos embriões, já conduziu a dezenas de nascimentos. Podemos congelar os embriões, e fecunda simultaneamente vários óvulos. Esses podem ser transferidos para o útero da mulher, serem doados a outra

ou serem destruídos.

Dessa forma, o Direito chegou a um impasse. Ou admite o embrião fertilizado *in vitro*, antes da nidação, como algo que possa ser destruído, ou atrancava a ciência. No Ordenamento Jurídico Brasileiro, nenhuma legislação há que confira direitos ao embrião fertilizado *in vitro* antes da nidação.

Nesses termos, a Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina do Brasil deu um passo à frente admitindo que as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões. Igualmente, admitiu ainda que, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de um ou dos dois cônjuges e quando desejam doá-los.

Nesse sentido a opinião da doutora Silmara J. A. Chinelato e Almeida (97, p. 182) que diz:

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

De acordo com Maurício Castro de Matos (2010, p. 61-63), “na medida em que o feto depende da mulher até a 22^a semana, na medida em que não sobrevive fora do processo gestacional, esse não é um outro ser independente. Não há, até esse período, um outro ser, na sua totalidade acabado. Portanto, não existem dois interesses. Um sem o outro não vive”.

Os concepcionistas A. Franco Montoro e A. de Oliveira Faria (1953, p. 15) citando Albertario, dizem que “se como ensina o professor, fisiologicamente, não se considera a criatura concebida como pessoa, juridicamente, ao contrário, em muitos casos, as normas legais a consideram como já nascido.

Na mesma obra, os autores citados A. Franco Montoro e A. de Oliveira Faria (1953, p. 31) concluem:

Pelo contrário, se julgarmos o ser concebido como pessoa, a norma do Código Civil deverá ser entendida de modo amplo, porque, então, ela enunciará uma regra geral, de aplicação também geral. Assim, além de casos expressamente previstos em lei, outro poderá haver,

com fundamento do art. 4º do Código Civil.

Consoante se infere dos textos citados, para os concepcionistas, “o ser concebido” e ainda não nascido já é pessoa, independentemente de sua viabilidade, e assim, sob as bases daquela doutrina, nenhuma razão têm para não admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa, pelo único fato de não esta no ventre da mãe.

11 DECISÕES DOS TRIBUNAIS A RESPEITO DO TEMA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.676 - SC (2009/0017595-0)

RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA

ACÓRDÃO: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE: NIVALDO DA SILVA E OUTRO

ADVOGADO: MARCELO BATTIROLA E OUTRO(S)

RECORRIDO: LIBERTY PAULISTA SEGUROS S/A

ADVOGADO: VANESSA HUPPES RIPOLL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.

1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

4- Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).

5- Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)**RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO****RECORRENTE: GRACIANE MULLER SELBMANN****ADVOGADO: JULIANE GONZAGA SCOPEL E OUTRO(S)****RECORRIDO: SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT S/A****ADVOGADOS: JAIME OLIVEIRA PENTEADO E OUTRO(S)****PAULO ROBERTO ANGHINONI GABRIELA FAGUNDES****GONÇALVES FABIO OLIVEIRA SANTOS****ANA LUCIA MATEUS****EMENTA**

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE AGENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.

Brasília, 04 de setembro de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

A controvérsia passa, de fato, pela correta exegese do art. 2º do Código Civil de 2002, “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”.

Em linhas gerais, as correntes doutrinárias que negam ao nascituro a titularidade de direitos potencializam a primeira parte do citado preceito legal, no sentido de que a personalidade civil da pessoa só se inicia no nascimento com vida. Por outro ângulo de análise, as teses que elasmecem os direitos do nascituro enfatizam a parte final do dispositivo, a qual faz referência a direitos que são postos a salvo desde a concepção.

São, em suma, três teorias que tentam abarcar, cada qual a seu modo, as conclusões acima listadas.

Pela teoria natalista, a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento. Os adeptos dessa tese defendem que a titularização de direitos e personalidade jurídica seriam conceitos inexoravelmente vinculados, de modo que, inexistindo personalidade jurídica anterior ao nascimento, a consequência lógica é que também não há direitos titularizados pelo nascituro, mas mera expectativa. Os principais partidários da teoria natalista foram os comentaristas e doutrinadores clássicos do Código Civil de 1916, como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Eduardo Espínola e Vicente Ráo.

Por outra linha, tem-se a teoria concepcionista, para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento. Sustentam que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos. Encabeçaram tal corrente, entre os antigos, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França e Teixeira de Freitas; entre os contemporâneos do Código Civil de 2002, destacam-se Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Giselda Hironaka e Silmara Juny Chinellato e Almeida – professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atualmente tida como a principal estudiosa do assunto.

Por fim, aponta-se, ainda, a existência de corrente intermediária, conhecida como teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade jurídica começa com o nascimento, mas o nascituro titulariza direitos submetidos a condição suspensiva, ou direitos eventuais. Citam-se como partidários Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro e Arnaldo Rizzardo.

Diante do intenso debate entre doutrinadores de peso, parece mesmo arriscado afirmar, peremptoriamente, que o direito brasileiro tenha adotado, no mais alto grau de pureza, tal ou qual teoria acerca da situação jurídica do nascituro.

Porém, a despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

Primeiramente, o art. 1º afirma que "toda pessoa é capaz de direitos e

deveres na ordem civil", o que não impede que outros sujeitos/entes/situações jurídicas desprovidos de personalidade jurídica também o sejam, como é o caso da massa falida, a qual, pelo seu viés subjetivo, configura a coletividade de credores, condomínio e a herança jacente. Tais entes despersonalizados fornecem seguros sinais de que, do ponto de vista técnico-jurídico, se toda pessoa é capaz de direitos, nem todo sujeito de direitos é pessoa, construção essa que pode, sem maior esforço, alcançar o nascituro como sujeito de direito, mesmo para aqueles que entendem não seja ele uma pessoa.

Outro aspecto a ser observado é o de que o Código Civil de 2002, mesmo em sua literalidade, não baralha os conceitos de "existência da pessoa" e de "aquisição da personalidade jurídica".

Nesse sentido, o art. 2º, ao afirmar que a "personalidade civil da pessoa começa com o nascimento", logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que "personalidade civil" e pessoa não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Donde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica segundo o rigor da literalidade do preceito legal, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria nenhum sentido lógico na fórmula "a personalidade civil da pessoa começa", se ambas pessoa e personalidade civil tivessem como começo o mesmo acontecimento.

Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a "existência da pessoa", o fez expressamente. É o caso do art. 6º, o qual asseve que "a existência da pessoa natural termina com a morte", e do art. 45, caput, segundo o qual "começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro". Tal circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à "existência da pessoa natural", a qual, se por um lado não há uma afirmação expressa de quando se inicia, por outro lado não se pode considerar como iniciada tão somente com o nascimento com vida.

Portanto, extraem-se conclusões que afastam a ideia de que só pessoas titularizam direitos e de que a existência da pessoa natural só se inicia com o nascimento.

Porém, segundo penso, a principal conclusão é a de que, se a existência da pessoa natural tem início antes do nascimento, nascituro deve mesmo ser considerado pessoa, e, portanto, sujeito de direito, uma vez que, por força do art. 1º, "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

Na mesma linha de que o nascituro é, verdadeiramente, uma pessoa, o art. 1.798 do Código Civil prevê a legitimação para suceder não só das "pessoas nascidas", mas também das pessoas "já concebidas no momento da abertura da sucessão".

E mais, o direito de receber doação art. 542 do Código Civil, de ser curatelado art. 1.779 do Código Civil, a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro, e recentemente a edição da Lei n. 11.804/2008, que positivou os chamados alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe.

Porém, a par dos citados exemplos, parece ser no direito penal que a condição de pessoa viva do nascituro embora não nascida é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto arts. 124 a 127 do CP sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida".

Nesse ponto, a doutrina criminalista indica com precisão qual o objeto jurídico de proteção na tipificação penal do aborto, nas palavras de JULIO FABBRINI MIRABETE, (2007, p. 62-63):

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida.

Ressalte-se, ainda, que o fato de nem todos os direitos poderem ser titularizados ou exercidos pelo nascituro não é relevante para a constatação de que o nascituro pode ser considerado uma pessoa, haja vista que nem todas as pessoas exercem de forma plena todos os direitos, como é o caso dos incapazes e presos.

De resto, ainda que se assim não entendesse, ou seja, ainda que se admita

não ser o nascituro uma pessoa ou detentor de personalidade jurídica, parece ter razão César Fiúza, para quem esse imbróglio conceitual pode ser solucionado satisfatoriamente com a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, para cujo desenvolvimento concorreu também Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Confira-se:

Tradicionalmente, é dogma na doutrina jurídica que só as pessoas são sujeitos de direitos. A partir da concepção de que a essência da personalidade é a qualidade de ser sujeito de direito, a partir daí, erroneamente, partiu-se do pressuposto de que só as pessoas seriam sujeitos de direitos. O pressuposto é, obviamente, falso. Qual seria seu fundamento? Dizer que a pessoa é ontologicamente um sujeito de direitos está correto. Mas daí dizer que o sujeito de direitos é ontologicamente pessoa não faz sentido. Pessoa é uma coisa, sujeito de direitos é outra.

Sujeito de direitos é o titular de direitos e deveres na ordem jurídica. Pessoa é essencialmente isso, mas é muito mais, como pudemos averiguar. Assim, toda pessoa é essencialmente um sujeito de direitos, mas o sujeito de direitos não é essencialmente pessoa. A essência dos sujeitos de direitos não é a personalidade, mas a titularidade de direitos e deveres na esfera do Direito. Isso significa que pode exercer, que goza de direitos e possui deveres, que lhes podem ser exigidos. Partindo, pois, da concepção de que nem todo sujeito de direito será pessoa, chegamos à conclusão lógica de que os entes ditos sem personalidade, mas tratados como se fossem pessoas, por serem titulares de direitos e deveres, são, na verdade, e ontologicamente, sujeitos de direitos, exatamente por comungarem a mesma essência, serem titulares de direitos e deveres.

[...]

Os casos mais importantes, para cuja solução é necessário se invocar a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, são três, a saber, o nascituro, a herança jacente e a massa falida.

Em ambos os casos, não se cuida de um grupo de pessoas representadas por alguém, como o condomínio, o espólio etc. Cuida-se ou bem de um ser humano em gestação, pessoa in potentia; ou bem de um acervo patrimonial, de fato, acéfalo; quando nada, sem aparência de possuir dono.

O nascituro é um ser humano, em gestação no útero materno. O art. 2º do Código Civil é bem claro ao dispor que a personalidade humana começa do nascimento com vida. Sendo assim, o nascituro não é pessoa. Como entender, então, que possa ter direitos, como o direito à saúde, à vida, direitos sucessórios e outros? E é o próprio art. 2º do Código Civil que diz estarem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A explicação é muito simples: conquanto não seja pessoa, por não ter nascido, o nascituro já goza de direitos; é, portanto, sujeito de direitos sem personalidade (FIUZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade . p. 13-17).

Por outro ângulo, cumpre frisar que as teorias mais restritivas dos direitos do

nascituro, natalista e da personalidade condicional, ficam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

O paradigma no qual foram edificadas observava o cariz nitidamente patrimonialista dos direitos, razão pela qual se mostrava até mais confortável a defesa da tese de que o nascituro só detinha expectativa de direitos ou direitos condicionados a evento futuro, haja vista que se raciocinava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais.

Porém, atualmente isso não mais se sustenta, uma vez que se reconhecem, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

Hoje mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

Na verdade, o nascituro titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo. O nascituro é, portanto, titular dos direitos da personalidade, nestes compreendidos a vida (que, no meio intra-uterino, deve ser propiciada por meio de assistência pré-natal, de alimentos - gravídicos - e todas as demais condições que proporcione o desenvolvimento saudável da gestação), a honra, a imagem, o nome etc.

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.

Ordenamento jurídico, ressalte-se, que tem por norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O nascituro, pois, como realidade jurídica distinta da pessoa natural, não

titulariza os mesmos direitos desta, nem com ela se confunde. O nascituro, como assinalado, titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo.

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.

CONCLUSÃO

Este artigo teve por objetivo analisar de modo conciso, porém detalhado a personalidade jurídica do nascituro.

Foi realizado uma evolução histórica e um pequeno estudo de direito comparado do nascituro e as teorias do início da personalidade jurídica, com a finalidade de garantir uma tutela mais justa dos direitos do nascituro.

É cediço que os Tribunais Superiores vêm caminhando no sentido de cada vez mais buscar reconhecer direitos ao nascituro. A teoria natalista vem cedendo cada vez mais espaço à teoria concepcionista, inclusive no que tange a direitos patrimoniais, estando evoluindo a posição de que o nascituro seria dotado de personalidade jurídica, tanto formal quanto material.

Apesar de, à primeira vista, em uma leitura simplista, o Código Civil de 2002 (CC/02) aparentar adotar a teoria natalista, no que tange ao momento de surgimento da personalidade jurídica da pessoa natural, conclui-se, com fulcro na doutrina majoritária, sufragada pelo entendimento do egrégio STJ, que a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 foi a concepcionista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **O nascituro no código civil no direito constituendo do Brasil**. Revista de Informática Legislativa n. 97.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

- AMABIS, José Mariano; MARTHO Gilberto Rodrigues. **Biologia**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Código Civil, 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. BRASIL.
- DIAS, Adahlyl Lourenço. **Venda a descendente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 3v.
- ESPINDOLA, Eduardo. **Sistema de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alve, v. 1, 1938.
- FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.
- FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GALLIANO, A. G. **O Método Científico: Teoria e Prática**. São Paulo: Harbra, 1979.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro/ parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.
- MATOS, Maurício Castro de. **A criminalização do aborto em questão**. São Paulo: Edições Almediana, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil/ parte geral**. 41ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Jacintho, 1936.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Trad. Da 6. Ed. Italiana. São Paulo: Saraiva, 1934.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada concepção**. São Paulo: Academia, 1993.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1962, v. I, p. 263.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. **História geral do Brasil**. 9. ed. Interlagos, Comemorativa do centenário de falecimento do autor. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil/ parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?>