



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

KATE KÊNIA RESENDE REIS

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO
NASCITURO: PROTEÇÃO JURÍDICA E DIVERGÊNCIAS
TEÓRICAS**

São João del-Rei

2016

KATE KÊNIA RESENDE REIS

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO
NASCITURO: PROTEÇÃO JURÍDICA E DIVERGÊNCIAS
TEÓRICAS**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduada, sob a orientação do prof. Esp. Paulo César Oliveira do Carmo.

São João del-Rei

2016

KATE KÊNIA RESENDE REIS

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO
NASCITURO: PROTEÇÃO JURÍDICA E DIVERGÊNCIAS
TEÓRICAS**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo César Oliveira do Carmo (Orientador)

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. José Maurício de Carvalho

Dedico o meu TCC à todos aqueles que fizeram do meu sonho real, me proporcionando forças para que eu não desistisse de ir atrás do que buscava para minha vida. Muitos obstáculos foram impostos para mim, principalmente nesse último ano, mas graças a vocês eu não fraquejei. Obrigado por tudo família, professores, amigos e colegas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Ivani, heroína que sempre me deu apoio, e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Obrigada minhas irmãs e sobrinhas, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente!

Obrigada! Avó, primos e tios pela contribuição valiosa.

Agradeço imensamente ao meu querido professor e orientador Paulo César Oliveira do Carmo, pela dedicação e principalmente pela paciência para comigo.

Por fim, meus agradecimentos aos amigos, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de buscar uma melhor interpretação do art. 2º do Código Civil de 2002, no que tange o momento exato que se adquire personalidade jurídica.

Dessa forma, serão ismiuçado três principais teorias acerca do tema, quais sejam natalista, condicional e concepcionista.

O objetivo é demonstrar que o nascituro adquire personalidade desde sua concepção, e junto com ela o concebido torna-se sujeito de direitos, ficando assim no mesmo patamar que as crianças já nascidas.

A abrangência de tal propósito se dará com o enfoque específico na teoria da concepção que será baseada nos princípios da legislação brasileira, tais como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Código Civil de 2002 e as legislações esparsas que trazem o tema em suas redações.

O intuito do tema em questão é detectar que, com a omissão na redação do artigo mencionado no que se refere ao começo da personalidade jurídica, a teoria concepcionista é a que mais se adequa, devido sua extensão ao nascituro, e a partir desse entendimento, uma possível alteração na redação do artigo mencionado.

Palavras-chave: nascituro; sujeito de direitos; teoria concepcionista; personalidade jurídica.

Sumário

Introdução	8
1. A PESSOA HUMANA ENQUANTO ENTE JURÍDICO	11
1.1 O termo nascituro e sua evolução histórica	11
1.1.1 Nascituro x Prole eventual	12
1.1.2 A evolução Histórica do Nascituro	13
1.2 Nascituro no direito comparado	18
1.2.1 Código Civil Português	18
1.2.2 Código Civil Espanhol	19
1.2.3 Código Civil Francês	20
1.2.4 Código Civil Argentino	20
1.2.5 Código Civil da Áustria	21
1.2.6 Demais Códigos estrangeiros	22
1.3 Nascituro no Direito Brasileiro	22
2. A POLÊMICA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS	25
2.1 Sobre a “personalidade” do artigo 2º do Código Civil de 2002	25
2.2 Sobre a “pessoa” do artigo 1º do Código Civil de 2002	26
2.3 Começo da personalidade	27
2.3.1 Personalidade e capacidade	28
2.3.2 Direitos da personalidade	30
2.4 Teorias sobre o começo da personalidade Jurídica do nascituro	32
2.4.1 Teoria natalista	33
2.4.2 Teoria da Personalidade Condicional	34
2.4.3 Teoria Conceptionista	35
3. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA CONCEPCIONISTA PARA O DIREITO CIVIL	39
3.1 O sentido prático das doutrinas	39
3.2 Efetividade da doutrina conceptionista no direito civil	40
3.3 Direitos do nascituro	43
3.4 Análise de uma possível mudança na redação do art. 2º do Código Civil de 2002	52
Considerações Finais	54
Referências	56

Introdução

A proposta deste trabalho é expor a visão dos doutrinadores quanto à possibilidade do nascituro ser reconhecido como pessoa, tendo em vista a problemática sobre omissão de tal assunto na redação do artigo 2º do Código Civil.

O início da vida humana é de suma importância quando se fala em personalidade. Há, portanto, divergências teóricas a respeito do começo da personalidade e dos direitos resguardados ao nascituro. É certo que o Código Civil trouxe inovações quando de sua reformulação, porém, deixou a redação que fala sobre a personalidade e direitos do concebido, permanecer com algumas contradições.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 fala que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. São esses direitos que são questionáveis no desenvolver do trabalho, inclusive no que tange o início da personalidade do nascituro.

Para Limongi França, citado por Almeida (2000, p. 156), “a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, pois essa já existe desde a concepção, mas apenas para que consolide sua capacidade jurídica. Isso prova irrecusavelmente, que já existe personalidade”.

A personalidade é atributo jurídico que dá ao ser o status de pessoa. É adquirida quando ele se torna titular de direitos.

Compreende-se que a personalidade se apoia em duas questões relevantes: a da sua existência e duração; e a de sua individualização. Há várias doutrinas que trazem hipóteses sobre tal consideração, umas acreditam que sejam desde a concepção, outras já aderem assim como nosso ordenamento jurídico, que a personalidade começa com o nascimento. A teoria Natalista que é majoritária em nosso ordenamento jurídico afirma que ela começa com o nascimento e termina com a morte, o que é contestável. Há, porém, o consenso entre eles de que toda pessoa é dotada de personalidade, entendida aqui como a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações.

O termo nascituro que dizer um ser que já foi concebido, porém ainda em vida intrauterina, ou seja, está em gestação.

Diante de tal divergência e, levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e os reflexos na sociedade e, a realização desse estudo implicará em três etapas, com o objetivo proposto: a primeira será analisada determinados conceitos e doutrinas com o intuito de adquirir um mínimo de conhecimento sobre o nascituro, na segunda parte será sobre

tais divergências teóricas sobre a personalidade do concebido e a última será sobre a proteção jurídica que engloba o nascituro ao ser “pessoa”.

Com o escopo de interpretar o artigo mencionado, foram formuladas três teorias com o fundamento de esclarecer as indagações sobre a personalidade do nascituro. A teoria Natalista afirma que a personalidade só é adquirida se nascer com vida, a teoria da personalidade Condicional, alega que o nascituro tem direitos e que só se adquire com o nascimento e a terceira seria a Concepcionista que no tema em questão é a mais adequada no ordenamento jurídico brasileiro, adota a tese de que os direitos inerentes ao nascituro são garantidos desde sua concepção.

FARIAS e ROSENVALD (2012, pp. 304-305) asseveram sobre as três principais teorias como atribuição para a personalidade jurídica:

Organizando a compreensão da matéria e percebendo que a controvérsia traz como pano de fundo a discussão acerca do próprio início da personalidade jurídica, é possível observar que a doutrina se divide em três grandes teorias:

- . natalista, segunda a qual a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida, inexistindo direitos para o nascituro antes de seu nascimento;
- . personalidade condicional, afirmando que desde a concepção o nascituro já possui direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais - decorrentes de herança, legado ou doação - condicionados ao nascimento com vida. Por isso, observando que os direitos patrimoniais estão condicionados, sustenta esta teoria que a própria personalidade jurídica está condicionada, apesar dos (sic) direitos da personalidade já serem reconhecidos desde a concepção;
- . concepcionista, por meio da qual se afirma que o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e, em razão disso, já dispõe de personalidade jurídica, apesar de seus direitos patrimoniais ficarem condicionados ao nascimento com vida. Ou seja, para os teóricos concepcionistas, se o nascituro já tem direitos da personalidade, é porque já dispõe da própria personalidade jurídica, mesmo que os direitos patrimoniais estejam condicionados.

Observa-se que nas legislações brasileiras, em seus diversos ramos, resguarda o direito do concebido. Além das leis que garantem e preservam esses direitos, ainda tem a Biomedicina e a Bioética que vinculam suas normas com os direitos inerentes ao nascituro.

Diz o Doutor Denival da Silva Brandão, ginecologista, citado pelo Procurador Geral da República, na ADIM nº 3510 que:

O embrião é ser humano na fase inicial de sua vida. [...] O embrião é o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com seu próprio código genético. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe

um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar em embrião como uma pessoa em potencial que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas poderia ser abortada. Por quê? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto obviamente é cientificamente absurdo. (FONTELES 2005 *apud* OLIVEIRA, 2009).

Por tudo, o presente trabalho visa aprofundar e examinar os direitos do nascituro, começando por seu conceito, perspectiva histórica, comparação da legislação brasileira com outros países, as divergências doutrinárias acerca da personalidade jurídica do nascituro e por último a real consolidação e proteção à personalidade do nascituro.

1. A pessoa humana enquanto ente jurídico

O início da vida humana é de extrema importância para uma concretização acerca da personalidade. Há diversas discussões geradas a respeito do início da personalidade e dos direitos inerentes ao nascituro, todas com o propósito de definir o momento em que o ser humano adquire seu direito à personalidade. É certo que a reformulação do Código Civil trouxe inovações, porém, no que tange o nascituro, permaneceram algumas contradições.

Assim, o objetivo desta seção introdutória será examinar os direitos inerentes ao concebido, identificando primeiramente um conceito de nascituro para posteriormente aprofundar a questão dos direitos civis.

1.1 O termo nascituro e sua evolução histórica

Antes de conceituarmos o nascituro, precisamente devemos definir o que é pessoa natural.

Pessoa natural é todo ser humano existente dotado de direitos e obrigações, titulares de relações jurídicas em sociedade, incluindo ainda os concebidos, ou seja, o nascituro que tem já tem seus direitos resguardados.

Contudo, o nascituro se encaixa perfeitamente como pessoa natural. Em muitos dicionários, encontrar-se o termo nascituro.

Para o professor Ferreira (1999, p. 375), a palavra nascituro provém do latim *nasciturus*, que é adjetivo e substantivo masculino, cujo significado é “que, ou aquele que há de nascer”.

Para Diniz (1998, p. 334):

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos à lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Portanto, nascituro entende-se como um ser vivo que está por nascer, mas que ainda não foi retirado do ventre, sendo considerado “ser” desde a sua concepção.

Segundo De Plácido e Silva (2006, p. 942), o termo nascituro vem de *nasciturus* que significa o que está por nascer. Em suas palavras, é:

O ente que está gerado ou concebido tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa. Embora o nascituro, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido como, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção.

É discutível se o nascituro é uma ficção legal. Mas, de qualquer modo, o feto é uma expectativa de vida humana, ou seja, uma pessoa em formação. E, com base nessa certeza, a lei não pode ignorá-lo. “Seus eventuais direitos devem ser preservados” (GASPAR, 1995, p. 41).

1.1.1 Nascituro x Prole eventual

Mister ressaltar que há diferença conceitual entre nascituro e prole eventual.

O nascituro, conforme explanado anteriormente, é aquele já concebido que, no entanto, ainda não nasceu. Para o direito brasileiro, ocorrendo à fecundação com conseqüente fixação do óvulo fecundado na parede uterina, passa então a ser chamado de nascituro, porém, para a medicina, ele só passa a ser considerado feto após adentrar a 9º semana de gestação, que é quando tem início o estágio fetal. (VIDA-ESTILO, 2015.)

Portanto, o nascituro é um ser humano ainda em gestação. Podendo nascer vivo ou morto.

Já o concepturo, chamado também de prole eventual, é aquele que não foi concebido, ou seja, ainda será gerado, podendo ou não ser concebido, ou seja, pode ou não vir a existir.

Para Berti (2008, p. 70), “Embrião, feto, nascituros são expressões próximas, bem ligadas entre si, quando ao sentido do que se lhes dá em linguagem científica”.

Para a ciência, esses primeiros meses é o equivalente até a 8ª semana de gestação, quando o feto ainda não tem forma humana, porém esse conceito de germe fecundado que já tem vida uterina, não pode ser referido de forma genética, pois existem embriões que não são implantados no útero como no caso de fertilização *in vitro*, que nada mais é que a reprodução assistida, ou seja, fora do útero.

Conforme Chaves de Faria e Rosenvald (2012, p. 311), discorrem que:

[...] embriões laboratoriais (embriões in vitro) são aqueles remanescentes de uma fertilização na proveta (embriões excedentários) ou que foram preparados para serem implantados em uma mulher, mas ainda não o foram (embriões pré-implantatários).

O feto que nada mais é que uma vida em formação acontece após o terceiro mês de fecundação, quando então começa a ficar com uma morfologia reconhecível aparentando uma forma humana em desenvolvimento.

O período de transição entre o estágio embrionário e o estágio fetal opera-se por volta da 8ª semana após a fecundação, ou da 7ª após a implantação (BERTI, 2008, p. 70).

1.1.2 A evolução Histórica do Nascituro

Com o passar do tempo, alguns dos ordenamentos jurídicos acolheram consentimentos seguidos pela religião, mesmo com a interferência humana e do Estado. O Direito Brasileiro como tantos outros também aderiu vestígios do Direito Canônico.

No Brasil, a Constituição Federal garante a liberdade de culto em seu artigo 5º, separando o Estado da igreja. O fato de nosso país declarar-se um estado laico, não retira algumas referências do cristianismo, principalmente no que diz respeito ao direito do nascituro.

Os direitos atribuídos ao nascituro subdividem em partes, sendo alguns dependentes do nascimento com vida, no qual é sustentado pela Teoria Natalista e outros que dependem tão somente da concepção, vindo a ser baseado na Teoria Concepcionista, sendo esta a sustentada no Cristianismo, pois relata a preocupação com relação à efetividade dos direitos do nascituro. Mais essas teses serão exploradas e esclarecidas mais adiante quando então falaremos especificamente da problemática questão do artigo 2º do Código Civil.

Na antiguidade, a prática de aborto, por exemplo, era considerada uma forma de homicídio ou uma praga social, pois assim como hoje, entendiam que fosse uma violação ao bem maior: a vida.

A igreja Católica sempre defendeu o direito à vida do nascituro. O aborto seria um dano causado à alma. Para eles, um ser inocente não tem como se defender e essa opinião vêm se perpetuando até a presente data.

Nesse mesmo contexto, a Encíclica *Mater et Magistra* de João XXIII registra:

A vida humana é sagrada: mesmo a partir da sua origem, ela exige a intervenção direta da ação criadora de Deus. Quem viola as leis da vida ofende e enfraquece a Divina Majestade, degrada-se a si e ao gênero humano e enfraquece a comunidade de que é membro (Carta Encíclica *Mater et Magistra*, 1984 *apud* ALMEIDA, 2000, p. 103).

Para o cristianismo, o feto é considerado uma pessoa, apesar de não ter nascido.

Nessa perspectiva, o Compêndio do Vaticano Frei Vier (1966, p. 197), sob o título “A harmonização do Amor Conjugal com o Respeito à Vida Humana”, declara que:

Deus, com efeito, que é o Senhor da vida, confiou aos homens o nobre encargo de preservar a vida, para ser exercido de maneira condigna pelo homem. Por isso, a vida deve ser protegida com o máximo de cuidado, desde a concepção.

O dogma católico consagra o feto como alicerce através da compreensão que o homem é a imagem e semelhança de Deus, sendo inaceitável qualquer atentado à vida, inclusive a do nascituro. Portanto traz o feto como o consenso secular moral de que deve ser protegido, pois já existe a vida, indo além de qualquer vaidade pessoal ou científica.

Ainda, revela PE. Mário Marcelo Coelho (2007, p. 20), ao citar alguns documentos da Igreja Católica, como o Catecismo n° 2270, que:

A vida humana deve ser respeitada e protegida de maneira absoluta a partir do momento da concepção. Desde o primeiro momento da sua existência, o ser humano deve ver reconhecido os seus direitos de pessoa, entre os quais o direito inviolável de todo ser inocente à vida.

O Direito medieval teve grande influência do Direito Canônico, no qual dizia que o indivíduo pertencia à Eclésia. No Direito Canônico, corroborando toda a tradição da Igreja, considerava o nascituro como pessoa, desde a concepção porque o embrião possuía alma e a vida humana tida como algo sagrado, por ter sido Deus o criador da concepção e conseqüentemente da vida.

Nessa época as penas canônicas eram para aborto realizado em feto formado, com aspecto humano, a existência da alma e as penas eram cominadas ao homicídio.

Na concepção Filosófica, o nascituro é um ser racional e assim como os recém-nascidos, a imaturidade não os difere como pessoa. Para algumas doutrinas como a Jus naturalista defendem que, desde a concepção os nascituros tornam-se sujeitos de direitos, portanto possuem personalidade jurídica.

A corrente jus naturalista alega que não vem da vontade humana a existência do direito, ou seja, independe dos humanos. Para tal, o direito já vem antes do ser humano, é algo natural, o que se tem são apenas valores e ideais humanos.

Senão vejamos:

A concepção jus naturalista foi o resultado de transformações econômicas e sociais que impuseram mudanças na concepção de poder do Estado, que passou a ser compreendido como uma instituição criada através do consentimento dos indivíduos através do contrato social. O declínio das relações feudais de produção, desenvolvimento econômico da burguesia, a Reforma Protestante, as revoltas camponesas e as guerras ocorridas durante o processo de formação do capitalismo propiciaram uma nova situação social. Em oposição aos privilégios da nobreza, a burguesia não podia invocar o sangue e a família para justificar sua ascensão econômica. Em outras palavras, a partir da secularização do pensamento político, os intelectuais do século XVII estão preocupados em buscar respostas no âmbito da razão como justificativa do poder do Estado. Daí a preocupação com a origem do Estado. Porém, não se tratava de uma busca histórica, mas sim de uma explicação lógica que justificasse a ordem social representada pelos interesses da burguesia em ascensão. (VANIN, Carlos Eduardo. Jusnaturalismo e Juspositivismo, 2015). Disponível em: <<http://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/189321440/jusnaturalismo-e-juspositivismo>>. Acesso em 01 jun. 2016.

Entre as diversas teorias adotadas em nosso ordenamento está o jusnaturalismo religioso, juntamente ao monoteísmo, onde a sua crença é que a razão humana é capaz de identificar natureza princípios criados por Deus, esses ensinamentos vem desde a época Romana veja as palavras de Cícero (p. 17), no século I A.C.:

Existe uma lei verdadeira, razão reta conforme a natureza, presente em todos, imutável, eterna; por seus mandamentos chama o homem ao bem e por suas interdições desvia-o do mal; quer ordene, quer proíba, ela não se dirige em vão aos homens de bem, mas nenhuma influência exerce sobre os maus. Não é permitido invalidá-la por meio de outras leis, nem derogar um só de seus preceitos; é impossível ab-rogá-la por inteiro. Nem o senado nem o povo podem liberar-nos dela, tampouco é preciso buscar fora de nós quem a explique e a interprete. Ela não será diferente em Roma ou em Atenas, e não será, no futuro, diferente do que é hoje, mas uma única lei, eterna e inalterável, regerá todos os povos, em todas as épocas; um só deus é, com efeito, como que o mestre e o chefe de todos. É ele o autor desta lei, quem a promulgou e a sanciona. Aquele que não a obedece foge de si mesmo, renegando sua natureza humana, e prepara para si os maiores castigos, mesmo se consegue escapar aos outros suplícios (os dos homens).

Ainda nessa seara, só que no século XVIII, um dos juristas da época, Blackstone (p. 13) afirmava que:

Como o homem depende absolutamente de seu criador para tudo, é necessário que ele se conforme em todos os pontos à vontade de seu Criador. Esta vontade de seu Criador é chamada de lei da natureza. Porque, assim como Deus, quando criou a matéria e dotou-a de um princípio de mobilidade, estabeleceu certas regras quanto à direção perpétua desse movimento; assim, quando criou o homem e dotou-o de livre-arbítrio para se conduzir em todas as partes da vida, Ele estabeleceu certas leis imutáveis de conduta humana, por meio das quais o livre-arbítrio é regulado e restringido em certa medida, e deu-lhe também a faculdade da razão para descobrir o teor dessas leis. [...] Ele estabeleceu apenas leis tais que estivessem fundadas nas relações de justiça, que existissem na natureza das coisas, antecedentes a qualquer preceito positivo. Essas são as leis eternas, imutáveis, do bem e do mal, às quais o próprio Criador, em todas as Suas disposições, se conforma; e às quais Ele possibilitou à razão humana descobrir, tanto quanto sejam necessárias à condução das ações humanas.

O jus naturalismo religioso foi uma das principais teorias da legitimação do direito positivista. A tradição teológica tornou-se ainda mais forte quando centralizou nas mãos do papa e se consolidavam com os monarcas. Houve, no entanto, um equilíbrio e a teoria hegemônica passaram a ter um caráter teológico, pois era fundado em uma delegação divina.

Para a Filosofia, pessoa é o ser humano no seu aspecto racional, dotado de ação através da vontade. É o indivíduo racional capaz de querer. Na acepção jurídica, pessoa designa todo 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 (SEMIÃO, 1998, p. 22).

O cerne da questão consiste numa reflexão sobre o sentido da personalidade jurídica em íntima ligação com o conceito ontológico de pessoa. Esta reflexão, embora conte com o contributo científico da dogmática e da teoria geral do Direito, situa-se num nível de maior radicalidade, que revela a competência da filosofia do direito e da filosofia *tout court*. A decisão sobre a eventual identidade pessoal do embrião humano pertence também, de direito, à filosofia, mas não pode deixar de apoiarem-se nos dados científicos da biologia, da embriologia, da genética, etc. Depois, estando em causa à tutela devido aos seus embrionários, alguma palavra terão a dizer a ética, a axiologia jurídica e a política do direito (CHORÃO, 1991 *apud* ALMEIDA, 2000, p. 101).

Observa-se que, pela acepção filosófica jus naturalista, o ser humano difere de outras criaturas pelo fato de ser racionais, pois tem a capacidade de pensar, sonhar, desejar. O humano vai a buscar de verdades e conhecimentos e isso se dá graças à capacidade de raciocínio. A vida humana ainda é um mistério, pois esse conhecimento é ilimitado, pois

quanto mais se estuda sobre a vida, mais é percebido que deve se aprofundar no conhecimento, portanto, o sentido da vida ainda está longe de ser revelado.

Nascituro no Direito Grego - Na Grécia antiga sempre se admitiu a capacidade do nascituro, um tanto Concepcionista, é manifestada numa antiga história contada por Plutarco, vejamos:

Polydecte morreu cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o Rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a Rainha tivesse um filho, seria ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de tutor (ALMEIDA, 2000, p. 17).

Os gregos sempre se importaram com a ciência embrionária. Ah uma grande extensão de estudos feitos por eles sobre a embriologia, por exemplo, Hipócrates, conhecido por Pai da Medicina, comprovou como se dá o desenvolvimento do embrião humano feitos com experiências através de ovos de galinha. E são essas inspirações de filósofos, que Aristóteles, conhecido como Pai da Embriologia, escreveu o Tratado de Embriologia, onde os Gregos reconheceram o nascituro como pessoa e sujeito de direito.

Nascituro no Direito Romano – Na Roma, para a personalidade própria, ou seja, para ser pessoa havia uma maior exigência do que no direito moderno.

Os Romanos adotaram a teoria Natalista; para tal, não bastava apenas o nascimento, tinha que ter forma humana viável, caso contrário, não seria considerado pessoa e sim coisas.

A doutrina Romana se divergia, ora reconheciam a personalidade do nascituro, ora desconsiderava a personalidade às crianças que não possuíam a forma humana. Porém a doutrina majoritária permanece o conceito de personalidade somente com o nascimento.

Os romanos não aceitavam a teoria que o nascituro tinha direito, os romanos falavam que o nascituro não era sujeito de direitos, não tinha personalidade. É bom expressar que o nascituro tem direito a alimentação desde a concepção, para que nasça com vida.

Conclui-se que na doutrina Romana: “o feto no útero ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção” (WINDSCHEID *apud* BEVILÁQUA, 1980, p. 77).

O entendimento no Direito Romano é bem mais exigente no que tange a personalidade do nascituro. Para tal, o feto que ainda esteja no corpo da mãe, é mera parte do corpo da mesma, portanto não considerado pessoa. Além disso, só era

reconhecido à personalidade se existissem requisitos como liberdade, família e cidadania, portanto, escravos e estrangeiros não eram sujeitos de personalidade.

Assim sendo, para os romanos, a personalidade se inicia com o nascimento com vida, se enquadrando na Teoria Natalista.

Parte da legislação pátria, são regidas a partir de influências de níveis internacionais, sejam através de Tratados ou Regulamentações. O direito civil nacional, por exemplo, seguiu o ordenamento de Portugal, mas possui traços do Direito Romano e Canônico e como sua grande maioria, optou pela doutrina Natalista.

1.2 Nascituro no direito comparado

A importância do Direito Comparado é a influência das legislações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, será feita uma sucinta abordagem sobre as teorias que as legislações aplicam aos seus ordenamentos jurídicos.

Quando se falar em aquisição da personalidade a partir do nascimento com vida, a teoria Natalista é a mais adequada para sustentar essa tese, já quando se tratar do início da personalidade desde a concepção trata-se da teoria concepcionista.

Com essa breve Explicação, podemos seguir com a apresentação dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

1.2.1 Código Civil Português

O Código Civil lusitano reconhece que o nascituro só tem direitos quando nascem, com o nascimento adquire a personalidade jurídica. Diante dessa premissa, claro é que o Código Civil Português de 1966, adotaria a teoria Natalista. Contudo, não deixa de forma expressa essa teoria, deixando margens quanto ao entendimento de poder ser adepta á teoria da personalidade condicionada.

Semião (1998, p.53) aduz que “para o direito civil Português, se o óbito ocorrer durante o parto, não há nascimento completo e, assim, não chega a haver personalidade jurídica ou capacidade para a aquisição de direitos, o que tem importância decisiva quanto aos direitos que hajam de ser atribuídos aos nascituros”, ainda o mesmo autor destaca consoante a doutrina portuguesa que "enquanto está ligado à mãe pelo cordão umbilical, é ainda *pars*

viscerum matris, o parto e o nascimento não estão concluídos, e, alimentada pelo sangue materno, à criança não tem ainda vida própria e independente".

No direito Português, o nascimento com vida é primordial para ser reconhecido como pessoa e ter seus direitos garantidos.

Chaves menciona acerca do início da personalidade na comunidade portuguesa (2000, p. 41):

Diz o art. 66, sobre o começo da personalidade, que a mesma se adquire no momento do nascimento completo e com vida, dependendo desse fato, a atribuição de direitos aos nascituros. Portanto, ficou estabelecido o momento em que se atribui personalidade ao ser humano: o do nascimento completo e com vida, ocorrendo este no momento em que se separa, totalmente, do ventre materno.

O ordenamento jurídico português deixa claro que só reconhece os direitos do nascituro quando este se separar das vísceras maternas e com vida.

Assim, conforme descreve Chaves (2000, p. 53):

Até o evento dessa condição, o nascituro não tem ainda direito ou existência, bem como os requisitos de viabilidade ou os tradicionais sinais de vida, havendo apenas o reconhecimento de seus interesses não se admitindo, porém, personalidade jurídica a ele.

1.2.2 Código Civil Espanhol

O ordenamento espanhol (assim como o do Uruguai e da Alemanha) segue o mesmo princípio do Código Brasileiro, que reconhece a personalidade com o nascimento e assegura os interesses do nascituro na hipótese de vir a nascer vivo.

A Espanha acompanha o Direito Romano, dispondo em seu art. 29:

El nacimiento determina la personalidad: pero el concebido se tiene por nacido por todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente (ALMEIDA, 2000, p. 75).

Assim, o art. 30 da legislação espanhola, conforme analisado por Almeida (2000, p. 75) traz:

O art. 30 só considera nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno. Em caso de nascimento de gêmeos, a prioridade do nascimento dá ao primogênito os direitos que a lei reconheça a quem tiver tal qualidade.

O entendimento espanhol, como é inspirado no direito Romano, é voltado para a viabilidade, pois protege os direitos do nascituro, se os requisitos do artigo 30 for preenchido, ou seja, nascer e permanecer pelo menos 24 horas vivo.

1.2.3 Código Civil Francês

No Direito Francês, o nascituro adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida, esta, tendo que ser viável (maturidade fetal mínima e aptidão para viver) (PUSSI, 2008).

Pela Lei Civil Francesa, Sébag citado por Almeida (2000, p. 54) menciona que (...) analisando os arts. 725 e 906 do Código Civil francês deduz o seguinte princípio geral: o nascituro ('l' enfant conçu') é um sujeito de direito sob a condição de que nasça vivo e viável.

Portanto o ordenamento Francês segue a tese da concepção condicionada ao nascimento com vida.

Ainda nos ensinamentos da mesma autora, afirma que no artigo 906 do ordenamento francês dispõe que os direitos à doação e o testamento não terão efeitos se o nascituro não nascer com vida, eis que se considera como se nunca tivesse existido. (ALMEIDA, 2000, p. 60).

No mesmo tom, destaca Almeida (2000, p. 60) que René Savatier ministra que a personalidade somente é concedida à criança que nasça viva e viável. A criança que nasceu morta não tem personalidade, ainda que tenha tido uma vida intrauterina.

Dentre a minoria que defende o início da personalidade desde a concepção, estão a Argentina e a Áustria.

1.2.4 Código Civil Argentino

O Código Civil Argentino ao contrário da maioria dos países latino americano é totalmente concepcionista.

Conforme menciona Chaves (2000, p. 36), em sua obra, ao comentar o código daquele país vizinho:

Segundo o art. 63. "São pessoas por nascer as que, não havendo nascido, estão concebidas no útero materno". E, além disso, reza o art. 64 que: "Tem lugar a representação das pessoas por nascer, sempre que estas houverem de adquirir bens por doação ou herança". Portanto, as pessoas por nascer já existem no útero materno, não sendo consideradas pessoas futuras, porque, então, não haveria sujeito a ser representado, estando os termos dos aludidos artigos em consonância com o disposto no art. 70, que diz que a pessoa já existe, desde a concepção, para adquirir alguns direitos.

Teixeira de Freitas, foi um dos brasileiros que inspirou nossa vizinha Argentina à esboçar o seu Código Civil de forma concepcionista, esta analisada pormenorizadamente mais a frente.

O Código Civil Argentino, em seu artigo 70, assim se expressa:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aun que fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Sagüés, ao comentar a Constituição Argentina, assim se pronuncia: "La norma adquiere una transcendencia singular porque evidencia la protección constitucional de la persona por nacer, y la consecuente condena constitucional al aborto discrecional o libre" (SAGÜÉS, 1995 *apud* SEMIÃO, 1998, p. 50).

Embora haja delimitações, não há dúvidas que a lei Argentina aceita a personalidade desde a concepção, tendo o nascituro adquirido seus direitos irrevogavelmente desde a concepção e essa tese é tão bem aceita que a lei civil pátria tem mais de dez artigos dedicados somente à concepção e ao nascituro.

Esclarece Almeida (2000, p. 87) que a expressão 'irrevogavelmente adquiridos' refere-se a direitos patrimoniais materiais, não alcançando os demais, como os direitos de personalidade, o status de filho.

1.2.5 Código Civil da Áustria

O Código Civil da Áustria corrobora a mesma opinião que o Argentino.

Almeida (2000, p. 77) apresenta o art. 22 do Código Austríaco:

O Código Civil austríaco (1811) dispõe no art. 22 que as crianças, mesmo simplesmente concebidas, têm direito à proteção legal, desde o dia de sua concepção. São consideradas como nascidas à medida que se trate de seus próprios direitos e não de terceiros, mas uma criança natimorta, no que concerne aos direitos que lhe são reservados para o caso de sobrevivência, é considerada como se não tivesse sido concebida.

Como em alguns países, a Áustria também consagra a personalidade desde a concepção, e ainda leva em consideração a situação do natimorto.

Almeida (2000, p. 78) arrisca:

Ao dispor que o natimorto considera-se como não tendo sido concebido, quando se trate de direitos que lhe são reservados para o caso de sobrevivência, isto é, de nascimento com vida, o Código parece reconhecer implicitamente que há direitos que não dependem dessa condição.

1.2.6 Demais Códigos estrangeiros

Peru, Colômbia, Chile, Suíça e China se adequam à teoria Natalista pois protegem a vida do que está por nascer, porém só aceitam a personalidade jurídica no momento do nascimento com vida.

No intuito de abranger a pesquisa, buscou-se no direito comparado a compreensão sobre as teorias do início da personalidade que divergem ou assemelha à doutrina brasileira e aos direitos do nascituro. Os objetivos dessa comparação serviram para observar as diversas adequações sobre o início da personalidade jurídica, e quais os países incluíram o nascituro como sujeitos de direito, além de diagnosticar a teoria que o ordenamento jurídico brasileiro adota majoritariamente.

1.3 Nascituro no Direito Brasileiro

O Brasil teoricamente adotou a teoria Natalista; tendo como condição, o nascimento com vida para que usufrua dos direitos à personalidade.

Conforme nos é colocado por Serpa (1971, p. 233-234):

Consoante já o disse de começo, o critério adotado pelo nosso direito foi o romano, ou seja, do início da personalidade com o nascimento com vida. Antes do nascimento, portanto, o feto não possui personalidade. Não passa

de uma *speshominis*. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria do ventre.

No mesmo tom, segundo a definição de Rodrigues (1998, p. 103): “A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, toma medidas para salvaguardar os direitos que, com probabilidade, serão seus”.

A legislação pátria limita condições quando se trata de direitos do nascituro e com isso deixa a desejar o que chamamos de início da personalidade jurídica. No ordenamento jurídico brasileiro, alguns dos direitos do nascituro são condicionados ao nascimento e outros são mantidos desde a concepção como é o caso do direito à honra, imagem e nome. E nessa seara, fica a indagação sobre o início da personalidade, já que só é sujeito de direito quem é considerado pessoa. E onde começa a personalidade jurídica? O nascituro é sujeito de direito?.

Caio Mario da Silva (2007, p. 142), a propósito, anotou:

No direito brasileiro, a ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre. Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil de 1916 o exprime, afirmando que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil (art. 2º), empregada à palavra homem na acepção de todo ser humano, todo indivíduo pertencente à espécie humana, ao *humanum genus*, sem qualquer distinção de sexo, idade, condição social ou outra, conceito aconselhável ao nosso Código atual.

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, segundo a teoria concepcionista, a qual é adotada pela 2ª parte do Artigo 2º do código Civil/2002.

No entanto, não especifica o início da vida e Marques (2005) conclui:

Em nenhum momento, a Constituição diz o que é vida, e nem poderia. As leis tratam das consequências da vida. A partir do momento em que o ser humano nasce, está sujeito a direitos e obrigações. Não cabe à Justiça decidir isso, e sim à medicina, à ciência. E nem a ciência já definiu quando começa a vida.

O artigo 2º do Código Civil deixa evidente a proteção do nascituro desde sua concepção, mesmo diante da divergência sobre o início da personalidade jurídica. O ordenamento jurídico brasileiro garante vários direitos inerentes ao nascituro, dentre os quais serão trabalhados com ênfase mais adiante. Estes direitos já estão garantidos desde a concepção, seja *in vivo* ou não. Sendo assim, corresponde ao nascituro direito à vida e não sobre a vida.

Neste caso, podemos afirmar que embora o Brasil seja a favor da Teoria Natalista, este não se distancia da Teoria Concepcionista, pois deixa a desejar a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, senão vejamos:

Conquanto comece do nascimento com (RJ, 172:99) a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts 2º, 1.609, 1.799 e parágrafo único e 1.798), como o direito à vida (CF, art.º 5º); à filiação (RT, 650:220; RJTJSP, 150:906); a uma adequada assistência pré-natal; a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores (CC, arts 1.630, 1.633, 1.779; CPC, art.º 878, parágrafo único), de receber herança (CC, 1.784, 1.798, 1.799, I e 1.800, § 3º), a ser contemplado por doação (CC, art.º 542); a ser reconhecido como filho etc. Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro, e na vida extrauterina, tem o embrião *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n.1.046/89, n.7, do Conselho da Europa; Pacto de São José da Costa Rica, art.4º, I), passando a ter *personalidade Jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art.1.800, §3º). Já se decidiu que “o nascituro goza de personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais” (RJTJRS, 217:214). Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial e obrigacional terá. *Vide* Lei n. 8.069/90, arts. 7º a 10, 208, VI, 228 e parágrafo único, 229 e parágrafo único; CP, arts. 124 a 127, 128 I e II, e Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, III, e 25. A Lei não confere personalidade jurídica material ao nascituro, obedecendo às lições advindas do direito romano: “*Non est pupillus quis in útero est*” (fr. 161-*De verb.sig*, 50-16), podendo-se nomear-lhe curador: “*Ventri tutor a magistratibus Populi Romanidari non potest, curador potest: nam de curatore constituendo edctocomprehensun est*” (fr. 20- *De tut. ET de curat*, 26,5). Urge (lembrar que: a) “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”; e b) “Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art.2º do Código Civil não sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana que deve ser objeto de um estatuto próprio” (enunciados n.1 e 2, aprovados na *jornada de direito civil*, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos judiciais do Conselho de Justiça Federal) (DINIZ, 2005, p. 8-9).

As controvérsias a respeito dos direitos do nascituro transformam-se em grandes incógnitas quando os fatos concretos chegam aos tribunais. O Código Civil é o único que dispõe de norma para regular a matéria, mas torna-se polêmico o tema quando se trata do início da personalidade jurídica.

A Carta Magna, estando no ápice da legislação brasileira, é omissa a respeito do assunto, garantindo apenas o direito à vida, mas omitindo o seu início, porém uma norma ordinária infraconstitucional diz que é do nascimento com vida.

Além da vida, um dos mais importantes direitos assegurados ao nascituro é o Direito a alimentos que é regulamentado pela Lei 11. 804/08. Convicto é que, desde a concepção o nascituro precisa de alimentos para seu desenvolvimento saudável, que se dá com a alimentação materna adequada. Porém, esta Lei terá uma análise mais aprofundada quando falarmos de direitos específicos do nascituro.

Contudo, toda lide que falar de nascituro, terá que ser definida, regulada e interpretada, pelo disposto na redação do art. 2º do Código Civil que se divide em duas partes, sendo a primeira, relacionado à aquisição da personalidade jurídica com o nascimento e a segunda, reconhecendo a proteção dos direitos do nascituro, o que nos faz indagar se teria também o nascituro personalidade jurídica, ficando assim, as outras disciplinas da legislação pátria, sujeitas a esta interpretação, até mesmo a Constituição Federal, norma máxima de nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a grande relevância do tema são as discussões sobre a personalidade no âmbito jurídico e não do nascituro em si. Sob esse enfoque, o presente artigo se pautará na análise das três principais teorias que tratarão do tema em questão.

2. A polêmica do início da personalidade jurídica e suas divergências teóricas

2.1 Sobre a “personalidade” do artigo 2º do Código Civil de 2002

A personalidade é constituída de direitos, sendo estes inerentes à condição humana. A pessoa, a fim de concretizar suas necessidades socialmente, adquire direitos e assume obrigações. Esses direitos são subjetivos e têm por objeto, os bens e valores essenciais da pessoa.

No caso do direito nacional, a lei que determina as regras sobre o começo da personalidade é o Código Civil, em seu art. 2º, que segue: “a personalidade civil da pessoa

começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

O atual Código faz menção “à pessoa” e não tão somente ao “ser” nascido.

Conclui-se que, é adotada no ordenamento jurídico a teoria Natalista, porém, a redação do citado artigo apresenta contradições, sendo ora Natalista, ora Concepcionista, pois, se põe a salvo os direitos do nascituro, pode-se dizer que este é possuidor de direito e só possui direito quem tem personalidade.

Sobre o tema, diz Venosa (2011, p. 137):

Se a criança nascer com vida e logo depois vier a falecer, será considerado sujeito de direitos. Por breve espaço de tempo houve personalidade. Tal prova, portanto, é importante, mormente para o direito sucessório, pois a partir desse fato o ser pode receber herança e transmiti-la a seus sucessores.

2.2 Sobre a “pessoa” do artigo 1º do Código Civil de 2002

Pessoa é todo ente humano, desde o momento em que nasce até o momento que morre e, está diretamente ligada a personalidade jurídica, que tem aptidão genérica de adquirir direitos e obrigações. Após o nascimento com vida, adquire-se todos os direitos e deveres como pessoa.

Reale (2000, p. 232) aduz que “a ideia de pessoa é fundamental tanto no domínio da ética como no campo estrito do Direito. A criatura humana é pessoa porque vale de per si, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais”.

Essa definição veio com uma evolução; o melhor exemplo é o antigo Código Civil de 1916, em seu artigo 2º fala em “todo homem”, e já no atual Código de 2002 em seu artigo 1º fala em “toda pessoa”, o que é um progresso, inserindo neste contexto também o nascituro.

Para Gonçalves (2014, p. 95)

O reconhecimento, hoje, dessa qualidade a todo ser humano representa, pois, uma conquista da civilização jurídica. O Código Civil de 2002 reconhece os atributos da personalidade com esse sentido de universalidade ao proclamar, no artigo 1º, que “toda pessoa” é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Há, portanto, uma conexão entre os conceitos dos artigos 1º e 2º do Código Civil. Pois, o conceito pessoa é dotado de personalidade jurídica, e os sujeitos de direito só existem

com a relação jurídica, portanto, se o nascituro tem seus direitos salvaguardados, logo, é detentor de personalidade.

2.3 Começo da personalidade

A personalidade se inicia com o nascimento e termina com a morte, resguardando e extinguindo diversos direitos, respectivamente. Porém, a lei resguarda, assim como o nascituro, alguns direitos ao morto, como a proteção dos restos mortais.

A personalidade não depende da capacidade para existir, como defendido pela tradicional doutrina. Segundo Perlingieri (1997, p. 138): “pode existir personalidade sem capacidade como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam”.

Uma das cláusulas do Pacto São José da Costa Rica, aduz que a personalidade começa com a concepção, trazendo consigo o reconhecimento da personalidade e esse direito devem ser protegidos desde o momento da sua concepção. Pacto esse que o Brasil é signatário desde 1992.

No ordenamento Jurídico brasileiro, o nascituro é um ente concebido, porém, sem personalidade.

Para Almeida (2000, p. 127):

A personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.

Há doutrinadores que reconhece a personalidade desde o momento da concepção, porém sua capacidade civil só se dá com o nascimento.

A professora Diniz (2002, p. 144) alega que existe uma classificação no que tange a personalidade. Para tal, a personalidade jurídica se divide em formal e material, uma relacionada aos direitos da personalidade desde a concepção e outra relacionada aos direitos patrimoniais que só se adquire com o nascimento, respectivamente.

Senão vejamos:

O embrião, ou nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida

orgânica e biológica própria, independente de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material após nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontrava em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Ainda sobre a tese de classificação sobre a personalidade, afirma Diniz (2010, p. 205):

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto que carga genética diferenciada desde a concepção seja ela *in vivo* ou *in vitro* (PL n. 276/2007, art. 2º; Recomendação n. 1.046/89, n.7, do Conselho da Europa; Pacto São José da Costa Rica, art. 4º, I), passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontrava em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, §3º).

Assim, há uma grande divergência em relação ao início da personalidade jurídica. Alguns juristas adotam a teoria desde a concepção, outros desde o nascimento com vida. Até mesmo nossa legislação deixa dúvida, não deixando claro sobre quando se inicia a personalidade no nosso direito pátrio.

2.3.1 Personalidade e capacidade

A personalidade é um valor reconhecido em todos os indivíduos, concretizados na capacidade, podendo ser jurídica ou de direito, sendo este titular de suas relações. Não se confunde personalidade e capacidade, pois assim como os nascituros, estes não possuem capacidade mais possuem personalidade, e como os falecidos que já possuíram capacidade mais perderam no momento do óbito.

Segundo França (2003, p. 127): “O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que ela se consolide”.

A capacidade é oriunda da personalidade, visto para ter aptidão para tanto exige alguns requisitos para adquirir direitos e deveres civis. Esses requisitos subdividem-se em capacidade de direito e capacidade de fato.

Segundo Amaral (2014, p. 281): “capacidade de direito é a aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeitos de relações jurídicas”.

No mesmo tom, a capacidade de direito é individual e irrenunciável, destacando aqui um direito fundamental para o ser humano, pois contém os direitos necessários para que concretize o homem como sujeito.

Ao contrário da capacidade de direito, tem ainda a capacidade de fato, que se desdobra para os atos jurídicos da vida civil, e para ter aptidão a tal, deve-se consistir de práticas em atos e negócios jurídicos.

Para Tobeñas (1977, p. 136):

Embora seja manifestação da personalidade jurídica, pressuposto de todos os direitos e deveres, a capacidade de direito representa uma posição estática do sujeito, enquanto a capacidade de fato traduz uma atuação dinâmica.

Contudo, nem todos tem a capacidade de fato como se tem a de direito, visto que, essa basta ter nascido com vida, já aquele depende do grau em que se encontra após obter a maioridade. As pessoas podem ser capazes, relativamente incapazes ou absolutamente incapazes. No Código Civil, para reger os atos civis, devem ser maiores de 18 anos e estar apto a praticar tais atos.

Amaral (2014, p. 282) ainda fala sobre certa diferença entre a capacidade de fato com legitimidade, senão vejamos:

Diversa da capacidade de agir, ou de fato, é a legitimidade, aptidão para a prática de determinado ato, ou para o exercício de certo direito, resultante, não da qualidade da pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas. A legitimidade decorre de certas situações jurídicas do sujeito, do que lhe advêm limitações ao poder de agir.

A personalidade torna o homem sujeito de direito, sendo este um conceito absoluto, já a capacidade é relativa, vez que cairá de acordo com a personalidade da pessoa.

A capacidade é ligada a ideia de medida da personalidade. A pessoa pode ser mais ou menos capaz, mas não mais ou menos pessoa, portanto capacidade pode ser denominada como “a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade”. (BEVILÁQUA, Código Civil Comentado, Art. 3º).

Contudo para ser pessoa, basta que exista, e para ser capaz, o ser humano precisa ter requisitos para agir como sujeito de suas relações. Eis que personalidade se distingue de capacidade de direito ou de gozo e capacidade para exercer de fato essas relações.

2.3.2 Direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são atributos essenciais reconhecidos juridicamente, porém, com uma ampla variedade de termos. No plano internacional é conhecido como “direitos humanos”; na Constituição Federal de 1988 denomina-se “direitos fundamentais”; e já no Código Civil atual é empregado o termo “direito da personalidade”.

Como se vê, são nomenclaturas dadas com facetas diferenciadas, mas com o mesmo fenômeno que dá direito à pessoa, ou seja, a dignidade humana.

Por muito tempo, os direitos à personalidade encontraram resistência no ambiente jurídico.

No Brasil, após quase um século de esquecimento, os direitos da personalidade ressurgiram. Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil incorporou os direitos nos arts. 11 a 21 do novo Código Civil de 2002.

Schreiber (2013, p. 224), ainda completa:

Os direitos contemplados pelo Código Civil não encerram ou restringem a proteção do fenômeno humano. São apenas alguns dos atributos imprescindíveis à dignidade do homem, expressa e especificamente reconhecidos como merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se esgotam aí os direitos da personalidade. Da prática judicial, da produção legislativa, da reflexão doutrinária emergem, a cada dia, novos direitos da personalidade, manifestações existenciais as mais variadas que vêm chamar pelo reconhecimento de sua essencialidade.

A Constituição Federal de 1988 constitui em seu art. 5º, X, a proteção dos direitos da personalidade: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A constituição garante a proteção dispensada ao nome e a imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos e altruísticos.

Esses direitos devem ser respeitados, para que não sejam embaraçados. Devem ser interpretados com a finalidade de proporcionar que o titular desses direitos possam usufruí-los da melhor maneira.

Diniz (2014, p. 125) em seus ensinamentos faz uma ressalta importante sobre o vago assunto sobre o direito da personalidade, vejamos:

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo se dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre a

relevância temática, embora com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais.

Não se pode negar a existência desses direitos em favor do nascituro, ainda que existam posições em sentido contrário, esses direitos são assegurados no Código Civil atual desde a concepção, principalmente quando se fala em direito à vida e à integridade.

Ainda nessa seara, a professora Diniz (2014, p. 121) diz:

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo, os direitos da personalidade são direitos subjetivos “*excludendi alios*”, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial.

Desde a concepção, o nascituro já tem seus direitos da personalidade garantidos. Esses direitos são necessários e intransmissíveis, como se vê de uma tese de Diniz (2014, p. 122):

Os direitos da personalidade são necessários inexpropriáveis, pois por serem inatos, adquiridos no instante da sua concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana. Dá vitalícios; terminam, em regra com o óbito do seu titular por serem indispensáveis enquanto viver, mas tal aniquilamento não é completo, uma vez que certos direitos sobrevivem após a morte.

À gestante confere-se atendimento pré-natal, ao poder público incumbe conceder alimentos à gestante, ou em caso de não cumprimento, este tem a obrigação de viabilizar adoção de medidas atinentes à sua concretização.

São características do direito da personalidade, segundo Almeida (2000, p. 108):

Originalidade {Direitos inatos}
 Perpetuidade {permanece por toda a vida ou além da vida}
 Oponibilidade {ninguém pode infringi-los}
 Extrapatrimonialidade {não pode ser aferidos pecuniariamente}
 Indisponibilidade {são irrenunciáveis}
 Intransmissibilidade {não podem ser transferidos a outrem}
 Incomunicabilidade {não podem ser objeto de comunhão ou condomínio}

Impenhorabilidade { não podem ser objeto de execução judicial }
Imprescritibilidade { podem ser defendidos a qualquer tempo }

Os direitos da personalidade são invioláveis e devem ser defendidos em face de qualquer pessoa que vier a violá-los. Essa defesa pode ser de modo preventivo, quando se tratar de direito personalíssimo para que não venha a se concretizar, ou repressivo, para que o violador seja condenado a reparar o dano.

Os direitos podem ser defendidos por seu próprio titular ou em juízo, que nesse caso a sanção civil não obsta a imposição de outras penas mais graves, isso de acordo com a gravidade da violação.

Essa repercussão deverá ganhar novos contornos mais a frente, pois, já é de se notar, que os nascituros tem proteção jurídica com características notórias no que tange a personalidade jurídica, no entanto, certamente haverá novos conceitos para fins de direito da personalidade e conseqüentemente uma reformulação jurídica.

2.4 Teorias sobre o começo da personalidade Jurídica do nascituro

O início da personalidade jurídica sempre foi questão de discussão entre os autores contemporâneos, visto que alguns acreditam que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento, outros sob a condição de nascer e ainda outros no momento da concepção.

Vejamos:

A ideia, doutrina ou teoria dos direitos da personalidade, surgiu a partir do século XIX, sendo atribuída a Otto Von Gierke, a paternidade da construção e denominação jurídica. Porém, já nas civilizações antigas começou a se delinear a proteção à pessoa. Em Roma, a proteção jurídica era dada à pessoa, no que concerne a aspectos fundamentais da personalidade, como a *actio iniuriarum*, que era dada à vítima de delitos *deiniuria*, que poderia ser qualquer agressão física como também, a difamação, a injúria e a violação de domicílio (DIGESTO *apud* AMARAL, 2002).

Em que pese os direitos da personalidade, estas progrediram muito nos últimos anos, desenvolvendo teses que valorizam a pessoa humana como um todo.

Em apertada síntese, é possível aduzir-se que a teoria dos direitos da personalidade, assim como suas formas de tutela, evoluiu progressivamente à exata medida que se desenvolveram as ideias de valorização da pessoa humana, sendo que os direitos da personalidade adquiriram tanto mais revelo

quanto se distinguiu, na pessoa humana, o elemento incorpóreo da dignidade (GODOY, 2001, p. 30).

2.4.1 Teoria natalista

A teoria Natalista prevalece entre os autores modernos do ordenamento Civil Brasileiro podemos citar Sílvio Rodrigues (2002), Caio Mário da Silva Pereira (2007) e Sérgio Semião Abdala (2008), assim como em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros. Eles defendem que os direitos civis só poderão ser adquiridos pelo já nascido, pois o Código Civil exige, para a personalidade civil, nascer com vida, deixando o nascituro com direitos suspensos até seu nascimento, ou seja, expectativas de direito.

Aparentemente acolhida pelos legisladores do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, a teoria Natalista prevê que o início da personalidade jurídica começa do nascimento com vida, o que, mais precisamente, será no exato momento em que indivíduo é expelido do ventre materno, desde que inicie a troca oxicarbônica com o meio ambiente, ou seja, com o funcionamento do sistema cardiovascular, comprovada com o procedimento de docimasia pulmonar hidrostática de Galeno. Esta se baseia na prova de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões, que são imersos em água, e caso tenha havido respiração, eles sobrenadam. Apesar da medicina moderna já disponibilizar outros meios para o exame (GONÇALVES, 2009, p. 185).

Ainda sobre o procedimento que comprova se nasceu vivo, Semião (1998, p. 158-159) afirma:

Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se, por acaso, o pulmão do neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis, como a docimasia pulmonar histológica (verificação dos alvéolos pulmonares, pois, se houve respiração, apresentaram dilatação uniforme e, caso contrário, as paredes alveolares estarão coladas), docimasia óptica de Icard (exame microscópico de fragmento do pulmão, esmagado em uma lâmina, quando, ao observar-se pequenas bolhas de ar na película esmagada, deduz-se a respiração), docimasia química de Icard (passagem rápida de fragmento do pulmão em álcool absoluto, a seguir mergulhado em solução alcoólica de potássio cáustico a 30%, que dissolve o estroma pulmonar, liberando bolhas de ar, no pulmão que respirou), docimasia radiográfica de Bordas (exame radiográfico dos pulmões, que se mostrarão opacos — se não respiraram — ou transparentes — se receberam oxigênio), docimasia epimicroscópica pneumo- arquetônica (exame da superfície externa dos pulmões) e as docimasias respiratórias indiretas (verificação de outros órgãos, como estômago, intestinos, fígado e ouvidos — trompas de Eustáquio —

conjuntamente com os pulmões, para tentar constatar se houve ar circulando no corpo do nascituro).

Os doutrinadores que acreditam na teoria natalista partem de uma interpretação restrita sobre o Código Civil, a qual dispõe que a personalidade jurídica só começa com o nascimento com vida, excluindo o nascituro e o natimorto do termo pessoa. Por estes pensamentos que esta teoria é denominada por muitos de teoria legalista de aquisição da personalidade.

Para Pereira (2007, p. 221), a forma como o atual Código Civil definiu o início da personalidade como:

O préstimo indiscutível da praticidade. A fixação das condições da personalidade (nascimento e vida) tem o maior interesse prático, especialmente no tocante à repercussão sucessória, de vez que, vivo que seja o recém-nascido, ainda que por instantes, recebeu, adquiriu e transmite direitos aos seus sucessores.

O Código Civil Brasileiro, em seu 2º artigo, adota essa doutrina como regra de que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. “Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus” (RODRIGUES, 2000, p.38).

2.4.2 Teoria da Personalidade Condicional

Segundo esta corrente, o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, porém, sob condição suspensiva, de nascer com vida, por isso se diz condicional. Aplicada à condição exigida, constata-se a existência da personalidade desde o momento da concepção, o que indica uma retroatividade desta constatação (PUSSI, 2008, p. 154).

O nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. (MONTEIRO, 2000, p. 95).

O grande problema dessas corrente doutrinárias 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. (ALMEIDA, 2000, p. 158).

Essa é a corrente adotada por Clóvis Beviláqua em seu Projeto de Código Civil, no início do século XX, o mesmo introduziu essa teoria no ordenamento jurídico nacional ao enunciar, em seu artigo 3º, que “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida” (BEVILÁQUA, 1901, *apud* PUSSI, 2008, p. 168).

Para o civilista pátrio acima, embora seus pensamentos se aproximem da teoria concepcionista, há indagações no que tange os direitos da personalidade, principalmente, quando se fala no direito considerado como o mais absoluto, que é da vida.

Embora afirme o contrário, esses estudiosos acabam negando os direitos aos concebidos, pois de alguma forma suspendem os direitos à personalidade que se concretiza com o nascimento com vida, deixando-os apenas com direitos que pode se chamar, diga-se de passagem, de direitos eventuais.

A posição de WALD (1995, p. 120): "O nascituro não é sujeito de direito, mas merece proteção legal. Explica essa proteção dizendo que há no nascituro uma personalidade condicional que surge na sua plenitude, com o nascimento com vida".

Assim, seria correto afirmar que a teoria da personalidade sob condição é praticamente Natalista, já que a aquisição da personalidade dará apenas com o nascer. Portanto, é incorreto dizer que esta teoria é mista.

2.4.3 Teoria Conceptionista

A teoria da corrente concepcionista acredita que a personalidade se inicia antes do nascimento, pois, como já assegurado pelo art. 2º do Código Civil, o nascituro tem seus direitos e interesses protegidos deste sua concepção.

Vale dizer, a personalidade começa no decorrer do período de vida intrauterina (ALMEIDA, 2000, p. 28), sendo esse o momento exato em que se deve gozar da personalidade jurídica concreta, já que fora concebido. Pois, se o embrião é considerado como um ser já com vida, é, portanto, possuidor de titularidade potencial, ou seja, desde a concepção o nascituro é titular de direitos subjetivos e interesses existenciais.

Em suas próprias palavras, a autora Almeida (2004, p. 93) descreve:

O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

A tese sustentada por Silmara Juny Chinelato Almeida (2000) também é acompanhada por doutrinadores como Pontes de Miranda (1974), Rodolfo Pamplona Filho (2003), Rubens Limongi França (1996), Flávio Tartuce (2012), Maria Helena Diniz (2014) e Gustavo Rene Nicolau (2005).

Os autores defensores da teoria apontam que, a origem de tudo está no Esboço elaborado por Teixeira de Freitas no Código Civil (1864, p 134) o qual aduz que “as pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”. Tal ensinamento influenciou o país Argentino que adota totalmente a Teoria da Concepção.

Acerca da referida lei, Tartuce (2012, p. 74) sustenta:

Os citados alimentos gravídicos, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere como pertinentes.

Assim, para os concepcionistas, “após a concepção o nascituro já poderá ter direitos, como aqueles disponíveis aos que já nasceram com vida” (SIMÃO *et al*, 2011).

Assim, é de se notar que esta terceira corrente, quando afirma que o nascituro ganha o status de pessoa desde sua concepção, parece-nos a mais propícia a se seguir de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que, o concebido tem direitos que são a eles inerentes desde o momento de sua concepção, e como os próprios doutrinadores da teoria Natalista alegam, que se pessoa é todo ser que tem direitos, o nascituro, claramente faz parte do status de pessoa. Portanto, a teoria Concepcionista é a que mais apta a representar artigo 2º do atual Código Civil, visto que, resguarda desde a concepção os direitos do nascituro.

Vejamos então decisões favoráveis e adepta a essa teoria:

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. SEGURO DPVAT. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO

GESTANTE. MORTE DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL/2002. PERSONALIDADE JURÍDICA QUE NASCE COM A CONCEPÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA EM RAZÃO DO ÓBITO DO FETO. ART. 3º DA LEI 6.194/74. PRECEDENTES. DECISUM REFORMADO. RECURSO PROVIDO. [...] 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. 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. [...] (Resp. 1415727/SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 4.9.2014).(Grifo Nosso)
(TJ-SC - AC: 20140324666 SC 2014.032466-6 (Acórdão), Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 21/01/2015, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado)

Destaca os concepcionistas, que se os nascituros têm direitos que são legalmente assegurados, essa é a justificativa de ser o nascituro considerado pessoa, visto que só são possuidoras de direitos às pessoas. Portanto, os seguidores dessa teoria afirmam que não é possível haver outra resposta quanto à condição do nascituro de ser possuidor de direito e não ser considerado pessoa.

Exemplo disso é o posicionamento adotado por Miguel Reale (2003. p. 231) quando diz que "todo sujeito de direitos é também uma pessoa", e como a Lei deixa claro no art. 2º sobre os direitos do nascituro que são guardados desde sua concepção, fica cabalmente comprovada a teoria que dá ao nascituro o direito de ser reconhecido desde sua concepção como pessoa.

Vejamos a ementa que dá o direito de indenização para o nascituro, que certamente deve ser considerado pessoa também nessa hipótese:

APELAÇÃO CÍVEL SEGURO OBRIGATÓRIO [DPVAT](#) MORTE OCORRIDA EM VIA PÚBLICA, NO MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA - PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E

ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADAS MULHER GRÁVIDA DE 4 MESES ATROPELADA MORTE DA MÃE E DO NASCITURO OCORRIDA EM VIA PÚBLICA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO SINISTRO JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NÃO CONHECIMENTO PRECEDENTES DO STJ SENTENÇA MANTIDA APELO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO. - O NASCITURO, PROVIDO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DESDE O MOMENTO DA CONCEPÇÃO, ESTÁ COBERTO PELO SEGURO DPVAT, VISTO QUE SEU BEM-ESTAR É ASSEGURADO PELO ORDENAMENTO PÁTRIO. É DEVIDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO NO CASO DE INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ E MORTE CAUSADAS POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. (APELAÇÃO CÍVEL-NO. ACORDÃO: 3830/201 ESCRIVANIA: ESCRIVANIA DA 1ª CÂMARA CÍVEL-NO. PROCESSO 201400703849-PROCESSO ORIGEM. 201350100328-PROCEDÊNCI 2ª VARA CIVEL DE ESTÂNCIA - GRUPO: I-RELATOR - DR. DIÓGENES BARRETO (EM SUBSTITUIÇÃO AO DES (A) OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO) - REVISOR - DRA. ANA LÚCIA FREIRE DE A. DOS ANJOS (EM SUBSTITUIÇÃO AO DES (A) ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO) - MEMBRO - DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA)

Por fim, percebe-se que essa corrente está ganhando espaço no direito contemporâneo. As recentes decisões do STJ (Resp. 299028 – SP), Lei de Alimentos Gravídicos (lei 11.804/2008), entre outros, estão colaborando para uma interpretação sistemática do artigo 2º do Código Civil Brasileiro.

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 intrauterina, 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. (Grifo Nosso). (STJ - REsp: 1120676 SC 2009/0017595-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2011)

Com as considerações acerca dos direitos do nascituro em decisões do STJ e ademais, veja-se que, a teoria Conceptionista é bem sucedida para explicar os direitos do nascituro, inclusive no que tange a personalidade jurídica.

3. A importância da teoria conceptionista para o direito civil

3.1 O sentido prático das doutrinas

Após uma breve análise sobre as teorias principais que envolvem o nascituro, é preciso avaliar a praticidade no âmbito jurídico brasileiro.

A teoria Natalista, na prática, nega aos nascituros qualquer direito, inclusive os fundamentais. Assim sendo, essa doutrina vai contra a segunda parte da redação do art. 2º do Código Civil, pois, neste está expressamente escrito que o nascituro tem seus direitos resguardados.

Visando que, se está explanado que na redação do art. 2º do Código Civil os direitos do nascituro, há uma contradição quanto ao início da personalidade civil, e apesar da doutrina majoritária optar pela teoria Natalista, a teoria conceptionista é a que mais se adapta ao texto do art. em questão, tendo em vista que protege e conserva todos os direitos inerentes ao nascituro.

A doutrina conceptionista concede ao nascituro os direitos necessários à sua sobrevivência, deixando o nascituro de ter mera expectativa de direito. Utilizando-se desses argumentos, Almeida (2000, p. 43) entende que “através dos métodos lógico e sistemático de Hermenêutica, o art. 2º em tela consagra a teoria conceptionista e não a teoria Natalista”.

Notável é que, há diversas jurisprudências a favor do reconhecimento do nascituro como pessoa, senão vejamos:

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 ACENTUA 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 o atendimento pré-natal (art. 8º da 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. (Grifos nossos).

Recurso especial provido (REsp. n. 1.415.727/SC, Quarta Turma, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4.9.2014, acórdão pendente de publicação).

Contudo, há contradição quando doutrinadores afirmam que o direito da personalidade vem com o nascimento com vida, visto que se o ordenamento jurídico atribui direitos ao nascituro, estes não pode ser ignorado, ou seja, não se podem trata-los como se não existissem.

3.2 Efetividade da doutrina concepcionista no direito civil

O nascituro é considerado pessoa desde a sua concepção, e goza de muitos direitos que não dependem do nascimento com vida, Silmara especifica os direitos que o nascituro tem, complementando sua tese concepcionista:

Por exemplo: o estado de filho (art. 458 do CC) – antes da Constituição de 1988 tinha o status de filho “legítimo” (art. 338 do CC) e de filho “legitimado” (art. 353 do CC) –, o direito à curatela (arts. 458 e 462 do CC) e à representação (art. 462 caput c/c arts. 384, V e 385, todos do CC), o direito ao reconhecimento (parágrafo único do art. 357 do CC e parágrafo único do art. 26 da ECA), o de ser adotado (art. 372 do CC), o direito à vida, o direito à integridade física (lato sensu), ambos direitos da personalidade, compreendendo-se, no último, o direito à integridade física (stricto sensu) e à saúde – direitos absolutos – e o direito a alimentos, reconhecido ao nascituro desde o Direito Romano, respaldado no Brasil por expressiva doutrina e novos acórdãos (ALMEIDA, 2001, p. 160).

Ainda sobre a personalidade Jurídica do concebido, o novo Código de Processo Civil, deixa claramente expresso esse direito à personalidade quando trata da possibilidade de divórcio extrajudicial, via cartório, desde que não haja incapaz e nascituro, portanto, equipara o nascituro à pessoa já nascida, senão vejamos:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

À aplicação prática da teoria concepcionista se adequa ao sistema da genética, das opiniões da igreja católica, da Lei da Biossegurança (11.105/05), da Lei dos Alimentos Gravídicos (11.804/08), entre outros ramos do direito.

Do ponto de vista biológico, o feto representa um ser, com carga genética individual.

Estes têm seus direitos adquiridos desde sua concepção como, o direito à vida, à saúde e sua integridade física, que na doutrina concepcionista não dependem do nascimento, visto que no próprio texto do art. 2º do Código Civil na segunda parte, resguarda esses direitos desde o início da vida intrauterina, que nada mais é que o começo do indivíduo como pessoa.

A carga genética que o feto traz com ele, independe da mãe, esta só protege o nascituro, trazendo a função somente de ser a casa daquele, ao contrário dessa proteção ou qualquer abalo que a mãe sofra pode levar ao aborto ou causar sequelas ao nascituro se este não for bem guardado. O que traz alguns doutrinadores a pedir Habeas Corpus quando traz algum prejuízo ao feto.

É importante destacar a exposição de Almeida (2000, p. 315):

Os direitos à vida à integridade física e à saúde são do nascituro e não da mãe, não é lícito que ela se oponha a tal direito. Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do filho nem a submeter-se a intervenção médica que vise a dissolver medicamento no líquido amniótico, que o feto engole instintivamente. Não cabe à mãe dispor de direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim de filho nascituro. Pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada.

Alguns direitos são concedidos ao nascituro em caso da mãe está reclusa em algum estabelecimento prisional, portanto tem-se discutido a possibilidade do remédio constitucional Habeas Corpus a favor do nascituro. O Tribunal de Justiça do Espírito Santo no ano de 2007 concedeu a ordem 100070002991, conforme ementa a seguir colacionada:

EMENTA: HABEAS CORPUS - AÇÃO PROPOSTA PELA GENITORA DO NASCITURO FUNDAMENTANDO-SE NO DIREITO CONFERIDO A ELE DE NASCER DIGNAMENTE - ATENDIMENTO PRÉ E PÓS - NATAL - NASCIMENTO EM LOCAL ADEQUADO COM A DEVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA. ORDEM CONCEDIDA.

No entanto, diferente de outras teorias, a Concepcionista, acreditam que o nascituro tem direitos desde a concepção, certo é que, se essa doutrina afirma o que parte do art. 2º do Código Civil alega, seria essa teoria a mais coerente para ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

É de se nota que certos direitos realmente só produzem efeitos com o nascimento com vida, como por exemplo, os direitos materiais. Isso não quer dizer que o nascituro não tenha esses direitos pelo contrário, tem proteção jurídica quanto aos bens materiais, porém, fica sob a condição do nascimento com vida. O mesmo não ocorre quando se fala em direitos absolutos, dos quais o nascituro tem direito desde sua concepção.

Outro desafio para a sociedade e a legislação, é a evolução tecnológica quando se fala em embriões congelados. Essa incógnita ainda está sendo discutida e está sendo um dos problemas mais complexos do Biodireito. A doutrina concepcionista usa tanto os princípios

filosóficos quanto os genéticos para afirmar que aqueles também possuem personalidade jurídica desde sua reprodução.

Vale destacar que não importa como a criança foi concebida, ou de que forma nasceu segundo manifestação da OMS: “Nascimento com vida se dá com a expulsão ou extração completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez, de um produto de concepção que, depois da separação, respire ou apresente qualquer outro sinal de vida” (ZACHARIAS, 1991 *apud* SEMIÃO, 1998, p. 155).

Em síntese, o princípio da pessoa humana deve ser adotado para dirimir essa questão sobre o direito à vida, sem penetrar na forma como o nascituro foi concebido. O interesse da ciência está diretamente ligado ao da humanidade, buscando sempre soluções para as indagações sobre o início da personalidade. Em consoante, Scarparo e Semião aduz que a ciência “deverá encontrar formas de desenvolver as atividades de pesquisa que preservem os valores inerentes ao embrião humano, porque é vida e merece ser respeitado” (SCARPARO, 1991, p. 44-45 *apud* SEMIÃO, 1998, p. 183-184).

Apesar, então, da contradição do art. 2º do Código Civil, quando a sua interpretação do texto em questão, fica cabalmente comprovada que a teoria a ser adotada por ser a que mais se encaixa na redação é a concepcionista, principalmente por reconhecer os direitos inerentes ao nascituro como o direito à vida, ao reconhecimento, à representação, à adoção, entre outros que serão brevemente discorridos.

3.3 Direitos do nascituro

Direito à vida

O direito à vida é o mais importante de todos, ele ocupa a posição superior aos inerentes ao sistema dos direitos da personalidade. Esse direito visa preservar a vida humana desde o momento que começa até quando se extingue, marcando assim o início e o término da personalidade.

Para o direito, é um bem jurídico fundamental, origem e suporte dos demais direitos, protegido por vários diplomas legais, a constituição da República (art. 1º e 5º), o Código Civil (Art. 13 e 15) e o Código Penal (art. 121, 122, 123 e 124). Todos suscitam importantes questões, pertinentes ao início da vida (nascituro, embrião), à sua criação por meios técnicos (reprodução assistida), à sua interrupção (aborto), à sua extinção (morte), ao seu prolongamento artificial. (AMARAL, 2014, p. 314)

Como já explanado, há convicção que o nascituro é considerado pessoa desde sua concepção, seja in vivo ou in vitro, tendo assim o direito primordial que e o da vida. Almeida (2000, p. 297) aduz que: “o nascimento com vida não é condição para conquista da personalidade, mas tão-somente para que certos atributos da capacidade jurídica do nascituro se consolidem. Frise-se uma vez mais que capacidade é um dos elementos da personalidade”.

É de suma importância o direito a vida no âmbito jurídico, pois este defende de forma extraordinária esse direito. O Código Penal, em regra, pune casos de aborto, que é um atentado a duas vidas, afetando a vida do nascituro e da genitora, tendo esta questão exceção em casos de gravidez por violência sexual ou nascituro anencefálico, vejamos:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefálico e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge à arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007.

Vale destacar que nesse conceito de direito à vida, frisa que, o direito à concepção, nascimento, alimento, entre outros, engloba o nascituro como pessoa no ordenamento jurídico, visto que são sujeitos de direitos.

Direitos do embrião e a Lei da Biossegurança

O embrião, também chamado de feto, é reconhecido após a oitava semana de gestação. O começo do processo da vida começa a partir da fecundação do óvulo e nesse momento que é considerado ser humano e adquirente dos direitos. Não se trata somente de

formação de vida, é considerado antes de tudo como o início da vida humana e consequentemente pessoa.

Lombardi (1989, p.170) leciona:

Devem estender-se ao embrião os mesmos cuidados que com os adultos e crianças... Nunca pode ser usado como meio para outro fim. Deve ser proibida cada intervenção sobre os embriões que possa causar algum dano. Precisa-se voltar para o princípio de veneração e ter a capacidade de experimentar alguma maravilha com essa existência humana pequenina, misteriosa, invisível, mas sempre grande e importante. Precisam-se reformular considerações ontológicas: o embrião é homem em ato porque o seu patrimônio genético já está completo. Somente a proteção jurídica não é suficiente porque o embrião ainda é invisível; por isso precisa-se do princípio da contemplação. É a contemplação que faz visível o invisível. Hoje precisamos de um direito que esteja enraizado na contemplação; nós juristas estamos chamados a construir uma sociedade capaz de contemplar.

O embrião é sujeito de direitos, podendo ser agente passivo de algum dano e ser vítima de negligência, imperícia ou imprudência, podendo o autor do fato responder em caso de não conservação ou implantação errada. Além do mais, em caso de manipulação genética, podem responder a parte por responsabilidade civil se não for usado para fins terapêuticos.

Essa manipulação genética está assegurada na Lei da Biossegurança (11.105/05), que dispõe de normas e mecanismos de fiscalizações sobre os organismos modificados geneticamente, seja relacionado à saúde humana, vegetal ou até mesmo animal. Em se tratando de ser humano, este deve ser preservado respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto não deve ser comercializado, podendo ser as células utilizadas somente para fins terapêuticos.

O art. 5º da Lei da Biossegurança autoriza que a utilização de células-tronco obtida de embriões fertilizados *in vitro* para fins de pesquisas ou até mesmo terapêuticos, ou melhor:

Células-tronco embrionárias são, de acordo com a Lei nº 11.105/05 (art.3º, XI), as células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo, podendo diferenciar-se em qualquer outro tipo de células, formando órgãos e tecidos, como a pele, o músculo cardíaco, células pancreáticas etc. Têm potencial múltiplo para fins benéficos, criando significativas possibilidades para o tratamento de doenças graves e ainda incuráveis. (Amaral, 201, p. 318 apud Franco, p. 82).

Nessa lei, em qualquer caso que tange à modificação para embriões, deverá ter o consentimento dos genitores e aprovado por um comitê de bioética.

Acerca do tema, Pessini (1994, p.11) conceitua:

A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levantados pelas ciências biológicas, os quais não são primeiramente de ordem médica.

Em suma, o embrião tem proteção jurídica em diversas leis do ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo em na nossa Carta Magna que é a Constituição Federal.

Contudo, se o nascituro é considerado pessoa biologicamente, o mesmo deve ocorrer juridicamente. Mesmo que ainda em vida intrauterina, este possui integridade física única, o que difere de ser parte do corpo da mãe. Não se pode dizer, portanto que o concebido não possui direito à integridade física e à saúde.

Direito à imagem e à honra

A doutrina concepcionista acredita que uns dos elementos que compõem os direitos absolutos inerentes ao concebido, é o direito à imagem e à honra.

O direito relacionado à imagem refere-se à reprodução através de fotos ou vídeos. No caso do nascituro, a ultrassonografia usa de sua imagem. Mesmo com o consentimento dos pais. No que tange à honra, essa é relacionada quando o direito é violado. Por exemplo, em lei, todos têm direito de reconhecimento de filiação e caso não ocorra por ausência de um dos responsáveis, afeta seu direito à honra.

Direito à filiação e ao reconhecimento

Assim como os filhos já nascidos sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, o nascituro segundo a doutrina concepcionista também tem direito à filiação, devido à relação de parentesco que surge no momento da concepção e não com o nascimento com vida.

Sobre a filiação, Ribeiro (2011, p. 86) discorre:

O direito à filiação encontra-se revestido por um conteúdo personalíssimo, relacionando-se com a concepção, e não com o nascimento, visto que a figura paterna se faz presente desde o momento da concepção, podendo inclusive se manifestar através de gestos carinhosos e cuidadosos em relação ao indivíduo que está por vir.

Esse direito é assegurado no art. 1.609, parágrafo único do Código Civil e no art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre o direito de ser reconhecido pelo pai antes do nascimento, assegurando desde a concepção a posição de filho.

Semião (1998, p. 73) expressa que “não cabe à mãe reconhecer a maternidade do filho ainda por nascer, por ser obviamente impróprio à espécie. O que a mãe pode fazer é pleitear o reconhecimento da própria gravidez, que equivale ao reconhecimento do filho”.

A forma mais eficaz de resolver a questão do reconhecimento do filho é através do exame de DNA. Feito através de sangue ou da saliva, e em caso de nascituro é feito por uma amostra coletada do vilo corial que faz parte da placenta, portanto nem a mãe nem o nascituro correm riscos. Porém, esse exame só pode ser feito após a 9ª semana de gestação, porque é nesse período que há quantidade mínima para a coleta do material.

Esse exame não é o único a comprovar a paternidade, mas é o mais eficaz até o momento para a medicina, auxiliando a justiça em suas decisões.

Direito a alimentos

O direito a alimentos é assegurado pela Lei 11.804/08 que dispõe sobre a Lei dos Alimentos Gravídicos, com a finalidade de proporcionar ao concebido e sua genitora meios necessários para a sobrevivência de ambos durante o período de gestação.

Dentre os defensores desse direito:

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 40), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do art. 1.534, inciso II, da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio, consiste, não só no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também, na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia (MIRANDA apud ALMEIDA, 2000, p. 240).

O direito ao alimento que aqui se discorre, é devido, justamente para o bom desenvolvimento da gravidez e serve como ajuda de custo para as gastos como medicamentos e pré-natal, visando proporcionar ao nascituro uma vida saudável ao seu nascer.

Ainda em relação a alimentos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece:

Art. 7º: A criança e o adolescente têm a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º: É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal (...) § 3º: Incube ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

É de se notar que, o Estado além de preocupar com a criança e o adolescente, ainda assegura tal direito ao nascituro, confirmando aqui mais uma vez que a legislação brasileira atende a teoria concepcionista.

Gagliano; Pamplona Filho (2009, p. 103) aduzem que o nascituro deve fazer jus a alimentos, “por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido”. Tal direito é reconhecido através de jurisprudências, como por exemplo, as do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EXCOMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007).

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

Com efeito, é interessante discorrer que os alimentos gravídicos acabam no momento do nascimento, e a partir daí se converte em pensão alimentícia para o nascido.

Direito de receber doações

O art. 542 (antigo art. 1.169) do Código Civil estabelece: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

Quanto à interpretação desse artigo:

Ora, não há razão para pôr a regra de lado nos casos de doações feitas a nascituros. Nada as distingue, na verdade, das demais doações. Se representarem liberalidades puras e simples, portanto, deverão entender-se aceitas pelos pais que não declararam aceitá-las (BARREIRA apud ALMEIDA, 2000, p. 232).

Para os doutrinadores da teoria da natalidade, o nascituro não tem direitos por não ser pessoa, pois bem, no mesmo Código que deixa a desejar a parte da personalidade do nascituro, mostra no art. mencionado acima, que o nascituro tem sim direito, inclusive o de receber doações. Veja-se, portanto que, a teoria concepcionista está mais uma vez certa de sua tese sobre os direitos que o concebido tem.

Nesta seara, (Alves 1917 *apud* Almeida, 2000, p. 108) afirma que, “para a doação ser válida, é preciso que o donatário esteja concebido desde o momento em que é feita, e não naquele em que se dá aceitação”.

A doação para o nascituro deve ser recebido por seu representante legal e este deve zela-lo até o nascimento da criança. O direito de receber doações começa quando é apresentado o laudo de gravidez como dispõe o art. 878 do Código Civil: “Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro”.

Direito de suceder

O direito de sucessão do nascituro é assegurado em vários países como Portugal (art. 2.033), Argentina (arts. 39 e 3.373), França (art. 906), entre outros.

No Brasil, ele é assegurado no art. 1.799, quando dispõe da sucessão testamentária que inclui até os não concebidos nesse direito de receber doações.

Almeida (2000, p. 234) leciona: “Ainda que o Código Civil não contivesse dispositivo expresso sobre a capacidade passiva para a sucessão legítima do nascituro, reconhecem-na sem divergir a doutrina e a jurisprudência”.

Neste tom, é que os defensores da teoria concepcionista afirma que se é conferido direito de sucessão até aos que ainda nem foi concebido, não pode o nascituro ter direitos e não ser considerado pessoa.

O art. 1.846 do Projeto de 1975 dispõe: “Legitimam-se a suceder as pessoas existentes, ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.846 Código Civil).

Portanto ainda há uma respalda quanto ao direito de sucessão, Maximiliano afirma: “Com o direito à sucessão legítima e testamentária, é necessário para o nascituro suceder, que, no momento da morte do de cujus ele já viva e ainda viva” (MAXIMILIANO, 1937 *apud* ALMEIDA, 2000, p. 235).

Direito de indenização e danos morais causados ao nascituro

Há várias jurisprudências a favor do nascituro em relação aos danos causados ao mesmo. Como demonstrado, está claramente comprovado que o nascituro é considerado pessoa e que este, portanto, possui personalidade civil e conseqüentemente é sujeito de direito.

Nesta seara de direitos que o nascituro tem, fica sob condição somente os direitos materiais que se concretizam após o nascimento. Os outros direitos que foram mencionados acima, não dependem do ato de nascer, pois são direitos personalíssimos incondicionais.

Nesse sentido, mesmo que não se reconheça personalidade do nascituro, admitindo-se apenas a existência de vida humana, ainda que sem personalidade, há de se concordar que existe no conceptus o direito de nascer, como particular manifestação dos direitos de viver (ZANONI, 1982, p. 121 *apud* ALMEIDA, 2000, p. 305).

Há ainda oposições sobre o direito de indenização moral do nascituro, portanto este já vem sendo pacificado pela doutrina. Os titulares para representarem o nascituro em caso de morte daquele, será o responsável vivo pelo mesmo. Esse entendimento já foi admitido, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, no RESP 399028/SP, do ano de 2002:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. BRASIL.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.399028 / SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26/02/2002.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça reiterou a decisão anterior, conforme pode se observar no RESP 931556/RS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. - Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. - É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes. - Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes - É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes. - A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 931556/RS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em 17/06/2008.

Nos casos de dúvida sobre o direito de indenização pelo falecimento do nascituro, a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal traz uma pacificação, vejamos: “É indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Em que se pode considerar nascituro “igual” ao “filho menor”, já que em vários momentos, o Código Civil equipara filhos nascidos e nascituros.

Conclui-se então que, o nascituro tem direito caso houver violação ou morte causados por terceiros de má-fé e estes podem sim serem responsabilizados pelos atos causados ao concebido.

Há ainda em nosso ordenamento jurídico outros direitos como o de adoção e de curatela, direitos esses que o nascituro faz jus e que devem ser respeitados. Aquele se refere ao direito de possuir família e ter um lar, este se refere ao direito de ter alguém para representá-lo em seus atos enquanto este for incapaz.

3.4 Análise de uma possível mudança na redação do art. 2º do Código Civil de 2002

O projeto do Código Civil de 2002, apesar de apresentar avanço em relação ao antigo Código, acabou retrocedendo em relação ao nascituro. No art. segundo do Código citado, é possível de notar que ficou vago o texto quanto à personalidade jurídica do concebido.

Na segunda parte do referido Código, deixou evidente somente a parte do direito do nascituro, que são resguardados desde sua concepção. Porém, para uma melhor interpretação em relação ao concebido, seria melhor se o Código consagrasse o nascituro como pessoa na própria redação do texto, já que o mesmo como já comprovado tem seus direitos absolutos garantidos desde sua concepção. Portanto, resta comprovado então que, se nascituro é detentor de direito, logo se pode falar que este tem personalidade jurídica, pois todo sujeito de direito é considerado pessoa.

Tal retrocesso acabou afetando em suma, as técnicas de fertilização *in vitro* e chamada inseminação artificial, trazendo ainda mais contradição no que tange à personalidade jurídica destes embriões. Segundo Almeida (2000, p. 332) “O Direito e, conseqüentemente, a lei deve, assimilar as lições da Biologia e da Genética para definir a partir de qual momento se iniciará a personalidade jurídica”, portanto, não como já exposto, resta incontroverso a personalidade jurídica que se estende ao nascituro, tendo ele sido concebido *in vitro* ou *in vivo*.

No mesmo tom, ressalta Diniz (2014, p.10):

Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. Assim a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa, de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságue numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade, sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.

Há doutrinas que ainda aduz que o nascituro é somente expectativa de direito, como podem ser meramente expectativa quando o mesmo tem direito como aos alimentos, a dano moral e são equiparados aos filhos nascidos? Como já exposto, capacidade e personalidade não se confundem, sendo certo que aquela depende do nascimento com vida para tornar-se capaz de direito e esta jamais deverá ser condicionada, visto que sujeito de direito tem personalidade jurídica.

Os direitos inerentes ao nascituro são aqueles denominados direitos absolutos, que é essencial à sobrevivência e a saúde do concebido. O direito primordial ao desenvolvimento do feto é o direito à vida, e este deve ser respeitado, sendo que para isso, faz-se necessário que a legislação reconheça sua personalidade em lei.

Por esse motivo, é que deveria haver uma normatização acerca do concebido, certo é que, se houvesse essa mudança não haveria divergências em relação ao nascituro, mudando completamente o conceito em relação ao mesmo, reconhecendo-o como pessoa sem precisar provar fatos que o fazem detentor de seus direitos, e assim respeitando sua dignidade que deve ser respeitada desde sua concepção.

Muitas decisões são favoráveis ao dispor que o nascituro tem personalidade. Exemplo disso são as indenizações que são providas em caso de danos que afetem o desenvolvimento do feto. Violando assim, sua integridade e até mesmo a vida, que são direitos absolutos e inerentes ao concebido.

Entende-se, então, que, com vários acórdãos julgados procedentes, juntamente com a medicina que estão avançando em relação ao nascituro, é fato que a teoria concepcionista é a mais apta quando se fala em biodireito.

Contudo, é imprescindível que a lei regulamente a questão do nascituro de maneira mais específica, pois um Código respeitado mundialmente, não deve deixar brechas para que seja alvo de críticas, devido às lacunas deixadas principalmente sobre a personalidade jurídica do concebido.

Considerações Finais

A intenção da presente monografia foi buscar esclarecer melhor a discussão acerca das teorias que divergem sobre o início da personalidade, o momento certo de adquirir tal direito. A doutrina pátria majoritária traz em sua colocação a teoria Natalista, portanto, essa consideração não é unânime em nosso ordenamento jurídico.

O direito brasileiro afirma que o nascituro tem direitos que são garantidos desde a concepção, mas não lhe confere o status de pessoa, ora, não tem como o concebido ser titular de direitos e não ser considerado pessoa, sustentando ainda mais a teoria Concepcionista.

Ante tal exposto, é evidente que após a análise de cada teoria detalhadamente, constata-se que a que melhor tese doutrinária a ser aplicada é a teoria da Concepção, visto que ela abrange o concebido ao texto do artigo em questão, incluindo os direitos de personalidade e civis do nascituro, além de que, para os adeptos a essa teoria, não existe meia personalidade ou personalidade parcial, ou é pessoa ou não é.

Segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p.159 e 160), os natalistas se opõem a tais afirmações com os seguintes argumentos:

- a) é incabível supor que em ciência se possa admitir o valor de qualquer alegação infundada. No caso da gravidez, a alegação supõe a prova por perícia médico-legal. Por outro lado, embora a personalidade comece com a concepção, como vimos, a capacidade jurídica só se consolida com o nascimento;
- b) a capacidade realmente supõe a personalidade, e essa, como veremos ao considerarmos o primeiro argumento contrário, existe a partir da concepção, quer filosoficamente, quer do ponto de vista jurídico;
- c) o nascituro, com efeito, é pessoa desses dois pontos de vista;
 - 1) Filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de toda uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico-tomista), o nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa.
 - 2) Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro por esse não ser pessoa. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que preze (até a China) onde não se reconhece a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código Chinês, art. 7º.). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade.

Destarte, conclui-se que o nascituro tem personalidade jurídica desde sua concepção e com sujeito de direitos fundamentais, ficando condicionados somente os direitos patrimoniais, que são adquiridos com o nascimento.

No que concerne aos direitos do nascituro, resta cabalmente comprovada que a doutrina Concepcionista é a que mais se adéqua à segunda parte da redação do art. 2º do Código Civil de 2002, onde se confere ao nascituro os direitos personalíssimos tais como, a vida, alimentos, adoção, entre outros, direitos esses que também são garantidos ao nascituro.

Diante dessa variedade de direitos que são assegurados ao nascituro, nosso ordenamento jurídico, traz em suas Leis, a garantia que são sujeitos de direitos e pessoa antes mesmo de nascer, tais como Código Penal (aborto), Estatuto da Criança e do Adolescente (pré-natal), Constituição Federal e Pacto São José da Costa Rica (direitos personalíssimos) e o próprio Código Civil (direito de suceder), conclui-se que, por sua vez, o nascituro deve ser reconhecido como pessoa desde sua concepção.

Portanto, não resta indagação sobre as divergências teóricas que envolvem o início da personalidade do concebido, e por mais que haja polêmica, fato é que, para que o nascituro nasça com saúde, é direito dele que sejam preservados seus direitos desde sua concepção para um bom desenvolvimento do feto.

Por fim, será difícil haver um consenso sobre o momento exato que se adquire personalidade, porém as jurisprudências estão progressivamente avançando e aceitando o nascituro como pessoa. Observa-se que só adquire direito quem é considerado pessoa, portanto, o concebido deve estar incluso nesse conceito.

É evidente que, longe está o trabalho de lograr êxito sobre a mudança na legislação no que tange o nascituro, uma vez que esse assunto ainda emanaria muitas indagações como, questão do estupro, questionamentos sobre o pré-natal, feto anencéfalo, porém, não era este o papel do trabalho, o que foi proposto é tão somente um introito sobre a polêmica do início da personalidade jurídica do nascituro e os direitos inerentes ao mesmo.

Referências

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. [Direito de família e direitos da personalidade](#). São Paulo: Saraiva, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito Civil: Introdução**. 8. Ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BERTI, Silma Mendes. **Os direitos do nascituro**. In: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) *et al.* **Bioética: vida e morte**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. 6. RJ-SP: Ed. Francisco Alves; I e II, 11 ed., 1956.

_____. **Teoria geral do direito civil**. Edição rev. e atual. por: prof. Caio Mário da Silva Pereira. 2a. edição. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England, Introdução**, §§ 36-39. Citado por Kelsen, Teoria geral do direito e do Estado, p. 13.

BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil](#): promulgada em 5 de outubro de 1988 / Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. [Estatuto da Criança e do Adolescente](#) (lei nº [8.069](#)): promulgada em 13 de julho de 1990.

_____. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Apelação Cível Acórdão: 3830/201 Escritania da 1ª Câmara Cível. Processo 201400703849- Processo Origem. 201350100328- Procedencia 2ª Vara Cível De Estância - Grupo: I-relator - Dr. Diógenes Barreto (EM SUBSTITUIÇÃO AO DES (a) Osório de Araújo Ramos Filho) - REVISOR - Dra. Ana Lúcia Freire de A. Dos Anjos (EM SUBSTITUIÇÃO AO Des (a) Roberto Eugênio Da Fônsaca Porto) - MEMBRO - Desa. Maria

Aparecida Santos Gama Da Silva. Disponível em:

<<http://www.radaroficial.com.br/d/6211287407132672>>. Acesso em 03 maio 2016.

_____. Lei n.º Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, mar 2005.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA REsp: 1120676 SC 2009/0017595-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/136377951/recurso-especial-n-1415727-sc-do-stj>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REsp. n. 1.415.727/SC, Quarta Turma, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4.9.2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/136377951/recurso-especial-n-1415727-sc-do-stj>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recurso Especial n.399028. Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26/02/2002). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Especial n. 931556/RS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17/06/2008RESP 931556/RS. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-resp-931556-rs-2007-0048300-6>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF: 54 DF. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaconsultaprodutobibliotecabibliografia/anexo/feto_inviavel_set2008.pdf>. Acesso em 03 maio.2016. BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/43882841/djse-04-12-2012-pg-441>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: 20140324666 SC 2014.032466-6 (Acórdão), Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 21/01/2015, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25348599/apelacao-civel-ac-20140324666-sc-2014032466-6-acordao-tjsc>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Habeas Corpus ordem 100070002991. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8220032/habeas-corpus-hc-100070002991-es-100070002991-tjes>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo Nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01/11/2006). Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv2n3/06-Direito.pdf>>. Acesso em 03 maio.2016.

_____. Vade mecum. **Alimentos gravídicos**. Lei nº. 11.804, 05 de novembro de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

Carta Encíclica Mater et Magistra: 1984 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CÍCERO, **De Republica, L. III. XXII, 33**. Citado por PERELMAN, Lógica Jurídica, p. 17.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000.

COELHO, Pe. Mário Marcelo. **O que a Igreja Ensina Sobre**. São Paulo: Editora Canção Nova, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 .

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 1, 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 6: 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Dicionário jurídico**. v. 3 São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; **ROSENVALD**, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB** – v. 1., 10. Ed., Salvador, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira 1999.

FONTELES, Nazareno. **O direito à vida do nascituro**. In: **OLIVEIRA**, Patrícia Gomes. **direitos e garantias do nascituro com relação ao princípio: da dignidade humana e o direito a vida**, 2009.

<<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Direitosegarantiasdonasciturocomrelacaoao-principio-dadignidadehumanaeodireitoavida.pdf>> Acesso em 02 jun. 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASPAR, Walter. **Resumo de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. V. 6, 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

FRANÇA, Ana Cristina Limonge. **Qualidade de vida no trabalho – conceitos e práticas nas empresas da sociedade pós-industrial**. São Paulo: Atlas, 2003.

LOMBARDI, Vallauri L. **Terre, Vita e Pensiero**. Milano, 1989.

MACEDO, DEIVID BISPO DE 2015. Disponível em:

<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/08/CONDICAO-JURIDICA-DO_NASCITURO.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.

MARQUES, Erickson Gavazza. **Direito da ciência**: Não cabe à Lei definir o que é vida, diz especialista. Revista Consultor Jurídico, 6 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39232,1>> Acesso em: 11 nov 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed, Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil: parte geral**. v. 3, São Paulo : Atlas, 2005.

PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (Assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos).

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v. 01: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** . 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Editora Forense. 21. Ed. Rio de Janeiro: 2005.

_____. **Instituições de Direito Civil**: contratos. Atualização: Regis Fichtner. v. 3, 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil** – introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**, ed. São Paulo: Loyola, 1994.

PLUTARCO, **Vida de Licurgo**. Disponível em: <http://www.consciência.org/plucarco_licurgo.shtml>. Acesso em 09 set 2015.

PUSSE, Arthur William. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida**. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Parte Geral**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SERPA, Miguel Maria de Lopes. **Curso de Direito Civil**. v.1, 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Juliana Simão da.; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. **Dos Direitos do Nascituro**. Revista Eletrônica. Direito, Justiça e Cidadania. v. 2, nº 1, 2011. Disponível em :<http://www.facsao Roque.br/novo.publicações/pdfs/juliana_drt_2011.pdf>. Acesso em 06 dez 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

TOBEÑAS, José Castán. **Derecho civil español, común y foral: Introducción y parte general**. v.I, Madrid: Editorial Reus, 1977.

VANIN, Carlos Eduardo. **Jusnaturalismo e Juspositivismo**, 2015. Disponível em: <<http://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/189321440/jusnaturalismo-e-juspositivismo>>. Acesso em 01 jun. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2011.

VIER, Frei Frederico. **Compêndio do Vaticano II** - Constituições, decretos, declarações - 24 ed. - Frei Boaventura Kloppenburg O.F.M.

WOLD, Arnaldo, **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Introdução e Parte Geral, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.