

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICIÁRIA**

BARBARA LINS TRAVASSOS SARINHO

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS
DIREITOS DO NASCITURO**

**JOÃO PESSOA - PB
2014**

BARBARA LINS TRAVASSOS SARINHO

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO
NASCITURO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em parceria com a Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA/PB, como requisito para obtenção do título de especialista.

Orientador: Prof^a. M.^a Luciane Gomes

**JOÃO PESSOA - PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

Sarinho, Barbara Lins Travassos
O início da personalidade jurídica e os direitos do
nascituro [manuscrito]/ Barbara Lins Travassos Sarinho. - 2014.
45 p.

Digitado.
Monografia. (Especialização em Prática Judiciária) –
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

“Orientação: Profa. Ma. Luciane Gomes”.

1. Personalidade jurídica. 2. Nascituro. 3. Teoria
concepcionista. I. Título.

21. ed. CDD 346


BARBARA LINS TRAVASSOS SARINHO

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS
DIREITOS DO NASCITURO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em parceria com a Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA/PB, como requisito para obtenção do título de especialista.

Aprovado em: 28 de 11 de 2014.

BANCA EXAMINADORA


Prof.ª M.ª Luciane Gomes
Orientadora


Membro da Banca Examinadora


Membro da Banca Examinadora

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a problemática em se delimitar o início da aquisição da personalidade jurídica pela pessoa física e as implicações jurídicas decorrentes. Trata-se de um tema bastante discutido atualmente, em virtude de não apresentar uniformidade jurisprudencial e doutrinária. Aborda-se a evolução histórica dos direitos da personalidade e as teorias que tentam explicar a natureza jurídica do nascituro, bem como a tutela dos seus direitos. Após o estudo da evolução jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, conclui-se que aceitar que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção é a melhor teoria para justificar os direitos tutelados daqueles já concebidos e que ainda não nasceram.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica. Nascituro. Teoria Concepcionista. Direitos do Nascituro.

ABSTRACT

This paper discusses about the problem to delimit the beginning of the acquisition of legal personality by individual and legal implications. This is a topic currently discussed enough, as they do not present uniform case law and doctrine. Deals with the historical evolution of personal rights and the theories that attempt to explain the legal status of the unborn child and the protection of their rights. After the study of jurisprudence and doctrinal developments on the issue, it appears to accept that the legal personality is acquired from design is the best theory to justify the rights protected those already designed and unborn.

Keywords: Legal personality. Unborn child. Conceptionist theory. Rights of the Unborn.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 A PERSONALIDADE JURÍDICA.....	10
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	10
2.2 CONCEITO.....	13
2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	18
2.4 MARCO INICIAL DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	19
3 O NASCITURO.....	23
3.1 ETIMOLOGIA E CONCEITO.....	23
3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	24
3.3 NATUREZA JURÍDICA.....	25
3.3.1 Teoria Natalista.....	25
3.3.2 Teoria Concepcionista.....	28
3.3.3 Teoria da Personalidade Condicional.....	32
4 DIREITOS DO NASCITURO.....	35
4.1 O NASCITURO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	35
4.2 O NASCITURO E O CÓDIGO CIVIL.....	35
4.3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....	37
4.4 O NASCITURO E O CÓDIGO PENAL.....	38
4.5 ESTATUTO DO NASCITURO.....	39
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O principal foco deste trabalho é analisar o início da aquisição da personalidade com base na legislação vigente, passando pela compreensão do conceito e natureza jurídica do nascituro, a fim de que possam ser identificados os direitos que lhe são salvaguardados.

O assunto é polêmico e envolve pesquisas em diversos ramos, tais como a Biologia, a Medicina e, principalmente, o Direito, tendo em vista que recebe tratamento bastante rico por parte da doutrina e da jurisprudência.

O estudo propõe-se a discutir a abrangência conceitual que o tema suscita e as interpretações doutrinárias acerca da personalidade, que são, cada vez mais, reformuladas através de alicerces constitucionais, como a dignidade humana e o respeito à vida, atrelados às mudanças sociais e tecnológicas introduzidas com o passar dos tempos.

Por meio da análise das teorias que abordam a matéria, busca-se uma reflexão especial acerca do início da personalidade jurídica.

Conquanto o Direito Civil vigente afirme que o nascimento com vida seria o marco inicial da personalidade civil, adotando a Teoria Natalista, o dispositivo merece uma visão mais crítica, tendo em vista assegurar proteção especial aos que ainda estiverem por nascer, ou seja, ao nascituro.

Isso porque, independente da atribuição da personalidade somente a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconhece a necessidade da tutela do nascituro, tanto no campo das relações civis (garantindo-lhe uma série de direitos), quanto no âmbito penal (criminalizando e proibindo o aborto, ressalvadas as exceções legais).

Investigar a natureza jurídica e identificar a proteção adequada e devida ao nascituro pressupõe compreender a disciplina jurídica das pessoas, adotada pelo sistema constitucional e pela codificação civil, enquanto sujeitos de direitos e obrigações.

A fim de alcançar a melhor doutrina a ser defendida acerca do tema, faz-se necessário uma pesquisa conceitual e teórica, com dados bibliográficos, em que jurisprudências e doutrinas são aplicadas sobre o assunto.

2 A PERSONALIDADE JURIDICA

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A proteção da pessoa tem importante antecedente na *actio iniuriarum* do Direito Romano, que é a proteção dada à vítima de delitos de *iniuria*, que pode ser qualquer agressão física, como também a difamação, injúria e a violação de domicílio (AMARAL, 2002).

Outra marcante contribuição para os direitos da personalidade diz respeito ao pensamento filosófico grego. Nos dizeres de Capelo de Souza, “o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e a capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade” (SOUZA, 1995, p. 47).

Por seu turno, o cristianismo cria a idéia de dignidade humana quando reconhece o vínculo entre o homem e Deus, que estava acima das circunstâncias políticas que determinavam em Roma o conceito de pessoa – *status libertatis, civitatis e familia* (AMARAL, 2002).

Mais tarde, na Idade Média, são lançadas as sementes de um conceito moderno de pessoa, baseado na dignidade e valorização do indivíduo como pessoa (SZANIAWSKI, 1993).

Com o Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, desenvolve-se a teoria dos direitos subjetivos, que consagra a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana - *ius in se ipsum* (AMARAL, 2002).

Porém, na contradição de uma sociedade que lutava contra o privilégio de classe e que, por outro lado, priorizava o Rei, não se visualizava espaço para colocar a tutela da personalidade em termos completos, como valor absoluto.

Somente mais tarde, a proteção da pessoa humana veio consagrada nos textos fundamentais que se seguiam, como o *Bill of Righth*, em 1689; a Declaração de Independência das Colônias Inglesas, em 1776; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, com a revolução Francesa; culminando com a mais famosa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU.

Estes são os verdadeiros marcos históricos da construção dos direitos da personalidade.

Embora muito longe de uma especificação e classificação acabada, em 1942, o Código Civil italiano deu parcial disciplina aos direitos da personalidade em seus arts. 5 a 10. Nestes dispositivos, conclui Silvio Rodrigues, “se encontram as duas medidas básicas de proteção aos direitos da personalidade, que são: a possibilidade de se obter, judicialmente, de um lado, a cessação da perturbação e, de outro, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima” (RODRIGUES, 2002, p. 63).

A teoria dos direitos da personalidade ganha relevo na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e também na Constituição espanhola de 1978, que, em seu art. 10, estabelece que: *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social* (RODRIGUES, 2002, p. 63).

No Brasil, por sua vez, a Constituição Imperial já demonstrava a presença de alguns “precedentes” acerca dos direitos da personalidade.

Porém, foi precisamente com a Constituição Federal de 1988 que os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, consoante pode ser observado em seu art 5º, 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”.

Ressalte-se, no entanto, que doutrinadores e legisladores já tentavam disciplinar a matéria, a qual foi inserida no anteprojeto de Código Civil de 1962, por Orlando Gomes, cuja proteção era, até então, reconhecida apenas pela jurisprudência. Contudo, o projeto não saiu do papel.

Posteriormente, em 1975, um novo projeto foi delineado, desta vez por Miguel Reale e, após inúmeras alterações, foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio da lei nº 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil brasileiro, entrando em vigor no dia 11 de janeiro do corrente.

A teoria dos direitos da personalidade evoluiu progressivamente, à medida que se desenvolviam as idéias de valorização da pessoa humana.

No início, vários autores negavam a existência de tais direitos, pois sustentavam que não poderia existir o direito da pessoa sobre si mesmo, uma vez que, assim, se estaria justificando o suicídio (BITTAR, 2000).

Essa objeção aos direitos da personalidade tem como fundamento a impossibilidade de se distinguir o sujeito do objeto, uma vez que a mesma pessoa seria tanto o seu sujeito quanto o seu objeto. Assim, defende que uma pessoa não pode ser titular de direitos sobre suas qualidades ou partes do corpo, uma vez que integram um único ser indivisível.

Essa oposição aos direitos da personalidade foi sustentada, por exemplo, por Carnelutti que afirmava que o simples modo de ser de uma pessoa não poderia ser considerado bem jurídico, enquanto Aurelio Cadiam, neste mesmo rumo, defendia que era necessário uma relação externa da pessoa com os seus direitos (CUPIS, 1959; BITTAR, 2000; MIRANDA, 2000).

De outra parte, Pueche explica que a vida, a integridade física, a honra ou a intimidade são partes ou qualidades da pessoa que podem ser intelectualmente objeto de consideração separada e independente, como manifestações diferentes da personalidade (PUECHE, 1997).

Neste sentido, Pontes de Miranda e Adriano de Cupis defendem que a dificuldade em separar a pessoa de seus direitos, impedindo que terceiros interfiram na esfera da personalidade humana, não pode ser óbice a aceitação dos direitos da personalidade (CUPIS, 1959; MIRANDA, 2000).

Com os direitos da personalidade, uma nova categoria se modela, através da evidência de ser e não do ter (sentido patrimonial), que impõe a conclusão de que esses direitos tutelam tudo que lhe é peculiar, caracterizando-o como direito subjetivo.

Adriano de Cupis, ao citar Ferrara, expõe que “no direito subjetivo, a alavanca que movimenta o mecanismo de proteção é colocado nas mãos do titular: que pode puxá-la quando quiser, no seu interesse” (CUPIS, 1959, p. 68).

Vê-se que a identificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos não parecia, de fato, pacífica na doutrina.

Hoje, o Código Civil em vigor, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com as novas relações sociais que reclamam a necessidade da tutela dos valores essenciais da pessoa, dedica capítulo especial aos direitos da personalidade, em explícito acatamento aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais então já adotados.

2.2 CONCEITO

O Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, cuida primeiro da pessoa natural como sujeito de direito, entre os seus arts. 1º a 39.

Porém, a atual codificação não reproduziu o preceito geral constante do art. 1º do CC/1916, que, de fato, era dispensável: “Art. 1º Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”.

Como dispositivo inaugural da norma privada, enuncia o art. 1º do CC/2002 que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres da ordem civil”.

Observe-se que o novo dispositivo não faz mais menção a palavra “homem”, como constava do art. 2º do CC/1916, adaptando-se à CF que consagra a conquista da dignidade humana.

Isto porque os conceitos de pessoa e homem nem sempre tiveram correspondência. No período da escravidão, despia-se o homem da condição de sujeito de direito para considerá-lo coisa, desprovido da faculdade de ser titular de direito e ocupando na relação jurídica a situação de objeto (PEREIRA, 2002).

Agora, ao mencionar “pessoa” na ordem civil, há um sentido de socialidade. Segundo Miguel Reale “a palavra homem tem o sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra “pessoa” já indica ser humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade. Efetivamente, o conceito de pessoa resulta da relação do *eu* com os outros *eus*, o que distingue o ser humano de todos os outros animais” (REALE, 2004).

Outrossim, a adoção da expressão “pessoa” é ainda uma conquista do movimento feminista, uma das mobilizações efetivas que inaugurou a pós modernidade jurídica (TARTUCE, 2012).

Outro ponto que merece destaque é a inovação à menção a deveres e não mais obrigações. Isso porque existem deveres que não são obrigacionais, em um sentido patrimonializado, como é o caso dos deveres que decorrem da boa-fé.

Verifica-se, pois, que a forma como surgiu a noção do que seriam os direitos da personalidade permitiu o afloramento de inúmeras divergências conceituais, que perduram até hoje. Para uma melhor abordagem sobre o tema, inicialmente, é imperioso definir o que é pessoa.

O doutrinador Silvio Venosa esclarece que o termo *persona*, do latim, se refere a uma máscara utilizada por atores que definia o papel a ser desempenhado por estes, sendo, portanto, contextualizado para designar a atuação de cada indivíduo, de modo que, como os atores, os indivíduos também desempenham papéis no ordenamento jurídico (VENOSA, 2006).

Já a psicologia define a personalidade como a estrutura ou a silhueta psíquica individual, ou mais amiúde, “o modo peculiar de ser eu”.

Assim, na seara jurídica, segundo Limongi França, o termo pessoa é uma idéia filosófica em que o indivíduo, visto como uma substância natural beneficiada pela *ratio*, seria o sujeito de direitos (centro de imputação de direitos e obrigações) (FRANÇA, 1999).

Vale citar trecho da obra “Tratado de Derecho Civil” (TOMO I, 1998), segun el Tratado de Plainol:

La personalidad jurídica está vinculada a la existencia del individuo, y no a su conciencia o a su voluntad. Um niño muy pequeño, o um loco, es una persona. Entre las personas físicas no se hace diferencia alguna para la atribución de derechos civiles; por muy débil o incapacitado que este, todo ser humano es, y sigue siendo, una persona del derecho.

A personalidade jurídica está relacionada com a existência do indivíduo, e não a sua consciência ou a sua vontade. Um criança muito pequena, ou hum louco, é Uma pessoa. Entre os indivíduos não faz qualquer diferença para os direitos civis atribución atrás; fraco ou desativado por isso, todo o ser humano é, e continua sendo, o direito de uma pessoa (tradução nossa).

Por sua parte, Clóvis Bevilacqua preconiza que a personalidade jurídica “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica à alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILAQUA, 1949), ou, em outros termos, como ensina Silvio Venosa, “é o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas” (VENOSA, 2006).

Neste sentido, a personalidade jurídica ou civil deve ser considerada como a aptidão genérica do sujeito para titularizar direitos e contrair deveres na órbita jurídica.

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa tomada de si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Deve-se ressaltar, contudo, como leciona Maria Helena Diniz (2003, p. 119), ao citar Godofredo Telles:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Assim, com os direitos da personalidade, quer-se fazer referência a um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito (MOTES, 1993).

Porém, o direito de personalidade, como tal, não é direito sobre a própria pessoa: é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (MIRANDA, 2000).

Portanto, como a pessoa é o sujeito das relações jurídicas e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, pode-se dizer que toda pessoa é dotada de personalidade.

Existem algumas divergências doutrinárias, a começar pelas diferentes denominações enunciadas pelos doutrinadores aos direitos da personalidade, que preferem chamá-los de “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais”, “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa; “direitos sobre a própria pessoa”; “direitos individuais “direitos pessoais” e “direitos personalíssimos”.

Em virtude da abrangência conceitual que o tema suscita, alguns doutrinadores dividem as interpretações em torno da personalidade em duas correntes: uma naturalista (ordem superior criada pela natureza) e outra positivista (leis estabelecidas pelos homens).

Os naturalistas defendem que a personalidade seria inerente a condição de ser humano, sustentando a impossibilidade de limitar os seus direitos, uma vez que estão relacionados a própria concepção de pessoa.

San Tiago Dantas defende que personalidade jurídica é “uma ossatura destinada a ser revestida de direitos” (DANTAS, 1979, p. 192).

Limongi França, neste rumo, também afirma a impossibilidade de limitar os direitos da personalidade positivamente, tendo em vista constituírem faculdades que são inerentes à condição humana, porquanto, na definição, muitas vezes pontuadas por este doutrinador, “os direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” (FRANÇA, 1999, p. 1033).

Szaniawski (1993) também prefere enquadrar os direitos da personalidade dentro do conceito de um direito natural, justamente por se apoiarem na natureza das coisas.

Em sua obra, Carlos Alberto Bittar (2000, p. 7) defende que:

os direitos da personalidade são correspondentes às faculdades normalmente exercidas pelo homem, relacionados a atributos inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares.

De outra sorte, autores positivistas defendem que devem ser incluídos como direitos da personalidade apenas àqueles reconhecidos pelo Estado, que lhes reveste de obrigatoriedade e cogência.

Dentre os positivistas, pode-se citar o autor italiano Adriano De Cupis, que sustenta que “não é possível conceituar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza à pessoa”. (DE CUPIS, p. 18),

Ao contrário do que entendem os positivistas, não existe uma enumeração, ainda que exemplificativa, dos direitos da personalidade, que são todos aqueles que constituem elementos componentes intangíveis da pessoa, em conformidade com as conquistas do mundo histórico-cultural que assinala o progresso da sociedade civil, em constante correlação complementar com a instituição estatal.

Ora, os direitos da personalidade ultrapassam o direito positivado, uma vez que são direitos inerentes à condição humana e, assim, não podem ser taxados ou enumerados de forma limitativa, tendo em vista que a sociedade evolui e a tecnologia progride, a passos largos, com descobertas que fazem surgir novas

formas de agressão à personalidade humana, que reclama igualmente novas formas de proteção e de fazer cessar essas ameaças.

Corroborando com essa posição, Jose Lamartine Corrêa Oliveira e Francisco José Pereira Muniz defendem que a visão positivista da ordem jurídica restringe a própria noção de pessoa e, por conseguinte, reduz o âmbito de proteção conferido aos direitos da personalidade (OLIVEIRA; MUNIZ, 1980).

Assim, não é razoável defender que os direitos da personalidade constituem um rol limitativo. Esquecem os positivistas que os direitos da personalidade são inesgotáveis, na medida em que são inerentes a condição humana, por sua vez, condicionada às mudanças sociais e tecnológicas ocorridas com o passar dos tempos.

Neste mesmo rumo, Jabur leciona que "os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxaço exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa" (JABUR, 2000, p. 28).

Dessa forma, não se pode esperar que o legislador outorgue todas as formas de proteção, considerando que não é o caso concreto que deve se moldar à lei e, sim o contrário, através de interpretação hermenêutica, ao fato colocado a sua apreciação, com vistas voltadas aos princípios gerais de direito, jurisprudência repelindo as agressões aos direitos da personalidade, uma vez que o objetivo maior é, sem dúvida, o respeito e o cumprimento das normas protetivas da dignidade humana em todos os seus aspectos e plenitude.

Por certo, "a tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral de personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica" (CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 47).

Verifica-se, pois, que o ideal consiste em tutelar de forma aberta os direitos atrelados à personalidade, sem restrições limitantes aos direitos fundamentais, mormente o da dignidade humana.

2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com a adoção de valores e princípios constitucionais, o direito privado tem se afastado, cada vez mais, da tendência individualista-formalista que o amparava.

A partir do momento em que um novo ponto de vista sobre a pessoa humana passa a ser adotado pelo Direito Civil, os direitos da personalidade auferem uma concepção mais atrelada ao Direito Constitucional, tendo o paradigma da dignidade como embasamento.

Miguel Reale (OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, 2004) afirma que:

É o sentido de complementaridade que explica a crescente convergência do Direito Público e do Direito Privado, uma vez que ambos compõem o processo dialético da positividade jurídica através da história, obedecendo às diretrizes emergentes dos valores eminentes que caracterizam cada civilização.

Este novo panorama do Direito Civil constitucional busca dar mais importância à definição de pessoa humana, reformulando o seu conceito através dos alicerces constitucionais da dignidade da pessoa humana e do respeito à vida.

Na mesma obra, Miguel Reale sustenta a necessidade de um novo entendimento do que seja “sujeito de direito”, não mais concebido como um indivíduo “*in abstracto*”, em uma igualdade formal, mas sim em razão do indivíduo situado concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e sócio-econômicas.

A dignidade humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da CF, serve de norte para os demais diplomas infraconstitucionais, o que evidencia a relevância em se reconhecer o valor do homem e primar pelo acolhimento dos fatores capazes de garantir-lhe uma vida digna e saudável.

Dignidade, na sábia formulação de Immanuel Kant, é tudo aquilo que não tem preço. “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, 1986, p. 77).

Em face desse princípio máximo, pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim. Sendo possível concluir que

o Estado existe em função das pessoas e não o contrário, a pessoa é o sujeito do direito e nunca o seu objeto (ASCENSÃO, 1997).

Não há valor que supere o valor da pessoa humana (SANTOS, 1999). É nesse sentimento de valor que se fundamenta o direito da personalidade.

Neste sentido, devem ser compreendidos como direitos mínimos que asseguram e resguardam a dignidade humana e, por esse motivo, devem ser garantidos pelo ordenamento jurídico, não de forma limitativa, mas sim como um direito geral, ao qual se baseariam todos os outros previstos expressamente ou não no sistema jurídico.

2.4 MARCO INICIAL DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O termo pessoa natural individualiza no nosso ordenamento jurídico brasileiro o ser humano enquanto expressão conclusiva do processo biológico que se inicia com a vida e vai até a morte.

Porém, a doutrina diverge quanto ao surgimento da tutela jurídica da personalidade.

O Código Civil vigente, em seu art. 2º, explana que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Na mesma linha, a Resolução nº 1/88 do Conselho Nacional de Saúde dispõe que o nascimento com vida “é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”.

Destarte, a partir do momento que se inicia o funcionamento do aparelho cardio-respiratório, que pode ser constatado através da docimásia hidrostática pulmonar do Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, ainda que venha a ser constatado o óbito tempo depois.

O direito pátrio assenta a regra do Direito Romano, pelo qual a personalidade coincide com o nascimento, antes do qual não há se falar em sujeito de direito.

Sem uma interpretação mais abrangente acerca do dispositivo, poder-se-ia concluir que o nascimento com vida seria o marco inicial da personalidade civil.

Todavia, o artigo merece uma visão mais crítica, tendo em vista assegurar proteção especial aos que tiverem por nascer.

Ora, se o surgimento da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida, quem seriam estes sujeitos com direitos garantidos desde a concepção? Poderia existir sujeito de direito sem personalidade jurídica?

O início da personalidade jurídica diverge em razão dos princípios morais e religiosos de cada país.

O direito português condiciona o nascimento com vida para a aquisição da personalidade em seu art. 66 do Código Civil:

Art. 66. Começo da personalidade: 1 A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2 Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento (LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA).

É este o mesmo entendimento adotado pela legislação alemã e italiana.

Código Civil italiano:

Art. 1: *Capacità giuridica: La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita; I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita* (LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA).

Capacidade jurídica: A capacidade jurídica se adquire a partir do momento do nascimento; Os direitos que a lei reconhece em favor do nascituro estão subordinadas ao evento do nascimento (tradução nossa).

Código Civil alemão:

§1 *Beginn der Rechtsfähigkeit:*

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt. (LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA)

§1 início da capacidade jurídica:

A capacidade jurídica do homem começa com a realização do parto (tradução nossa).

Na França, por sua vez, o entendimento majoritário é o de que a personalidade tem seu marco inicial desde a concepção, desde que constatado o nascimento com vida. Assim, ao nascer com vida, os efeitos da personalidade retroagiriam desde a concepção. Seria uma solução eclética.

Por outro lado, o direito argentino, como se pode extrair do art. 70 do Código Civil, apresenta uma visão mais avançada e entende que a concepção seria a origem da personalidade civil:

Art. 70: *Desde la conception en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido* (LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA).

Art. 70: A partir da concepção no ventre começa a existência de indivíduos; e antes podem nascimento adquirir alguns direitos, como se tivessem nascido (tradução nossa).

Outrossim, o Código Civil argentino relaciona o nascituro como dotado de personalidade, porém, absolutamente incapaz:

Art.54.- *Tienen incapacidad absoluta: las personas por nacer; los menores impúberes; los dementes; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.* (LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA).

Eles têm incapacidade absoluta: pessoas que ainda não nasceram; .os menores pré-púberes; os loucos; os surdos que não pode fazer-se entender por escrito (tradução nossa).

Vale ressaltar, ainda, o direito espanhol, que condiciona a personalidade ao nascimento com tempo mínimo de sobrevivência de 24 horas e exige que a criança tenha a forma humana.

Artículo 29: *El nacimiento determinará la personalidad;* (LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA).

Artículo 30: *Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*(LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA).

Art 29: O nascimento determina a personalidade (tradução nossa).

Artigo 30: Para fins civis, será considerado apenas nascido o feto que tem uma figura humana e vive 24 horas totalmente separados do útero (tradução nossa).

No direito brasileiro, com a substituição pelo legislador da expressão “homem”, termo usado no Código Civil de 1916, por “pessoa”, não importa que o feto tenha aparência humana para possuir direitos jurídicos, em uma perspectiva de respeito à dignidade humana.

A questão do início da vida é paradoxal, pois ao passar pelo crivo das doutrinas religiosas, morais e éticas, acaba por se fragmentar, gerando uma visão multifacetada.

No Brasil, a situação jurídica do nascituro é alvo de muitas divergências doutrinárias. A polêmica existe pelo fato de a norma utilizar os termos “nascimento” e

“concepção”. Na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na segunda parte, afirma o contrário.

À título de organização, faz-se necessário entender inicialmente sobre o nascituro, a fim de que possam ser explanadas, por conseguinte, as correntes que procuram justificar a sua natureza jurídica.

3 O NASCITURO

3.1 ETIMOLOGIA E CONCEITO

Nascituro é um termo que tem a sua origem do latim *nasciturus* e significa aquele que está por nascer (tradução nossa). Logo, é um ente já concebido, mas cujo seu nascimento ainda vai se consumir.

O nascituro não se confunde com o embrião decorrente da utilização da fertilização *in vitro*, pois uma característica do nascituro é a existência intra-uterina do ovo fecundado, ou seja, encontra-se dentro do ventre materno.

A professora Silmara Juny Chinelato (2007) defende a tese de que a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião pré-implantatório *in vitro*, ou seja, aquele que não foi concebido e não está implantado no ventre materno. Todavia, esta não é uma corrente pacífica.

Por sua vez, Maria Helena Diniz (2003) lidera uma corrente que deduz que o embrião não está abrangido pelo art 2º do CC/02 por ter vida extra-uterina.

Por essa razão, o antigo projeto de Lei Ricardo Fiúza, antigo PL 6960/02 e atual PL 699/2011 pretende incluir no comando a menção expressa ao embrião, encerrando, assim, esta polêmica.

A justificação oferecida pelo então Deputado Ricardo Fiúza é de que não se pretende a reforma do Código Civil, mas a complementação de alguns de seus dispositivos, cuja modificação não teria sido possível por questões regimentais.

Com a proposta, o dispositivo passaria a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”.

Vale salientar, ainda, que o nascituro não se confunde com o concepturo, também conhecido como prole eventual, que é aquele que nem concebido ainda foi. Já o natimorto é aquele que nasceu morto.

A esse respeito Silvio Venosa (2006, p. 153) leciona que:

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

3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Existem referências bíblicas expressas acerca do nascituro, quando, por exemplo, Davi glorifica a criação de Deus com a formação do nascituro a partir de sua concepção (SALMOS, 138):

Fostes vós que plasmastes as entranhas do meu corpo, vós me tecestes no seio de minha mãe. Sede bendito por me haverdes feito de modo tão maravilhoso. Pelas vossas obras extraordinárias conheceis até o fundo a minha alma. Nada de minha substância vos é oculto, quando fui formado ocultamente, quando fui tecido nas entranhas subterrâneas. Cada uma de minhas ações vossos olhos viram, e todas elas foram escritas em vosso livro; cada dia de minha vida foi prefixado, desde antes que um só deles existisse.

Na Grécia Antiga, havia entendimentos sobre o nascituro, tendo conhecimento de que os primeiros estudos foram realizados por Hipócrates, considerado o Pai da Medicina.

Outrossim, alguns filósofos, considerando o nascituro pessoa, defendiam que, a depender da região e do período, o aborto poderia ser até punido. Outros, como Platão e Aristóteles, eram defensores da possibilidade do aborto por necessidade demográfica e temor à fome. Aristóteles sustentava, ainda, que o aborto poderia ocorrer enquanto o feto não houvesse adquirido alma (SEMIÃO, 2000).

Já no Direito Romano são encontradas muitas divergências, pois ora afirmam que o nascituro não é um homem, sendo apenas parte do corpo da futura genitora, e em outros escritos abordam o nascituro de forma equiparada a uma criança já nascida, como leciona Semião (2000, p. 46):

Manifesta-se assim vacilante, o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade. Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável, consoante o brocardo: “ Nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur ”. Em outras, ainda, considerava-se criança não viável como despida de personalidade e, finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana.

Para os romanistas, além do nascimento com vida, era indispensável que o neonato apresentasse forma humana, pois, caso contrário, seria considerado um monstro e não seria reconhecido como pessoa.

Segundo os ensinamentos de Alves, monstro seria o ser que apesar de gerado de uma mulher, apresentasse conformação de animal, no todo ou em parte, sendo desta feita demonstrado que o mesmo nasceu de *coitus cum bestia* (ALVES, 1987)

Ressalte-se, ainda, que, no Direito Romano, o nascituro, ainda que antes do nascimento com vida, já era detentor de certos direitos, podendo ser equiparado ao próprio nascido em certos aspectos, tendo garantido o direito a alimentos, como condição preponderante para que o mesmo tenha possibilidade de nascer vivo, direitos a posse em nome do nascituro, com a finalidade de avalizar os seus direitos sucessórios, dentre diversos outros.

No Brasil, desde as Ordenações Filipinas, é possível visualizar certa proteção ao nascituro, que só vem a se consolidar com a edição do Código Civil, surgindo as grandes discussões doutrinárias, que ainda persistem atualmente, acerca do momento inicial da aquisição da personalidade jurídica.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Três teorias básicas tentam explicar a natureza do nascituro: a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional ou Condicionalista e a Teoria Concepcionista.

3.3.1 Teoria Natalista

A Teoria Natalista é mais a tradicional do Direito brasileiro. Para ela, o nascituro não pode ser considerado pessoa, pois o Código Civil exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa.

Partem, os defensores desta teoria, de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa.

Ora, se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, seria uma coisa?

Adotando-se essa corrente, a resposta ao questionamento acima acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direito.

Sérgio Semião Abdala (2008, p. 40) assinala que:

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

À mesma posição filia-se Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 154), admitindo que:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida.

Ocorre que a Teoria Natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos dos embriões, defendida pela Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, que tutela a integridade física do embrião.

Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno. A Teoria Natalista nega ao nascituro os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação da paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.

Neste sentido, explana o autor Flávio Tartuce (2012, p. 70):

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação desta corrente doutrinária.

Vale destacar um caso prático em que o Ministério Público Federal ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o número 3510,

visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos, da Lei de Biossegurança, Lei nº. 11.105/2005, que permite pesquisas científicas com o uso de células-tronco embrionárias.

O cerne da discussão resume-se a saber se o embrião *in vitro* tem direito à vida e, num segundo momento, se essa vida é viável.

Defendeu a AGU, por meio da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, que, ainda que se chegasse à conclusão que embriões concebidos em laboratório, mesmo não introduzidos nos útero materno em momento posterior, têm direito à vida, o fato é que a Lei de Biossegurança não viola o referido direito, já que só permite pesquisas com células-tronco embrionárias daqueles embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, situação essa que os torna inviáveis para nascimento com vida.

Citando o bioeticista e filósofo italiano Mori, a AGU pondera em seu parecer:

[...] da mesma forma que um estudante de engenharia é um engenheiro em potencial, mas não é um engenheiro, uma semente é potencialmente um carvalho, mas não é um carvalho, um embrião é potencialmente uma pessoa, portanto, não é uma pessoa. (BRASIL, 2012)

O Ministro Celso de Mello, utilizando como marco normativo o art. 3º da Lei nº 9.434/1997, defendeu abertamente, tal qual a AGU em sua manifestação, a teoria neurológica de modo a fixar os termos inicial e final da vida humana.

Neste sentido, por coerência argumentativa, defendeu que não se poderia garantir a plenitude do direito à vida a embriões produzidos em laboratório e que, além de inviáveis ou congelados há mais de três anos, não têm ainda desenvolvido os primeiros rudimentos de um sistema nervoso central, sendo este o momento em que as pesquisas são efetivadas.

Por fim, o STF, por maioria, julgou improcedente a ADI 3510, declarando a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, permitindo a pesquisa com células-tronco embrionárias, o que aparentemente reforça a Teoria Natalista. Porém, em verdade, o embate entre as teorias persiste, mormente se considerado não haver sido objeto específico daquela ação a definição de qual teoria é adotada.

3.3.2 Teoria Concepcionista

A Teoria Concepcionista sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo assim direitos resguardados pela lei. É, atualmente, a teoria que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro.

A principal precursora da tese no Brasil é Silmara Chinelato, que aponta a origem da teoria no esboço do Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do art. 1º da sua Consolidação das Leis Cíveis, segundo o qual “as pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”. Esse esboço inspirou o Código Civil argentino, que adota expressamente a teoria concepcionista.

Silmara Juny Chinelato (2007, p. 160) explana que:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos estudos de Bioética.

A citada autora levanta o argumento de que o nascimento com vida não é o marco inicial para o alcance dos direitos patrimoniais, mas apenas consolida-os, na medida em que passa a se tornar perfeita a possibilidade de defendê-los. Quanto aos direitos da personalidade referente à vida, à integridade física, à honra e à imagem, estes seriam atributos do nascituro desde o momento da sua concepção, razão pela qual devem ser protegidos pela possibilidade de indenização pelos danos que lhes sejam causados.

Há aqui uma visão que enquadra o nascituro como pessoa e não como uma mera perspectiva de pessoa com expectativa de direitos.

Neste sentido, preleciona Chinelato (2000, p. 160) que:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir a capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Como personalidade e capacidade jurídica são as duas faces de uma mesma moeda, o nascituro, como sujeito de direitos, é dotado de capacidade de gozo ou aquisição, sendo incapaz apenas em relação à capacidade de exercício.

O doutrinador Flávio Tartuce adverte que a conclusão pela corrente concepcionista consta do Enunciado nº1, do Conselho da Justiça Federal e do STF, aprovado na I Jornada de Direito Civil e que também enuncia direitos ao natimorto, com o seguinte teor: “Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura” (TARTUCE, 2012, p. 67).

Conquanto o Código Civil brasileiro tenha adotado Expressamente a Teoria Natalista, que é, certamente, a que mais interessa à Ciência, trata-se de matéria polêmica.

Clóvis Beviláqua (1975, p.178), em seus “Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, em lição ainda atual, afirma que a teoria concepcionista tem os melhores argumentos, mas o Código Civil pretendeu adotar a Natalista, por ser mais prática.

Ademais, impende destacar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 678, em novembro de 1969 e, com natureza de norma supralegal, dispõe em seu art 4º, item 1, que: “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Neste diapasão, a corrente concepcionista tem prevalecido na recente jurisprudência do STJ. Realizando uma interpretação sistemática do artigo 2º do Código Civil brasileiro, bem como pela análise de todo o exposto, tem-se que a tese concepcionista é a mais apta e bem sucedida teoria para explicar a tutela jurídica do nascituro.

Insta frisar, ainda, que a jurisprudência vem firmando posicionamento semelhante em algumas questões, como a concessão de reparação por danos morais em favor do nascituro.

O argumento principal que se utiliza para defender esta teoria é que, tendo o nascituro direitos, deverá ser considerado pessoa, já que somente pessoa

poderá ser sujeito de direitos, de modo que só a pessoa tem personalidade jurídica para tanto.

Em interessante julgado foi reconhecido dano moral ao nascituro pela morte de seu pai ocorrida antes do seu nascimento:

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. DOCTRINA. 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, STJ, QUARTA TURMA, RESP 399028 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0147319-0, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Julg. 26/02/2002, DJ 15.04.2002 p.00232).

No caso acima citado, a colenda Corte anunciou, por unanimidade de votos, que “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.” Segundo entendimento manifestado pelo Tribunal, a dor da qual sofre o nascituro é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influiu na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência fora considerada incontroversa.

Outro aspecto levantado na referida decisão refere-se ao argumento de ocorrência da prescrição, haja vista o transcurso de vinte três anos da data do evento que culminou com a morte do pai da criança. O Superior Tribunal de Justiça não acolheu o referido pedido, tendo em vista que a prescrição não corre em face do absolutamente incapaz.

Assim, resta claro mais um argumento que denota a tese conceptionista de aquisição da personalidade, já que só pode ser considerado incapaz aquele que possui personalidade, ou seja, que é detentor de direitos, só não está apto a exercê-los de forma solitária.

Neste mesmo sentido, foi julgado um caso em que o nascituro foi tratado de forma igual em relação aos outros filhos já nascidos, em situação envolvendo acidente de trabalho que vitimou o seu pai:

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 CONFIGURDA 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, Resp 931556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008).

Na decisão acima mencionada a ministra Nancy Andrighi reconhece a incidência de juros moratórios sobre os danos morais devidos pela empresa condenada a indenizar à viúva e aos filhos nascidos e, inclusive, o nascituro, desde a época do evento morte do *de cujus*.

Igualmente, o feto foi tratado como pessoa humana na seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido (BRASIL, 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).

Logo, não há outra conclusão senão a de que a vida se inicia com a concepção e, a partir desse momento, os direitos da personalidade merecem proteção da ordem jurídica vigente.

Silmara Juny Chinelato (2000) especifica direitos dos quais o nascituro é titular desde o momento da sua concepção, fundamentando, assim, a sua tese concepcionista, a exemplo: do 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) –, do 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), do direito ao reconhecimento (parágrafo único do art. 357 do CC e parágrafo único do art. 26 do ECA), do direito de ser adotado (art. 372 do CC), do direito à vida, do direito à integridade física *lato sensu*, ambos direitos da personalidade, compreendendo-se, no último, do direito à integridade física *stricto sensu* e à saúde – direitos absolutos – e do direito a alimentos, respaldado no Brasil por expressiva doutrina e novos acórdãos, referendado pela Lei nº 11.804/08.

3.3.3 Teoria da Personalidade Condicional

Parte da doutrina subdivide a Teoria Concepcionista em duas: a primeira seria a Teoria Concepcionista pura e a segunda a Teoria Concepcionista da Personalidade Condicional ou, simplesmente, Teoria da Personalidade Condicional. Contudo, outros juristas enunciam ser a escola da personalidade condicional uma terceira teoria.

A teoria da personalidade condicional traz em tela uma visão de reconhecimento do início da personalidade jurídica da pessoa humana no momento da concepção, entretanto, de maneira condicional.

Aqui, a personalidade civil só teria início com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estariam sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, seriam direitos eventuais.

Os adeptos desta teoria afirmam que, nascendo com vida, a existência do indivíduo, no tocante aos seus interesses, retroagiria ao momento da concepção.

Defendem que ao nascituro é reconhecida sua personalidade desde o momento da concepção, entretanto é necessário verificar a condição do *conceptus* nascer com vida.

A condição suspensiva é o elemento acidental do negócio jurídico que subordina a sua eficácia a um evento que poderá ocorrer no futuro, mas que não é inteiramente certo de acontecer.

No caso do nascituro, a condição estabelecida é justamente o nascimento com vida, ou seja, a respiração fora do ventre materno, e a tese da existência de direitos sob condição suspensiva encontra-se confirmada no artigo 130 do atual texto civilista, o qual afirma que “ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Para o professor Washington de Barros Monteiro (2005, p. 61):

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.

Assim, o nascituro não teria personalidade jurídica, já que esta começa do nascimento com vida e, quando a lei confere a ele direitos, constituem-se aí situações excepcionais. Quando a lei “põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, dissocia o conceito de personalidade do conceito de subjetividade. O nascituro não é pessoa, mas já é sujeito de direito, conquanto sob condição.

Na visão de Maria Helena Diniz, “o nascituro tem personalidade jurídica formal, relacionada com os direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material e direitos patrimoniais, somente quando do nascimento com vida” (DINIZ, 2003, p. 192).

No mesmo sentido, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 82):

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o embrião concebido *in vitro* personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

De encontro a essa teoria, tem-se o posicionamento de Miranda, recriminando a possibilidade de existência de qualquer condição. Assevera Miranda que:

É de repelir-se qualquer noção de condição. Não há condição nas situações jurídicas do nascituro (arts. 4 e 1.718), nem de prole eventual de determinada pessoa (art. 1.718 *in fine*). Quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Não houve herdeiro nem herança sob condição resolutiva, nem retro-atividade, nem qualquer efeito de suspensividade aposta ao negócio jurídico do testamento, nem criada pela lei sobre sucessão legítima, ou aos herdeiros legítimos, no dia da morte do testador: a falta da criança que nascesse viva apenas demonstrou não ter tido eficácia a disposição do testador a favor do *conceptus sed nondum natus*. O momento que a ineficácia se deu pode ter sido antes do nascimento; a demonstração da ineficácia é do momento do nascimento sem vida. O herdeiro concebido não existiu. Pensava-se que viesse a confirmar-se a suposição de existir e, uma vez que os homens não advinham e é de presumir-se que nasçam com vida os já concebidos, o sistema jurídico ressalva, desde a concepção os direitos do nascituro (*apud* PUSSI, 2005, p. 96).

A crítica que se faz é a de que a Teoria Condicionista parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Seria, portanto, uma teoria mista, como querem alguns. Porém, em uma realidade que prega a personalização do Direito Civil, uma tese essencialmente patrimonialista não deve prevalecer.

4 DIREITOS DO NASCITURO

4.1 O NASCITURO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal, em seu art 5º, prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade”.

Conforme afirma Alexandre de Moraes: “A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina” (MORAES, 2004, p.66). Assim, ao nascituro também lhe é garantido à vida, de forma que ao Estado cabe esta proteção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos artigos estão relacionados com o art. 5º da Constituição Federal, faz referência em seu art 7º, ao ente não nascido, quando afirma que o Estado deverá, mediante a efetivação de políticas sociais e públicas, proteger a criança e o adolescente, garantindo-lhes o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Outrossim, o aludido Estatuto dispõe ainda, em seu art 8º, que é dever do Sistema Único de Saúde o atendimento pré e perinatal à gestante.

Ora, dar assistência à gestante é auferir melhores condições para que o nascituro nasça e se desenvolva com saúde.

Conclui-se, nesse ponto, que, diante da possibilidade de reparação por dano moral ao nascituro, como demonstrado através de algumas jurisprudências atuais da Corte, seria possível se falar em direito do nascituro de movimentar a máquina judiciária para obter indenização por dano pré-natal, podendo este, assim, ser reparado por eventual lesão que venha a sofrer, por deformações ou problemas físicos permanentes, resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exame ou prescrição errada de medicamentos em exame pré-natal.

4.2 O NASCITURO E O CÓDIGO CIVIL

De maneira esparsa, em todo o Código Civil é possível vislumbrar dispositivos que, de forma direta ou indireta, afetam interesses do nascituro.

O art. 130 faculta ao detentor de direito eventual, como o é o nascituro, em, havendo condição suspensiva ou resolutiva, ocorra a prática de atos que se destinem a proteger este direito. Como exemplo, temos a mãe grávida que, representando o não nascido, requer a suspensão do inventário do pai falecido, até que se resolva a situação da criança.

O art. 542 dá ao que está por nascer a faculdade de receber doação, desde que aceita pelo seu representante legal, bem como adquirir bens por meio de testamento.

Ainda, faz ligeira referência ao tema ora explanado o art. 1.597, ao determinar o tempo da concepção, na constância do casamento, dos filhos em determinadas situações, que seguem: se a criança nasce em no mínimo 180 dias após o estabelecimento da convivência conjugal ou nos trezentos dias seguintes ao fim da sociedade conjugal, seja por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento; se o filho decorre de fecundação homóloga, mesmo estando o pai morto; se o filho resultar de embrião excedente de concepção artificial homóloga, a qualquer tempo ou havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que o marido autorize.

O professor Washington de Barros Monteiro (2005, p. 65), neste particular, faz crítica pertinente ao legislador de 2002, a qual merece transcrição:

Apesar dos avanços tecnológicos no campo da medicina e da genética, o legislador de 2002 não enfrentou todos os problemas atuais, cada vez mais variados e complexos. Concepção fora do útero materno, inseminação artificial, utilização de óvulos de outra mulher, as denominadas “barrigas de aluguel”; conservação de óvulos e espermatozóides por tempo indeterminado, para que a concepção ocorra quando for conveniente para os pais – são problemas que poderiam ser enfrentados, ainda que, em pouco tempo, pudessem tornar-se obsoletos, indo além do disposto no art. 1597.

Ademais, nos termos do art. 1.609, parágrafo único, o nascituro pode ainda ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação.

Por sua vez, o art. 1.779 determina que ao nascituro se deve nomear um curador, estando o pai morto e a mãe desprovida do poder familiar. O parágrafo único confere ao mesmo curador, no caso da mãe estar interdita, a responsabilidade por ambos.

Também o art. 1.798 afirma ser legítima a participação do nascituro na sucessão, se nesta situação já se encontrava ao tempo da sua abertura.

Verifica-se, portanto, a marcante amplitude dos direitos conferidos ao nascituro no Código Civil.

4.3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008, também conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, ganha reforço a tese que protege os direitos do nascituro.

A aludida lei disciplina o direito de alimentos prestados à mulher gestante, que deve compreender valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção do parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, partos, medicamentos, etc.

Basta que se tenham indícios da paternidade para requerer o cumprimento de tal obrigação, o qual irá permanecer após o nascimento com vida e se converterá em pensão de alimentos a favor do filho, e tal transformação ocorre independentemente do reconhecimento da paternidade.

Para que sejam arbitrados os alimentos, a genitora deverá instruir na ação relatório ou laudo com parecer que justifique a indisponibilidade de exames complementares, ou outros cuidados especiais, caso se faça necessário.

Em relação a nova norma, a sua terminologia é criticada por Silmara Chinelato (2004, p. 253):

A recente Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados alimentos gravídicos – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para o estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei.

Desse modo, defende que seria melhor que a lei fosse denominada lei dos alimentos do nascituro.

Conforme se observa, mais uma vez, existem diversos dispositivos tuteladores de direitos da personalidade jurídica do nascituro.

4.4 O NASCITURO E O CÓDIGO PENAL

Na esfera Penal, tal proteção também pode ser encontrada nos arts. 124 e 128, do CP, que tratam do aborto, suas diferenciações e excludentes de punibilidade.

É importante salientar que os artigos que versam sobre a questão do aborto encontram-se locados no Título I, Dos Crimes Contra a Pessoa, Capítulo I, Dos Crimes Contra a Vida, da Parte Especial do Código Penal, de modo que o nascituro, no caso do aborto, foi considerado pessoa para o Direito Penal.

Esclarece Aníbal Bruno, citado pela brilhante autora Silmara A. Chinelato (2000, p. 254), que “o bem jurídico protegido na incriminação do aborto é a vida do ser humano em formação. O objeto material do crime é o feto humano vivo”.

A tipificação do aborto parte da premissa de que o nascituro é dotado de personalidade jurídica e, por isso, deve ter os seus direitos protegidos.

Porém, existem duas situações previstas no Código Penal em que se exclui a punibilidade no crime de aborto, a saber: se é necessário ou se a gravidez resultar de estupro. O aborto necessário é aquele em que a gestação implica em risco para a gestante, não havendo outro meio para resguardar-lhe a vida senão a retirada do feto.

Assim, apesar do direito a vida ser absoluto e *erga-omnes*, em casos que haja conflito de direitos fundamentais ou conflitos entre o mesmo direito a duas pessoas, devem ser utilizados o princípio da proporcionalidade e razoabilidade ao caso concreto.

Com o julgamento da ADPF 54, o STF decidiu ainda que nos casos de fetos anencéfalos é possível a interrupção da gravidez (também conhecida como aborto terapêutico).

Consoante pode ser extraído da leitura do referido acórdão, a anencefalia é uma malformação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural (a estrutura que dá origem ao cérebro e a medula espinhal), levando à ausência de cérebro, calota craniana e couro cabeludo e a junção desses problemas impede qualquer possibilidade de o bebê sobreviver, mesmo se chegar a nascer.

O ministro Marco Aurélio Mello, afirma que:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida. (BRASIL, 2012)

Para a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (2012), no feto anencefálico o cérebro sequer começa a funcionar, então, com fundamento na teoria neurológica, não há vida em sentido técnico e jurídico. A teoria neurológica afirma que se a morte é o fim das ondas cerebrais, então, a vida é o início desta atividade. A tese abraçada pelo STF, ao considerar o feto anencéfalo biologicamente vivo e juridicamente morto, segue a linha adotada pela Medicina.

Constata-se, com a permissão do aborto, a clara adoção da tese natalista, que deve ser utilizada com restrições, nos casos em que haja direitos conflitantes, após uma ponderação de valores constitucionais com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso da anencefalia, a permissão do aborto tem por escopo evitar o aumento do sofrimento da mãe que acolhe no seu ventre um filho que sabe que não vai sobreviver.

4.5 ESTATUTO DO NASCITURO

Vários desses direitos que protegem o nascituro, previstos em leis esparsas, foram compilados no PL nº 478/2007, conhecido como Estatuto do Nascituro, que já sofreu dezenas de mudanças. Ainda se trata apenas de um projeto de lei, mas vem causando polêmica em todo o País.

O Estatuto do Nascituro elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto à expectativa de direitos, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos.

O projeto de lei classifica como nascituro qualquer óvulo humano fecundado por um espermatozóide, mesmo que o processo tenha sido realizado *in vitro* e não tenha sido inseminado.

Segundo o art. 2º: “nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido”. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos *in vitro*.

O Estatuto dispõe, em seu art 25, que a “proteção integral” ao nascituro não permitiria mais as inseminações artificiais ou pesquisas com células-tronco embrionárias, prevendo, inclusive, pena de 1 a 3 anos de prisão a quem "congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação".

Para tanto, baseia-se na afirmação de que o óvulo fertilizado *in vitro* é um nascituro e deve gozar de todas as proteções decorrentes desse fato.

Sobre o tema, manifestou-se a ex-ministra do STF Ellen Gracie:

a simples constatação de que não se pode conferir a uma célula concebida *in vitro* a garantia da dignidade humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa, é suficiente para derrubar as pretensões de proibição pretendidas pelo estatuto (CARTA MAIOR, 2013).

O referido Estatuto pretende, assim, tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

Com isso, dentre outros, visa impedir a pesquisa com células-tronco embrionárias e restringe o acesso de mulheres grávidas ao aborto, defendendo a alteração do Código Penal para classificá-lo como crime hediondo.

O Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres manifestou-se contrário ao estatuto, pelo fato de violar os Direitos Humanos das mulheres, em especial os direitos da parcela feminina da humanidade ao pretender impedir o acesso aos serviços de aborto previstos em lei, nos casos de risco de vida à gestante e estupro, bem como em casos de gravidez de feto anencéfalo.

Destaque-se que, apesar de defender a tese concepcionista, vislumbra-se que não merecem ser considerados tais argumentos do Estatuto.

A partir de uma ponderação de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à evolução científica devem prevalecer sobre os interesses

individuais ou de determinados grupos, sobretudo religiosos. A terapia de células-tronco para fins de terapia representa uma esperança para inúmeras pessoas que enfrentam doenças e problemas de saúde. Além do mais, os critérios para sua utilização são rígidos, o que traz a conclusão do seu caráter excepcional.

Da mesma forma, seria um retrocesso acolher a proibição do aborto nos casos já excepcionados em lei, uma vez que no caso em que o direito à vida de uma pessoa implica na morte, inviabilidade ou torna insuportável a vida de outro indivíduo, o ordenamento jurídico, mediante uma minuciosa valoração dos interesses conflitantes, preferiu tutelar o direito a vida da genitora e a sua dignidade.

Outro questionamento que se faz é se, com base na teoria neurológica já citada, o nascituro seria considerado pessoa até os três meses de gestação, já que nesse período, segundo o Conselho Federal de Medicina, ainda não possui forma humana nem sistema nervoso formado, o que justifica em muitos países a possibilidade de a gestante autorizar o aborto com o objetivo de planejamento familiar.

Aqui, sem desconsiderar que a tese de que o nascituro é dotado de direitos da personalidade é a mais apta a ser sustentada, vê-se que se está diante de mais um caso de relativização desses direitos que merece elogios, pois os interesses da coletividade, por se tratar de questão de saúde pública, devem prevalecer sobre os interesses individuais e crenças religiosas, consoante defendem o Conselho Federal de Medicina, que pretende a legalização do aborto nestes termos.

5 CONCLUSÃO

Como o direito privado tem se afastado, cada vez mais, da tendência individualista formalista que o amparava, os direitos da personalidade auferem uma concepção mais constitucional, baseada no paradigma da dignidade como embasamento e, com isso, surgem novos pontos de vista sobre a pessoa humana.

Este estudo teve por escopo lançar esclarecimentos acerca da conceituação da personalidade e da evolução da análise acerca do marco inicial da sua aquisição.

Diante do que foi abordado, vislumbra-se que a Teoria Natalista apresenta falhas na proteção daquele que está por nascer, de modo que reconhecer essa doutrina seria afirmar que o nascituro é mera perspectiva de pessoa com mera expectativa de direitos, negando, desta forma, os direitos que o são assegurados de modo incontestado, sendo assim um retrocesso para o sistema jurídico pátrio.

Assim, aceitar que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção é a melhor teoria para justificar os direitos tutelados daqueles já concebidos e que ainda não nasceram, os quais devem ser considerados pessoa, pois dotados de personalidade, porém, incapazes juridicamente.

Vários direitos que protegem o nascituro estão previstos em leis esparsas, sendo possível serem vislumbrados, por exemplo, na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito do Código Civil e do Código Penal, bem como na Lei nº 11.804/08, que disciplina o direito de alimentos prestados à gestante, o que só ratifica a impossibilidade destes serem negados pela tese natalista, quando a legislação civil deveria, adotar, no mínimo, a tese condicionalista.

Outrossim, é cediço ainda que os Tribunais Superiores vêm caminhando no sentido de, cada vez mais, buscar reconhecer direitos ao nascituro. Assim, a teoria natalista vem cedendo mais espaço à teoria concepcionista, inclusive no que tange a direitos patrimoniais, tendo em vista que, consoante alguns julgados, ao nascituro foi conferido o direito de pleitear reparação por danos à sua personalidade.

De outra sorte, considerando que os direitos da personalidade são inesgotáveis, na medida em que são inerentes à condição humana e, por sua vez, estão condicionados às mudanças sociais e tecnológicas ocorridas com o passar dos tempos, seria possível a ponderação dos seus valores com base no princípio da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade humana.

Assim, o projeto de lei nº 478/2007, conhecido como Estatuto do Nascituro, que tramita na Câmara dos Deputados, deve ser analisado a partir de uma ponderação de valores constitucionais, não permitindo o retrocesso dos direitos humanos já conquistados, mormente em relação a pesquisa com células-tronco embrionárias, que representa uma esperança para inúmeras pessoas que enfrentam doenças e problemas de saúde, e o acesso de mulheres grávidas ao aborto nos casos excepcionados por lei.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ASCENSÃO, José Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.
- BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Livr. Paulo de Azevedo, 1949.
- BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Paulinas, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Ed. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- VADE MECUM. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VADE MECUM. Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VADE MECUM. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VADE MECUM. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VADE MECUM. Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008. Lei dos alimentos gravídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=229963>> 1. Acesso em 15 mai. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Arguição de Preceito Legal. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> . Acesso em 15 mai. 2014.
- BRASIL, STJ, QUARTA TURMA, RESP 399028 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0147319-0, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Julg. 26/02/2002, DJ 15.04.2002 p.00232.
- BRASIL, Resp 931556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008.

BRASIL, 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.

CARTA MAIOR. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Primeiros-Passos/Os-perigos-do-Estatuto-do-Nascituro/42/28055>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto Jurídico do nascituro: o direito brasileiro", in **Questões controvertidas**. São Paulo: Editora Método, 2007.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3>. Acesso em: 24 mai. 2014.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1959.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Sotlze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Institutos de proteção à personalidade**. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 57, n. 391.

_____. **Novo curso de direito civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e o direito à vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela, 1986.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html>. Acesso em: 20 mar. 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Brookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral: de acordo com o novo código civil.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTES, Carlos Maluquer de. **Derecho de la persona y negocio juridico.** **Barcelona:** Bosch, 1993.

OLIVEIRA, José Lamartine. Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

OLIVEIRA, Jose Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. **O Estado de direito e os direitos da personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 19. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PUECHE, José Henrique Bustos. **Manual sobre bienes y derechos de la personalidad.** Madrid: Dykinson, 1997.

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

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade.** 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

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

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade.** **Coimbra:** Ed. Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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

TRATADO de Derecho Civil segun el Tratado de Plainol. **Tomo I. Parte General.** Buenos Aires: La Rey, 1988.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral.** 6. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.