

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

ANAILDE BORGES ARAÚJO

**PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO EM FACE DO CÓDIGO CIVIL
VIGENTE**

São Luís

2013

ANAILDE BORGES ARAÚJO

**PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO EM FACE DO CÓDIGO CIVIL
VIGENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Lucylea Gonçalves França

São Luís

2013

Araújo, Anailde Borges

Personalidade jurídica do nascituro em face do código civil vigente/ Anailde Borges Araújo. — 2013.

51 f.

Orientadora: Lucylea Gonçalves França.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2013.

1. Nascituro - Direitos fundamentais I. Título

CDU 342.761

ANAILDE BORGES ARAÚJO

**PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO EM FACE DO CÓDIGO CIVIL
VIGENTE.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Lucylea Gonçalves França (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)

Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)

Universidade Federal do Maranhão

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele, nada seria possível e eu não estaria aqui desfrutando, momentos tão importantes. Em especial à minha família e amigos pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas. A todos vocês dedico a minha gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que plantou em mim um sonho que hoje se materializa e por estar comigo em todos os momentos mais difíceis da minha vida.

Aos meus pais que foram o instrumento para concretizar o precioso dom que recebi do universo que é a vida.

À minha prima Cássia Regina Borges, por me ajudar financeiramente e psicologicamente, em todos esses anos da minha graduação pelo carinho, dedicação, paciência e incentivo.

À minha família, em especial minha mãe e minha prima, Ana borges e Elinete Martins, respectivamente, pelo amor e compreensão principalmente nas horas mais difíceis que precisei de vocês e por sempre acreditaram em mim.

Aos meus amigos, e em especial, Ana Paula Lopes, Suená Tárzila Costa, Ana Grazielle Gome Lima, Maria Gabryella, Gleydianne Cantanhede, Pietro Breno Rayol pela amizade e pelas lutas juntos nessa jornada que se conclui.

Aos amigos que me deram total apoio e sempre confiaram em mim e que de alguma forma contribuíram muito pra que eu concluísse essa jornada, Denise Martins Coelho, Suene Carvalho, Jorge Gutemberg de Araújo, Eliene Costa, Ingrid Albuquerque.

À minha orientadora Lucylea Gonçalves França pelo carinho com que tratou desse trabalho, por me atender e responder meus e-mails mesmo estando atarefada, pelas suas sugestões e participação em todo o desenvolvimento da monografia.

A todos aqueles que de uma forma indireta me ajudaram na realização desta monografia.

“... A pessoa eliminada é um ser humano que começa a desabrochar para a vida, isto é, o que de mais inocente, em absoluto, se possa imaginar: nunca poderia ser considerado um agressor! É frágil, inerte, e uma medida tal que o deixa privado inclusive daquela forma mínima de defesa constituída pela força suplicante dos gemidos e do choro do recém-nascido...”

Papa João Paulo II

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo fazer uma análise Doutrinária e Jurisprudencial sobre a personalidade jurídica do nascituro, que é o ente que ainda se encontra no útero materno e conseqüentemente os direitos que lhes são resguardados. Para isso, faz-se necessário a averiguação de três teorias explicativas do nascituro, quais seja a teoria natalista, condicional e concepcionista. O Código Civil prescreve que só se adquire personalidade a partir do nascimento com vida e mais adiante põe a salvo os direitos do nascituro, obtendo-se assim, uma divergência posto que somente é considerado sujeito de direito aquele que possui a personalidade jurídica.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade jurídica. Teoria natalista. Teoria condicional. Teoria concepcionista.

ABSTRACT

This work has as objective to do an analysis on the legal personality of the unborn child, who is the entity that is still in his mother's womb and consequently the rights that they are guarded. For this reason, it is necessary to investigate three explanatory theories of the unborn child, which is the theory procreation, conditional and conceptionist. The Civil Code prescribes that only if acquires personality from birth with life and later puts the unless the rights of the unborn child, thus obtaining, a divergence tour which is only considered subject of law that has a legal personality. In addition, it has raised an intense debate both in law and in doctrine, about what comes to be the unborn child, if indeed it is a person or just mere expectation.

Keywords: Unborn Child. Legal Personality. Theory procreation. Theory conditional. Theory Conceptionist.

LISTA DE SIGLAS

ADPC	Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional
Arts	Artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DNA	Ácido desoxirribonucleico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MP	Ministério Público
ONG	Organização Não Governamental
PL	Projeto de Lei
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 APRESENTAÇÃO CONCEITUAL.....	13
2.1 Breve histórico acerca da personalidade jurídica do nascituro.	14
2.1.1 Nascituro na Grécia.....	15
2.1.2 Nascituro no direito romano.....	16
2.1.3 Nascituro no direito comparado.....	18
2.1.4 Nascituro no direito civil brasileiro.....	20
3 CONCEITO DE NASCIMENTO COM VIDA.....	22
3.1 Teorias do nascituro.....	24
3.1.1 Teoria concepcionista.....	24
3.1.2 Teoria da personalidade condicional.....	25
3.1.3 Teoria natalista.....	26
3.2 Contextualização crítica.....	27
4 PERSONALIDADE E CAPACIDADE CIVIL.....	29
4.1 Direitos inerentes à personalidade.....	30
4.1.1 Direito à vida.....	31
4.1.2 Proteção ao corpo.....	32
4.1.3 Direito ao nome civil.....	32
4.2 Direitos inerentes ao nascituro.....	33
4.2.1 Direito à filiação.....	33
4.2.2 Direito à curatela.....	34
4.2.3 Direito à adoção.....	35
4.2.4 Direito à sucessão.....	35
4.2.5 Direito a alimento.....	36
4.2.6 Direito a dano moral.....	38
4.2.7 Direito á imagem.....	40
4.3 Da responsabilidade civil por dano ao nascituro.....	40
4.4 Legitimidade passiva do nascituro.....	42
4.5 Dos direitos do nascituro contrapostos ao enunciado do artigo 2º do cc/2002.....	43
4.5.1 Cautelar da posse em nome do nascituro.....	45
5 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise acerca da personalidade do nascituro. Vez que a personalidade civil é o elemento imprescindível para se discutir a legitimidade do nascituro. Por isso, vários pontos serão analisados, a fim de entender a personalidade e a legitimidade de agir do *conceptus*.

O nascituro é aquele que está gerado, concebido, tem existência dentro do ventre materno, por isso diz-se que está em vida intrauterina, no entanto, não nasceu ainda, 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 nascido, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção (ZAINAGHI, 2007, p 21).

O conceito de nascituro é matéria consolidada, mas, no que tange ao exato início da personalidade civil, há grande contradição que acontece não somente nos dias atuais. Os romanos ao tratar deste tema, consideravam ter o nascituro personalidade jurídica desde a concepção.

Para que essa análise possa ser feita, essencial que se entenda as duas escolas, quiçá três, acerca da personalidade do nascituro, a que defende a doutrina concepcionista e a que defende a doutrina natalista, e a última, chamada de teoria da personalidade condicional.

Para os adeptos da teoria concepcionista, como Clóvis Beviláquia e Limongi França, a personalidade civil existe desde a concepção, visto que a lei assegura direitos àquele que ainda não nasceu e isso não só no campo do direito civil, mas no âmbito do direito penal e constitucional.

A teoria natalista tinha previsão no artigo 4º do antigo Código Civil e foi mantida no Código vigente em seu artigo 2º, que afirma ter personalidade civil somente aquele que nascer com vida, admitindo, contudo, a proteção dos direitos que somente existirão após o nascimento.

A corrente condicional atribui a personalidade ao nascituro, porém, essa personalidade está condicionada a um fato que virá no futuro, que é o nascimento com vida.

A divergência doutrinária se dá pelo fato de que o Código Civil vigente adotou a corrente natalista para explicar o início da aquisição da personalidade jurídica considerando-se, assim, a pessoa dotada de personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. Mas a contradição se forma a partir do momento em que o legislador garante os direitos do nascituro desde a concepção, ou seja, desde que gerado, mas, ainda continua no ventre materno.

É interessante averiguar que, apesar da carência de doutrina, este assunto já levantava importantes discussões nos posicionamentos do século XIX, continuando a aguçar as divergências nos estudiosos até o dia de hoje.

Ademais, a legislação vigente deve ser interpretada na esfera do ordenamento jurídico, que aceita legislações externas, e as ratifica dentro do país. Especificamente em relação ao tema, estuda-se o conceito de nascituro e a forma como ele é visto em outras legislações e depois a análise doutrinária e jurisprudencial acerca de sua legitimidade e direitos.

Uma análise da personalidade civil e até se o nascituro é dotado de personalidade é de extrema importância, porque a princípio pode-se dizer que somente é sujeito de direito àquele que tem personalidade. Mas vale lembrar que se um ser tem direito, ele conseqüentemente deveria ter personalidade. O fato de se aplicar direitos existentes a quem não tem personalidade, torna-se contraditório ao que a lei exige. O fato é que para alguns autores essa temática tem um período curto já que a gravidez dura no máximo nove meses.

O trabalho será concluso esclarecendo a capacidade do nascituro para a causa independente de ter personalidade. Assim como se é possível o *conceptus* ter capacidade processual para reclamar direitos, sem, contudo, ter personalidade jurídica.

O fato é que mesmo que gravidez só dure nove meses esta questão merece uma solução, pois disso implica conseqüências jurídicas de grande importância, por exemplo, a própria legitimidade *ad causam*.

2 APRESENTAÇÃO CONCEITUAL

A origem da palavra nascituro, vem do latim e significa “*aquela que estar por nascer, que deverá nascer*”. Portanto, o nascituro é o ente que já foi gerado, no entanto, ainda não foi posto para fora do ventre materno, ou seja, é o feto que ainda não foi concebido (ZAINAGUI, 2005).

É neste sentido o entendimento de Maia (1980, p. 30):

O que há de vir ao mundo: está concebi do (*conceptus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou continuando “*parsventris*” o das entranhas maternas: aquele que deverá nascer, “*nascere*”, de étimo latino. Quer designar, com expressividade, o embrião (“*venter*”, “embrio”, “*foets*”) que vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto (“*vitalis*”), na ordem fisiológica. Sua existência é intra-uterina (“*parsviscerummatris*”), no ventre materno (“*no uterus*”), adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por parto natural ou artificial [...].

Contudo, é necessário lembrar que a técnica de fertilização in vitro é diferente do nascituro, levando-se em consideração que o requisito principal para caracterizar o nascituro é que aquele ovo que foi fecundado deverá está dentro do útero da mãe, ou seja, intrauterino. Enquanto que na fertilização in vitro a fecundação se dá fora do útero materno, ou seja, extracorpórea, e enquanto não for implantado no útero materno, o ovo fecundado não pode ser considerado nascituro. A doutrina considera que a questão pertinente à reprodução assistida deverá ser tratada em leis esparsas.

Ceneviva (2009, p. 88-89) apud Gagliano e Pamplona Filho (2009), explicitam que “no Brasil, haverá nascimento e parto quando a criança consegue respirar ao sair do ventre que lhe concebeu e é através desta respiração cientificamente comprovada é que se completa a formação fática do nascimento com vida”.

Faz-se mister expor o conceito dado pela Resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde sobre o significado de nascimento com vida: “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”.

Outra questão importante é a distinção entre nascituro e prole eventual, enquanto que o primeiro tem como elementar o fato do ente já ter sido concebido, o segundo funda-se em um evento futuro, uma vez que não foi ainda concebido. Trata-se, portanto, de um futuro incerto.

2.1 Breve histórico acerca da personalidade jurídica do nascituro

Faz-se necessário uma breve explanação do nascituro em outras constituições, visto que este tema é motivo de grandes divergências não só nos dias atuais, e não apenas no Brasil.

Segundo Siniscalchi (2005), a mãe é a principal guardiã do nascituro, assim sendo, ela não pode sofrer abalos, ou qualquer tipo de violência. Pois, caso contrário todo esse mal causando à mãe repercute na no feto, o que faz com que alguns doutrinadores peçam *Habeas Corpus* quando houver perigo de má formação do feto.

A autora supramencionada estatui que no Brasil, não houve a recepção desse acolhimento de mãe pela lei, o CC/2002 adota a teoria natalista, no entanto, tem uma forte tendência a teoria concepcionista. Segundo Siniscalchi (2005) há uma grande contradição, vez que só é sujeito de direito àquele que possui personalidade, mas não há de se esquecer de que o nascituro é considerado como alguém que já existe.

Em relação ao direito internacional, Matos (2013), explana que o nascituro no direito romano não era dotado de personalidade, no entanto, se ele nascesse vivo, sua existência retroagia até à concepção, mas como a legislação romana é cheia de contradições, as opiniões também se divergiam entre teoria concepcionista e teoria natalista.

Já no direito francês a personalidade começa da concepção, com a condição de que nasça vivo e seja viável, adotando, dessa forma, a teoria condicional. Posto que a condição é suspensiva.

Para alguns autores como Siniscalchi (2005), o Código Civil vigente é considerado ultrapassado porque apenas transcreveu para o artigo 2º o que estava transcrito no CC/1916, artigo 4º. “O Código Civil Brasileiro é considerado um exemplo a se seguir. Porém, precisaria ser atualizado, principalmente no que se refere ao nascituro. Outro problema é que o Novo Código já entrou em vigor velho”.

O Código Civil argentino prescreve em seu artigo 70 que a personalidade civil do indivíduo começa com a concepção, desde que haja nascimento com vida. Na mesma esteira segue os códigos civis mexicano em seu artigo 22, venezuelano, artigo 17 e o suíço no artigo 31.

2.1.1 Nascituro na Grécia

A Grécia tinha certo entendimento acerca do nascituro, pois havia punições imposta por aquele país em algumas regiões e em certo período de tempo a quem praticasse aborto. Mas em certos tempos a certas localidades não era punido o aborto (FALCÃO, 2012).

Os defensores do aborto como Platão e Aristóteles, afirmavam a tese de que os interesses do Estado são mais importantes e que por isso devia se sobressair sobre as demais questões, devido às necessidades demográficas, e por medo de que aqueles que ainda estariam por nascer passassem por uma das grandes mazelas que assolam os países que é a fome (PEREIRA, 2012).

A Grécia antiga teve grande importância como colaboradora na Ciência Embriologia, que teve como ponta pé inicial os estudos de Hipócrates, este ficou conhecido devido a seus conhecimentos sobre a Ciência Embriológica como o pai da medicina em seguida já no século IV a.C., foi assinado o tratado de embriologia que foi registrado por Aristóteles que concedeu a Hipócrates o título de Fundador da Embriologia (FALCÃO, 2012).

Apesar da divergência, na Grécia, sempre houve a proteção do nascituro, isso se conclui da história que foi contada por Plutarco segundo ele, Polydecte morreu ainda novo, sem deixar herdeiros, devido a este fato, todos naquele reino imaginavam que Licurgo, irmão do falecido, tomaria o lugar do Rei, como de fato foi assim que ocorreu, mas até o momento em que se soube que a Rainha estava grávida, pois Licurgo declarara que se a rainha tivesse um filho, seria dele a coroa, a partir daí, ele tomou posse do reino somente como tutor do filho que ainda não havia nascido (SINISCALCHI, 2005).

E em relação ao aborto, Siniscalchi (2005) continua, dizendo que, Licurgo e Sólon estipulavam penas para quem praticasse tal ato, a pena era pecuniária paga à família, como uma forma de reparar os danos causados. Diferente do pensamento de Platão e Aristóteles, algumas cidades como Tebas e Mileto, puniam duramente o aborto até mesmo com pena de morte a depender do caso.

Os gregos mostravam-se bastante contraditórios em relação ao aborto, no entanto, eles tinham um pensamento moderno em relação ao direito romano, pois garantiam os direitos do nascituro e este era considerado como pessoa. Apesar da

antiguidade, a Grécia possuía pensamentos que nenhum país teve até hoje, talvez devido aos grandes pensadores e filósofos que dali saiu (PEREIRA, 2012).

2.1.2 Nascituro no direito romano

Uma breve análise acerca do nascituro no direito romano é muito importante, pois o direito romano teve grande influencia no direito brasileiro.

Segundo Falcão (2012) assim como no direito brasileiro e no estrangeiro, o direito romanista apresenta uma grande divergência acerca deste tema, as doutrinas são bastante contraditória. Afirmam que o nascituro é apenas uma parte do corpo da mãe que o carrega, não sendo considerado como pessoa, já em outras doutrinas dão o mesmo tratamento dado a uma criança já nascida.

No que tange à sucessão tal direito já era concedido desde os primórdios do direito romano. É o que afirma abaixo o autor Semião (2000), desde o Direito Romano, porém, já se concede seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão.

Os documentos que versam sobre o nascituro também se mostram contraditórios entre si, alguns desses documentos em certos momentos reconhecem o nascituro como sujeito de direito e em outros momentos negam a capacidade.

Há também os que carregam em seu bojo uma personalidade condicional, que está condicionado ao nascimento que seja viável, assim sendo, a sua personalidade estaria sob a condição do nascimento. Logo, aqueles que tivessem o nascimento inviável, apresentando alguma deficiência, lhe seriam negado tal personalidade (SINISCALCHI, 2005).

Acerca dessa contradição, Semião (2000) explana que:

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 ejuscommodisagitur*". 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 que a pessoa física tivesse o reconhecimento era necessário que houvesse a perfeita adequação nesses dois requisitos: o nascimento perfeito e o *status* (condição natural e civil, nesta ordem). Então, o efeito jurídico só ia fazer

efeito a partir do momento em que se apartasse o feto do ventre materno, e tanto a forma humana quanto o nascimento com vida fosse notório (SINISCALCHI, 2005).

Observa-se que era imprescindível pra caracterização da forma humana, não bastando o quesito do nascimento com vida, se por acaso essas condições não se completarem a criança seria considerado como um monstro, não o sendo considerado como pessoa.

Segundo Alves (1987) apud Falcão (2012) Monstro seria aquele que gerado no ventre materno, apresentasse características de um animal, ainda que em parte, evidenciando-se que nasceu de *coitus cum bestia*. Outro ponto não menos importante que os já comentados anteriormente, era a questão da viabilidade, no direito romano este atributo tinha como principal aspecto o lapso temporal, no qual haveria de ser concluída a gestação de uma criança, de forma que ele continuasse a viver, ou seja, fosse viável a continuação da vida após o nascimento.

No Direito Romano, se uma mulher estivesse condenada à morte, a sua execução era adiada para que assim, ela pudesse dar à luz, a intenção era a proteção ao nascituro (SINISCALCHI, 2005).

No direito romano para que o nascimento fosse considerado viável, e perfeito era preciso o tempo de no mínimo 182 dias e o máximo de 10 meses. Destarte que esse tempo foi estipulado por Hipócrates, esse prazo era imprescindível para os romanistas, pois neste lapso temporal o filho era visto como legítimo e criado em justas núpcias.

Assim é o posicionamento de Pussi (2005, p.68):

Considerava-se filho legítimo aquele que nascesse perfeito no período do casamento, desde o princípio do sétimo mês ou 182 dias depois de sua realização ou, ainda, nascido dentro do prazo de dez meses de sua dissolução, já que nas duas situações presumia-se concebido durante as justas núpcias. Tudo com base nos textos de Paulo (D. 1.5.12 de *status hom.*) e Ulpiano (D.38.16.3.11 de *suis*).

Importante ressaltar que o nascituro era sujeito de direito, ainda que se tratasse de direito romano e mesmo sem o atributo de nascimento com vida, assim sendo, os romanistas considerava em certos quesitos, como a própria criança que já nascida. Era garantido ao nascituro o direito a alimentos, para que pudesse ter a condição de nascer com vida e saúde, o direito a posse em nome do nascituro pra que fosse garantido os direitos sucessórios pertencentes ao nascituro.

2.1.3 O Nascituro no Direito Comparado

O direito brasileiro tem grande influência das legislações internacionais, e para analisar o nascituro no ordenamento pátrio, é preciso ver como alguns desses países tanto americanos quanto europeus trabalham a questão do nascituro, uma vez que a maioria adotou a doutrina natalista.

A Argentina está entre os poucos que adotam a teoria concepcionista, ou seja, defende o início da personalidade civil desde a sua concepção, assim como a Venezuela e a Áustria.

A legislação civil da Argentina explicita em seu artigo 70 o seguinte:

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 hubieses nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieron con vida, aun que fuera por instantes después de estar separados de su madre.

A Alemanha, o Uruguai e a Espanha seguem a mesma linha de pensamento da legislação brasileira, na qual garante a personalidade com o nascimento assegurando os direitos do nascituro caso venha a nascer com vida.

Já o direito espanhol influenciado pelo direito romano, e principalmente quando se trata da deformação do feto. É o que aduz o artigo 29 do Código Civil espanhol:

Artigo 29º: *“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones que expresa el artículo siguiente”*. O artigo seguinte: *“Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”*.

Em relação ao aborto, este é permitido naquele país, é o que diz o código Penal espanhol nos artigos 411 a 417, ressalte-se que o aborto é permitido apenas nos casos descritos na lei:

- Para salvar a vida da mãe;
- Para preservar a saúde da mãe;
- Para preservar a saúde mental da mãe;
- Quando tiver havido estupro;
- Quando o feto for defeituoso.

A Itália segue a corrente majoritária, adotando a teoria natalista, conforme expressa o artigo primeiro do Código Civil Italiano: *“La capacità giuridica si acquista del momento della nascita. Il diritto della legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”*.

Um dos grandes estudiosos e defensores da teoria natalista afirma que: *“La personalità una na comencia con la nascita. Bisogna che si abbia la completa separazione del feto dal corpo materno perfectenatus, non importa che questa avvenga in modo naturale o artificiale, per assistenza chirurgica”* (SEMIÃO, 1998, p. 51).

O direito português garante os direitos do nascituro sob uma condição, a que ele nasce com vida, que é a partir daí considerado sujeito dotado de personalidade jurídica. O Código Civil Português colocou em título específico, as normas concernentes ao aborto: Dos Crimes contra a Vida Intra-Uterina (SINISCALSHI, 2005).

Segundo Pereira (2012), o aborto não é punível se for cometido para:

- Salvar e preservar a saúde física ou psíquica da mãe;
- Quando o feto for defeituoso, e for realizado nas primeiras 22 semanas de gravidez;
- E também se a mãe for vítima de estupro e interromper a gravidez antes das 12 primeiras semanas.

A legislação civil mexicana esclarece que: *“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”*.

Países como o Chile, a Suíça, Peru, China e Colômbia, determinaram que a personalidade jurídica só é legitimada quando houver o nascimento com vida, embora esses países deixam bem clara a questão da proteção do nascituro (FALCÃO, 2012).

É de se observar que a maior parte desses países internacionais adota a teoria natalista em suas legislações, assim como não proíbem o aborto em determinados casos, restringindo a questões que consideram imprescindíveis, como por exemplo, o aborto para salvar a mãe em caso de gravidez de risco ou em casos de estupro.

Os EUA (exceto alguns Estados federados), China, liberaram o aborto em geral, não estipularam nenhuma condição com relação ao aborto, sendo permitido em qualquer hipótese (PEREIRA, 2012)

2.1.4 Nascituro no Direito Civil Brasileiro

FALCÃO (2012) preconiza que: “O direito brasileiro e suas legislações tiveram origem nas Ordenações do Reino de Portugal, que teve sua constituição influenciada enormemente pelo Direito Romano e posteriormente pelo Direito Canônico e Germânico”.

O Código Civil de 2002, em seu artigo segundo aduz o seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A princípio observa-se que o Código Civil parece ter adotados duas posições diferentes no mesmo artigo, na primeira parte do artigo se submete á corrente natalista e na segunda parte à corrente concepcionista. Neste artigo observa-se que é exposto o termo “direitos” e não apenas a mera expectativa de direitos, isso quer dizer que o nascituro é considerado pessoa, sujeito dotado de personalidade jurídica e em decorrência disso, possui todos os direitos que lhe é assegurado (SINISCALCHI, 2005)

Se o Código adotasse apenas a segunda parte do artigo, a legislação brasileira adotaria concepcionista, segundo a qual a personalidade começa a partir da concepção, o que de fato, se opõe ao enunciado da primeira parte do mencionado artigo.

O legislador ao por uma conjunção (mas) a qual separa em duas partes o artigo, considera-se que houve uma contradição. Mas na verdade, trata-se de duas orações que são consideradas independentes e que precisam ser interpretadas em conjunto, pois se assim não for, uma pode anular a outra. Mister se faz que quando o legislador põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, não está concedendo a este ultimo os direitos daquele que já nasceu.

Existem alguns direitos que não estão subordinados à condição do nascimento com vida, como por exemplo, direito à integridade física, à saúde, à curatela, alimentos, etc. tais direitos são garantidos desde à concepção. Já os

direitos que estão resguardados á condição do nascimento com vida, são os direitos patrimoniais, como a herança legítima e testamentária e a doação.

Aduz Maria Helena Diniz que tem o nascituro na vida intrauterina personalidade jurídica apenas formal, adquirindo a personalidade jurídica material atingindo-se, assim, os direitos patrimoniais somente após a vida, ou seja, somente após o nascimento com vida, em consenso com o que leciona o artigo 1800 §3º do Código Civil/2002: Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador (DINIZ, 2012).

A capacidade decorre da personalidade e com ela não se confunde a personalidade jurídica do nascituro não está exposta a uma condição, o que depende de uma condição é a eficácia dos direitos patrimoniais materiais, a condição é que o feto nasça com vida.

É com sabedoria que Semião (2000) expõe que se o Código Civil tivesse adotado a teoria concepcionista, não haveria porque enumerar um a um os direitos do nascituro, pois a teoria natalista considera o nascituro como pessoa, logo, os seus direitos não precisariam ser enumerados, a vez que seriam considerados pessoas.

O Brasil adotou a teoria natalista, mas é importante destacar que em nenhum momento o Código Civil tem o nascituro como um incapaz no que tange ao aspecto jurídico, então por reconhecer direitos ao nascituro desde a concepção, outros direitos que não são exaustivos são assegurados ao nascituro, como por exemplo, o direito a alimento, o direito de ser beneficiário de seguro de vida, dentre outros. (SINISCALCHI, 2005).

É com inteligência que Almeida (2000), uma das seguidoras da teoria concepcionista preceitua que:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a 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.1º). Ora, quem diz direito, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

A doutrina majoritária adota a teoria natalista, no entanto, a teoria concepcionista vem ganhando um importante espaço e novas posições muito bem fundamentadas vêm sendo objeto de grandes reflexões acerca dessa teoria.

3 CONCEITO DE NASCIMENTO COM VIDA

Para aclarar o conhecimento acerca de personalidade é necessário que antes se explique o significado de nascimento com vida. O artigo 2º, primeira parte da Lei 10.406/2002 aduz que a personalidade jurídica da pessoa começa a partir do nascimento com vida, já a segunda parte do referido artigo preceitua que a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A discussão acerca do conteúdo deste artigo tem levantado um extenso debate entre os estudiosos.

Neste seara, o dispositivo esclarece que a personalidade jurídica só é adquirida a partir do nascimento com vida, daí se observa que o nascituro não possui personalidade jurídica, uma vez que nascituro é aquele que já foi concebido no ventre materno, mas ainda não nasceu. No entanto, a segunda parte do mencionado dispositivo põe a salvo os direitos desde a concepção, apresentando-se assim uma controvérsia defendida por vários juristas sob o fundamento de que o nascituro é pessoa já que é detentor de direitos (CASTELLO, 2012).

Sobre este viés, tem-se levantado uma extensa discussão divergente acerca do referido artigo.

Entende que o conceito de início da vida não deve ser feita no âmbito do direito, este por sua vez, deve apenas conceder o enquadramento legal, mas que o conceito deverá ser dado um biólogo, pois para a vida começa para a biologia a partir do momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando assim o zigoto. Sobre este viés, a vida começa com a nidação momento em que dar início a gravidez.

Portanto, faz-se mister expor o conceito dado pela Resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde sobre o significado de nascimento com vida: “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”.

Já a Organização Mundial de Saúde declara que 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 (SEMIÃO, 1998, p. 155).

E neste sentido, Ceneviva (2009, p. 88-89), explicita que “no Brasil, haverá nascimento e parto quando a criança consegue respirar ao sair do ventre que lhe

concebeu e é através desta respiração cientificamente comprovada é que se completa a formação fática do nascimento com vida”. E Continua dizendo que “o direito à vida é relativizado em função da tutela de outros valores jurídicos”.

Outra questão não menos importante, e sobre a técnica de fertilização *in vitro* (extra-uterina). O Código Civil vigente preleciona que nascituro é aquele que já foi concebido no ventre materno, no entanto devido ao avanço da tecnologia, é possível que a fecundação que antes só poderia ser no ventre materno, ser realizada fora deste, até mesmo podendo ser desenvolvido em um ventre materno diferente.

FALCÃO (2012) preleciona o seguinte:

Faz se mister salientar que não pode haver confusão entre o nascituro e o embrião decorrente da utilização da fertilização *in vitro*, já que um dos requisitos essenciais para ser considerado nascituro é que o ovo fecundado deverá estar dentro do ventre materno. Deste modo a sua existência é intrauterina. Logo, nos casos em que a fecundação tenha sido realizada de forma extracorpórea, enquanto não for implantado no útero feminino, o ovo fecundado não poderá ser considerado nascituro.

Conforme Cifuentes (2005), nosso ordenamento jurídico aceitava apenas a geração do nascituro no ventre materno, consubstanciado em retrocesso.

Nossos códigos somente atendiam ao direito natural da fecundação no seio materno; enfocavam um processo orgânico pleno de incógnitas e ignorâncias, quando não baseado em erros, misterioso e oculto. Recorria-se, portanto, a aproximações indutivas e a presunções temporais, hoje inaplicáveis, por inteiro, aos métodos extracorporais. A pessoa devia, pois, estabelecer-se sob *conditio juris*, com o manejo de ficções, ou então, de artifícios conceptuais da língua. Frente a estes resultados e sistemas, não é possível aplicar a analogia como propõem alguns autores sem maior meditação. Não se está frente a meras relações de caráter patrimonial, a fatos e ato manejáveis por ampliação ou pelo adágio *mutatis mutandi*,...se apresentam diferenças diametrais: na fecundação extracorpórea vêm à luz o momento exato da conjunção dos gametas, sua verdadeira constituição celular e a projeção formativa até o parto. Como é possível aceitar as presunções temporais de algo concreto e provado? Como estabelecer o conceito sobre a base de uma concepção induzida, frente a uma concepção programada e dada à luz em toda sua trajetória?(CIFUENTES, 2005)

Segundo o autor ora mencionado, o método de fertilização *in vitro*, ou seja, fora do útero materno abre um leque que inadmitte comparação, para isso, ele diz que é necessário que não se utilize o Código Civil Argentino em seus artigos 70 e 63, uma vez que estes artigos trazem em seu bojo o conceito de nascituro a partir da formação no ventre materno.

Considera ser de extrema importância o Pacto de San José da Costa Rica o qual protege a vida desde a concepção, pois se deve levar em consideração o

critério temporal, vez que trata de um documento criado em 1969, momento esse que não havia ainda importantes avanços tecnológicos acerca da fertilização *in vitro*.

3.1 Teorias do nascituro

Segundo Zainaghi (2007), inicialmente se apresentavam duas correntes que depois se ramificaram em uma terceira, cujo conteúdo é híbrido, pois mescla as duas primeiras e mais antigas correntes.

Observa-se que a princípio existiam apenas duas correntes, a corrente concepcionista e a corrente natalista e futuramente veio à lume uma terceira corrente chamada de condicional, que na verdade como diz a própria autora é uma junção das duas primeiras.

O estudo das teorias do nascituro é apaixonante, dada a sua complexidade e teorias dispares quanto a sua personalidade (MATOS, 2013).

Zainaghi (2007) aduz ainda que o estudo do nascituro é altamente teórico e importante para que se possa, de forma mais concreta, discutir os direitos inerentes ao nascituro, visto que, não lhe atribuindo personalidade nem lhe dando o caráter de pessoa, deve-se, conseqüentemente, concluir que ele não poderia ter direito, nem mesmo aqueles direitos que a própria legislação lhe garante, como exemplo, o direito à vida, quando se intitula como crime o aborto. E em consequência disso, não teria legitimidade de agir, pois esta estaria atrelada à personalidade civil.

3.1.1 Teoria concepcionista

Três teorias explicativas e que divergem acerca do início da personalidade jurídica, a primeira delas é a teoria concepcionista adeptos desta teoria sustentam a ideia de que desde a concepção o nascituro já possui personalidade jurídica, ou seja, já é considerado como pessoa.

Os seguidores desta teoria sustentam suas ideias no Código Penal brasileiro, ao definir o crime de aborto que está inserido no rol dos crimes contra a pessoa, considerando-se, assim, o feto como pessoa.

É com inteligência que a autora Almeida, uma das seguidoras da teoria concepcionista preceitua que:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é aprimeira 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.1º). Ora, quem diz direito, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Convém lembrar, que apesar de o nascituro não ser considerado uma pessoa, no conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, ele tem proteção normativa dos seus direitos desde a concepção.

Apesar da adoção da teoria natalista no direito brasileiro que afirma que a aquisição da personalidade civil só se sucede com o nascimento com vida, existem controvérsias, é o caso do recente julgado da Segunda Turma /Recursal Cível do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul (2012):

Processo:71003041936 RS Relator(a):Eduardo Kraemer
 Julgamento:12/02/2012
 Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO.1. 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. Precedentes das Turmas Recursais.2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71003041936, Segunda Turma Recursal Cível.

Esta decisão tomada pelo TJ do Rio Grande do Sul (2012) é de extrema importância, posto que o CC adota a teoria natalista. Vindo assim, a decisão daquele Tribunal aceitar a doutrina concepcionista como válida no ordenamento jurídico pátrio.

3.1.2 Teoria da personalidade condicional

Os defensores da teoria da personalidade condicional entendem que os direitos do nascituro estão submetidos a uma condição suspensiva a qual seja o nascimento com vida e será extinta se o feto não viver. Para esta teoria os direitos patrimoniais só serão concedidos quando o feto nascer com vida, opondo-se assim, ao Código Civil vigente e ao Código de Processo Civil que garante a posse em nome do nascituro.

Neste contexto de ideias, encontra-se Wald (1995) apud Martinho Ciriaco (2013), ao relatar que “a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

Aduz Diniz (2012), que tem o nascituro na vida intrauterina personalidade jurídica apenas formal, adquirindo a personalidade jurídica material atingindo-se, assim, os direitos patrimoniais somente após a vida, ou seja, somente após o nascimento com vida, em consenso com o que leciona o artigo 1800 §3º do Código Civil/2002. Já o artigo 188 § 3º aduz “Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador”.

Matos (2013), defensor da teoria concepcionista vislumbra uma situação importante acerca da personalidade jurídica formal, questiona o seguinte, se o nascituro não possui personalidade jurídica material, significa dizer que ele não tem direito à alimentação, prescindindo a genitora da ajuda econômica do seu companheiro? Não pode o nascituro receber doação? Não pode ser nomeado curador para defesa dos seus interesses, apesar da permissão do Código de Processo Civil artigos 877 e 878? Que tipo de ser é o nascituro alienígena ou humano?

O renomado jurista afirma que as respostas estão descritas na teoria concepcionista, uma vez que possui proteção jurídica dos seus direitos desde a concepção, sendo assim, o autor afirma que, sem dúvidas, o nascituro é um ser humano desde sua concepção, gozando este de personalidade jurídica.

3.1.3 Teoria Natalista

O Código Civil brasileiro adotou a teoria natalista para explicar o início da aquisição da personalidade jurídica considerando-se, assim, a partir do nascimento com vida embora ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

Para Rodrigues (2007) *apud* Falcão (2012):

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer 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.

Adeptos dessa teoria sustentam o entendimento de que, não sendo pessoa, o nascituro possui apenas, mera expectativa de direito.

Matos (2013) explana o seguinte:

Na verdade, o nascituro não entendemos ser necessário se lhe atribuir personalidade. O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o legislador denomina 'direitos do nascituro' não são direitos subjetivos. São na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador, para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

No entendimento de Venosa (2007), o nascituro é um ente que já foi concebido e que se diferencia daqueles que ainda não foram concebidos e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo tão somente do nascimento com vida, tratando-se de uma prole eventual. O nascituro não é dotado de personalidade jurídica, uma vez que é sujeito de direito apenas no futuro.

Já para Siniscalchi (2005) o art. 2º acolheu a doutrina natalista, no entanto, em uma interpretação sistemática, a teoria concepcionista é quem dita e resguarda os direitos do nascituro na legislação brasileira. Não se pode, ou melhor, não se deve negar a personalidade jurídica do concebido.

3.2 Contextualização crítica

Conforme descrito acima, constata-se que a situação jurídica do nascituro é tema bastante complexo no ordenamento jurídico brasileiro. As opiniões entre os doutrinadores e entre a jurisprudência divergem, apesar de ser majoritária a adoção da teoria natalista, há os que defendem com importante embasamento, a adoção das teorias da personalidade condicional e concepcionista.

Neste seara, Matos (2013) conclui que:

...constata-se que a redação do artigo 2º do Código Civil, apesar de estabelecer que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, consolida a tese concepcionista para o nosso ordenamento jurídico, visto que não constam nela apenas expectativas de direitos para o nascituro, mas direitos reais.

E como solução o autor propõe que a mudança do artigo 2º do Código Civil Vigente:

Destarte, de forma proativa, como sugestão, será oportuna a mudança da redação do artigo 2º NCC, de modo a corrigir as contradições. Nessa

situação, o artigo ficaria da seguinte forma: A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, garantindo, desde então, os direitos do nascituro. Há outros pontos críticos quando nos referimos a mudança conceituais ou cobertura normativa de novas pesquisas tecnológicas, a exemplo da genética e da medicina, Atualmente discutem-se acerca dos embriões, das fertilizações in vitro (extra-uterina) e outros assuntos análogos ao tema nascituro. Apesar da Lei 11105/05 e do artigo 1597 do NCC, não resta dúvida de que é necessário estabelecer novos parâmetros.

Alguns autores reconhecem que do ponto de vista sistêmico, é adotado a tese concepcionista, principalmente quando se refere à questões como as dos artigos 1.799, 1800 do Código Civil vigente, Código de Processo Civil artigos 877 e 878, Código Penal artigos 124 a 128 e lei 8069/1990, bem como a Constituição Federal em seus artigos 5º caput, 7º a 11º, e 227.

No entanto, a grandiosa doutrina brasileira, ainda encontra espaços para abordagem de novos ângulos para a questão supra mencionada.

4 PERSONALIDADE E CAPACIDADE CIVIL

Faz-se mister estabelecer a diferença entre personalidade e capacidade, pois esta apesar de se confundir com aquela, não significa a mesma coisa. A personalidade jurídica é uma condição necessária para titularizar direitos e contrair obrigações, trata-se de atributo necessário para ser considerado sujeito de direito, adquirindo tal personalidade o sujeito passa a ser considerada pessoa natural ou pessoa jurídica, podendo, dessa forma, contrair atos e negócios jurídicos diversos.

Neste mesmo sentido é o pensamento de Clóvis Beviláquia, citado por Gagliano e Pamplona Filho (2009):

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, da qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, 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.

Além da personalidade real, existe a personalidade fictícia, como exemplo, temos a do nascituro. Posto isso, é de extrema importância que não basta apenas o nascimento, esse nascimento tem que ser com vida, ou seja, tem que haver respiração fora do ventre materno, não importando se sobreviveu ou não, pois para isso existe o exame pericial.

Logo é de se observar que o natimorto não adquire personalidade jurídica, visto que como o próprio nome diz, nasceu morto, não houve respiração, elemento essencial para a caracterização da personalidade jurídica.

Já a capacidade jurídica se subdivide em duas, a capacidade de fato e a capacidade de direito, esta é conhecida na legislação francesa como capacidade de gozo, é uma qualidade de todo e qualquer cidadão, visto que é um atributo inerente à condição humana. No entanto, nem todo cidadão possui capacidade para exercer por si só seus próprios direitos, no que cerne a prática de atos jurídicos, devido a diversos motivos como limitações orgânicas ou psicológicas, possuindo assim, a capacidade de fato.

Reunindo a capacidade de direito, a capacidade de agir por si só, resulta na capacidade civil plena.

A capacidade é exposta no artigo 1º do Código civil vigente que preleciona o seguinte: “Todo pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Enquanto que a personalidade, no artigo 2º do mesmo código: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

E de se notar que a capacidade de direito se confunde com a personalidade, visto que toda pessoa é capaz de direitos. É neste sentido o pensamento firmado de Gagliano e Pamplona Filho (2009):

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade”. E continua: “A capacidade de fato condiciona-se À capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a reciproca não é verdadeira. Pode se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si só. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Nota-se que o nascituro tem direito à representação em juízo que será exercido por sua mãe ou seu pai e ainda, por um curador especialmente designado para essa função, quando houver falta de poder familiar, o Ministério Público, de forma concorrente, poderá também representar o nascituro.

Para Siniscalchi (2005), personalidade e capacidade não significa a mesma coisa, a capacidade é uma extensão do exercício da personalidade. Logo, Nem todos, porém, possuem capacidade jurídica. Costuma-se distinguir em duas: capacidade de direito e capacidade de fato.

Dito isto, conclui-se que a capacidade e a personalidade são institutos diferentes, porem, correlatos, vez que a capacidade é o exercício do direito que detém a personalidade.

4.1 Direitos inerentes à personalidade

O Código Civil vigente dedicou um capítulo inteiro aos direitos da personalidade, no entanto, os artigos 11 a 21, que fazem parte do capítulo II (dos direitos da personalidade) do título I (das pessoas naturais), não devem ser

interpretados de forma exaustiva, vez que seria impossível enumerar todos os direitos inerentes à personalidade (REALE, 2004).

Como bem explica Miguel Reale (2004), o que é de fundamental importância é saber que cada direito da personalidade diz respeito a um valor imprescindível.

Ademais, a própria Carta Magna transcreve em vários textos tais direitos, os direitos da personalidade estão elencados, a título de exemplo, no artigo art. 5º caput e, V, X, XXVIII da Constituição Federal, o caput explana que aos olhos da lei, todos são iguais sem haver distinção de qualquer natureza, e que os estrangeiros residentes no país gozam das mesmas garantias que os brasileiros, quais seja, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Já o inciso X do mesmo artigo ora citado aduz o seguinte: “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”.

4.1.1 Direito à vida

Dentre os direitos da personalidade, o mais importante deles é a vida, pois é um fator determinante para que os demais direitos se concretizem. O direito à inviolabilidade da vida humana está elencado não somente na Constituição Federal e no Código Civil, como também no Código Penal brasileiro que dá a devida proteção nos artigos 21 a 27.

Siniscalchi (2005):

“hablar de un ‘derecho sobre la vida’ podría implicar la legitimidad del suicidio que denota un poder absoluto, como si la persona pudiera disponer sin límites sobre su vida. También se usó ‘derecho a la vida’, pero, como es innato, nos viene dado por el hecho del comienzo, no es apropiado dar a entender que se tiene un derecho a conseguir la vida. Ella se consigue u obtiene con automaticidad; es un acontecimiento natural. Hay otro aspecto. Se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacar; a la conservación de la vida y al goce de ella. El goce comporta, en el plano jurídico, la defensa”.

O Código Civil vigente garante em seu artigo 21 a vida privada da pessoa natural, devendo o juiz tomar as devidas providências a requerimento do interessado, em caso de atos contrários a esse preceito.

4.1.2 Proteção ao corpo

O direito de proteção do próprio corpo se dá momento da concepção estendendo-se até falecimento. O corpo é a manifestação crucial subjetiva inerente a todo ser humano, é através dele que se pode manifestar vontades e desejos. (BARBOSA, 2013).

E essa manifestação estende-se para depois da morte. O Código Penal tipifica o crime de ocultação, destruição e subtração de cadáver, com pena de reclusão de um a três anos e multa, e pune com detenção de um a três anos e multa que vilipendiar cadáver ou suas cinzas. Também protege o corpo enquanto há vida, quando trata dos crimes contra a vida.

Enquanto que Código Civil vigente institui que é proibido, salvo exigência médica, o ato de disposição do próprio corpo, se de tal ato importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Assim como institui que ninguém poderá ser submetido a intervenção cirúrgica ou tratamento médico se disso sobrevier risco de vida.

4.1.3 Direito ao nome civil

O artigo 16 do CC/2002 estatui “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

Insta observar que ainda que não haja a intenção difamatória, o nome da pessoa não pode ser utilizado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público. Assim como não se pode utilizar nome alheio em propaganda comercial, sem a devida autorização.

A utilização da imagem, transcritos, publicação, salvo se de interesse da justiça, poderão ser proibidas por requerimento da pessoa. Advindo indenização caso desrespeitada o mandamento normativo.

E por fim, vale lembrar que os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, conforme assevera a lei civil.

4.2 Direitos inerentes ao nascituro

Explanado alguns dos direitos referentes à personalidade do ser humano, faz-se necessário analisar os direitos que são concedidos ao nascituro. Apesar de que tais direitos supramencionados pertencer também ao nascituro, a observância acerca de direitos específicos assegurados ao nascituro é de extrema importância.

O direito à vida está garantido pela Constituição, quando esta garante a inviolabilidade da vida, os seguidores da teoria concepcionista sustentam suas ideias também no Código Penal brasileiro, ao definir o crime de aborto que está inserido no rol dos crimes contra a pessoa, considerando-se, assim, o feto como pessoa. O ECA também garante os direitos do nascituro desde a concepção.

É neste sentido o posicionamento da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil: “Toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

4.2.1 Direito à filiação

A teoria concepcionista predispõe que desde a concepção já possui o nascituro direito à filiação, para esta corrente, o que configura o laço de parentesco é a concepção e não o nascimento existe uma ligação não apenas biológica, mas também jurídico que não se desfaz com o tempo, qual seja o laço entre pai e filho.

O direito a filiação se se dá quando o pai corre risco de vida acometido por doença e também se aplica no caso da mãe correr risco de vida durante o parto. Este reconhecimento será feito através de duas formas, testamento ou escritura pública. Nota-se que um dos meios aceitáveis de provar a filiação é o exame de DNA, com material retirado da placenta, admitindo-se outros meios de provas desde que viáveis.

Por outro lado, insta observar que a CF, artigo 227 §6º não admite diferença entre os filhos biológicos e os adotados, preconiza que terão os mesmos direitos e qualificações em relação a filiação.

Por sua vez, o Código Civil (2002) traz em seu bojo o seguinte:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O reconhecimento da filiação é ato dotado de irrevogabilidade.

4.2.2 Direito à curatela

O artigo 1.779 do NCC preconiza que será nomeado curador ao nascituro, caso o pai venha a falecer, estando grávida a mãe e sem o poder familiar.

É neste sentido o entendimento de Venosa (2007): “Duas condições são necessárias para possibilitar a curatela do nascituro: falecimento do pai ou perda do poder familiar se estiver à mulher grávida e não se encontrar esta em condições de exercer o pátrio poder”.

Segundo Semião (2000):

Não tendo o nosso diploma civil declinado o nascituro como pessoa absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, chega-se à óbvia dedução de que a curatela a ele conferida não é no sentido de representação, mas, sim, de vigiar, de cuidar e de pôr a salvo suas expectativas de direito, para o caso de vir a nascer com vida, resguardando assim os interesses do ser humano por nascer, que, juridicamente, ainda não é pessoa, mas mera expectativa de pessoa. A defesa que porventura o curador tenha que fazer das expectativas de direito do nascituro será enquanto vigilante e protetor dessas expectativas, e não representando o nascituro. Destarte, cabe ao curador ou mesmo aos pais que geraram o nascituro praticar apenas atos provisórios em prol de uma pessoa prestes a constituir-se e que a lógica deduz como futuro sujeito de direitos, no sentido jurídico do termo.

O nascituro tem direito a uma pessoa que possa zelar pelos seus bens de forma judicial, alguns autores como Clóvis Beviláquia, afirma que o código comete um erro ao falar em curatela, vez que a personalidade civil não é considerada a partir da concepção. Ademais, se for o caso de filho que foram havidos por fora do matrimônio, o filho ficará com aquele que o reconheceu, e se ambos o reconheceram, o poder ficará com a mãe desde que dessa decisão não exista prejuízos.

4.2.3 Direito à doação

Doação é um contrato, que uma pessoa por liberalidade transfere a outrem, bem e vantagem de seu patrimônio. O artigo 542 CC/02 assegura que é legalmente aceita a doação feita ao nascituro e que será aceita pelo seu representante legal. A condição pra que a doação ao nascituro se satisfaça é que ele já tenha sido concebido, não se tratando assim, de uma prole eventual.

Não é necessário que haja a capacidade de fato para que a doação seja realizada, no entanto a doação só será concretizada se a criança nascer com vida, logo, antes de nascer, possui o nascituro apenas a característica de donatário, mas a doação só será concluída após o nascimento com vida, ainda que minutos após respirar venha a falecer.

É o que aduz Diniz (2012):

O nascituro poderá receber bens por doação ou por herança, mas o direito de propriedade somente incorporará em seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida, hipótese em que os bens, recebidos por liberalidade, transmitir-se-ão aos seus sucessores. Se nascer morto, caduca estará a doação ou a sucessão legítima ou, ainda, a testamentária. Enquanto estiver na vida intrauterina seus pais ou o curador ao ventre serão meros guardiães ou depositários desses bens doados ou herdados, bem como se seus frutos e produtos. Logo, não são usufrutuários; deverão guardá-los sem deles gozar.

Se por uma hipótese, o feto não venha a nascer com vida, a doação retornará para o patrimônio do doador, como se nunca houvesse o contrato.

4.2.4 Direito à sucessão

O CC/02 afirma que estão legitimadas a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas, como também aquelas que já foram concebidas no momento da abertura da sucessão.

O artigo 1799 CC/02 aduz que: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Concernente ao enunciado do artigo supracitado é a jurisprudência da 6ª Câmara de Direito Privado do TJ de São Paulo no recurso de apelação 18040820098260060:

Ementa
NASCITURO. SUCESSÃO LEGÍTIMA. NASCIMENTO COM VIDA.
SEGURO OBRIGATÓRIO.

1- A sentença determinou que os avós entreguem ao neto valor indenizatório que receberam de seguro (DPVAT) em razão da morte do filho deles, pai do neto.

2- A criança, na época do falecimento do pai, estava sendo gestada e, como nascituro nascido com vida, é sucessor do pai, excluindo os avós, ascendentes (CC, arts. 2º, 1.798 e 1.829).

3- Apelação não provida.

Nesta apelação, o Relator Alexandre Lazzarini, concedeu o direito à indenização do seguro DPVAT ao nascituro. Apelação julgada em 2012.

No que concerne ao direito de sucessão concedido ao nascituro, é entendimento pacífico tanto da doutrina quanto da jurisprudência a garantia desta capacidade passiva conferida àquele que está pra nascer.

O representante legal do nascituro, pode em nome deste apossar-se dos bens concedidos por herança tomando-lhe, os frutos com base nos artigos 1.784, 2.020 do CC/02 e nos artigos 877 e 878 do CPC.

O Código de Processo Civil explica em seu artigo 877, que para que sejam resguardados os direitos do ente já concebido, porém, não nascido, a mãe poderá requerer em juízo seu estado de gravidez, o juiz, por sua vez, ouvindo o órgão ministerial nomeará um médico para examiná-la. E pra isso, é preciso a certidão de óbito do sucessor instruindo ao requerimento. No entanto, não haverá necessidade do exame se os herdeiros aceitarem a declaração da requerente. E o legislador preconiza que em circunstância alguma a falta de exame irá prejudicar os direitos inerentes ao nascituro.

Depois de apresentado o laudo pericial com a confirmação da gravidez, o juiz por sentença declaratória, declarará a requerente investida na posse dos direitos concernentes ao nascituro.

O parágrafo único do artigo 878 declara “se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro”.

Lembrando-se que, a expressão, pátrio poder foi substituída por poder familiar.

4.2.5 Direito a alimento

A lei de alimentos gravídicos, Lei nº 11.804/2008, foi criada com o intuito de propiciar o nascimento saudável e com vida do nascituro, e tendo em vista que o filho é reponsabilidade não só à mãe, mas também do pai, é justo que este carregue também a responsabilidade de uma alimentação saudável à mãe para que

eventualmente, a criança tenha um nascimento com vida e também sadio, além do mais tem os gastos com medicamentos e o pré-natal seguro (BRASIL, 2008).

A Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008 que disciplina o direito a alimentos gravídicos estatui ainda o seguinte:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a 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 pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Se por ventura, houver a separação do casal, e a mãe renunciar ao direito de alimento, essa renúncia não pode alcançar o nascituro, que continuará com seus direitos salvaguardados, vez que se trata supostamente de filho, embora ainda não nascido. Pois, a prova da paternidade só virá com o teste de DNA, que não é condição exigível, porque além da demora poderá acometer a vida do nascituro.

Ademais, se a mãe cobrar alimento de forma ilícita, provando-se a má-fé, terá direito o prejudicado a requerer em juízo uma indenização.

O ECA preceitua que é dever do Estado a assistência ao pré-natal e perinatal, bem como o apoio ao alimento da gestante e do feto, desde que haja necessidade.

Se o ente nascer vivo, o alimento gravídico será transformado em pensão alimentícia.

A jurisprudência tem, concedido o direito a alimentos gravídicos à gestante.
Na íntegra:

TJ-RS - Agravo de Instrumento : AI 70046650941 RS
DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.

Processo: AI 70046650941 RS

Relator(a): Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves

Julgamento: 20/12/2011

Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível

Publicação: Diário da Justiça do dia 18/01/2012

Ementa

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.

1. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA.
2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia.
3. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, seja para majorar o encargo, seja para reduzi-lo,...

Zainaghi (2007) aduz que o direito a alimento concedido ao nascituro, possui algumas características e três dessas características são quase unanimidade entre os doutrinadores, são elas:

Direito pessoal e intransferível: esse direito é concedido somente às pessoas previstas na lei, visto que não se admite que qualquer pessoa requeira o direito de obter alimentos, por isso a explicação que se tem para a intransferibilidade deste direito *incontesti* e inquestionável;

Irrenunciabilidade: significa dizer que não se pode permitir que o alimentando renuncie a um direito que poderá ser necessário para a sua sobrevivência, essa irrenunciabilidade, explica Zainaghi, que não se estende somente ao nascituro mas também à esposa e companheira. O CC/2002 em seu artigo 1.707, explica que o credor pode não exercê-lo, no entanto, ele não pode nem ceder e nem renunciar tal direito;

Impossibilidade de restituição: em regra, os alimentos não podem restituídos, com exceção de manifesta má-fé, que ocorre quando a requerente não tem de fato o direito a receber alimentos;

Impenhorabilidade: ao caracterizar o alimento como impenhorável o legislador pretendeu salvaguardar o sustento do devedor e de seus familiares, este direito tem previsão no CPC, art. 649, II;

Imprescritibilidade: aquele que tem direito a alimento pode requerer a qualquer momento, vez a imprescritibilidade do alimento diz respeito à sua própria natureza, o alimento é direito essencial garantido na própria Cf/88 como direito fundamental.

4.2.6 Direito a dano moral

Direito a dano moral é considerado de cunho fundamental e está relacionado àqueles direitos não abrangidos pelo dano patrimonial, não há como estabelecer um

valor em pecúnia para tais direitos. O dano estético, social, é caracterizado como dano moral.

Não se deve esquecer que há dois caminhos a se seguir e o que vai ser determinante é a teoria adotada. Se se adotar a teoria natalista o nascituro não terá tal direito salvaguardado posto que não seja ainda dotado de personalidade, vez que ainda não nasceu. Já no caso da teoria condicional, haverá o direito ao dano moral, desde que haja o nascimento com vida.

Se por acaso, a teoria concepcionista fosse a instituída, e a condição do nascituro acatado como pessoa, teria ele direito ao dano moral. Carece explicitar que a indenização em questão traz intensa dor física, motivo este irrelevante para a caracterização do dano moral causado ao ente ainda não nascido.

Em recente decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 2013 no AgRg no AREsp 150297 DF 2012/0041902-2 que teve como Relator o Ministro Sidnei Beneti concedeu dano moral e também material ao nascituro que perdeu o pai, recebendo o quantum indenizatório a genitora do *conceptus*:

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). INDENIZAÇÃO JÁ CONCEDIDA À ESPOSA DA VÍTIMA.

1.- É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso concreto.

2.- Agravo Regimental improvido.

O prestígio de reconhecer o nascituro desde a concepção traz a lume a proteção deste desde a sua vida intrauterina para que não padeça de possíveis agressões físicas. No entanto, a reparação moral e material será eficazmente aplicada quando do nascimento com vida.

4.2.7 Direito à imagem

O direito à imagem é conferido não somente ao nascituro, mas a qualquer ser humano, no entanto, quando se trata de nascituro esse direito é analisado de forma diferente, porque como o nascituro é aquele que ainda não foi posto para fora do ventre materno, o que contará para tal aferição é a imagem do não nascido por meio do exame de ultrassonografia ou radiografia. Assim sendo, essas imagens não podem ser publicadas sem expressa autorização dos seus responsáveis.

Conforme Berti (2008, p.88):

Não é difícil, pois, imaginar e admitir o nascituro como titular do direito à imagem. Existindo a possibilidade de uma mulher grávida ter, como todo indivíduo, direito ao respeito à sua imagem, pode-se facilmente conceber a idéia de que seu direito à imagem estende-se ao do filho que ela traz no ventre, até mesmo se tratar de filho natimorto. Colocando em pauta, especificamente, o direito à imagem de um filho simplesmente concebido, é possível admitir que possa ter lugar, durante a vida pré-natal, um atentado ao seu direito de imagem, distinto ao direito à imagem de sua mãe. Fotos do embrião no ventre materno para campanhas contra o aborto, fotos revelando experimentos médico-científicos em andamento, ou já realizados com sucesso, são divulgadas, frequentemente, em revistas científicas, em congressos, nos vários meios de comunicação visual. É, portanto, absolutamente necessário o consentimento da mulher, na qualidade de representante, para a divulgação da imagem do filho que concebeu, o que evidencia e até fortalece a afirmação de ser o nascituro titular do direito à imagem.

4.3 Da responsabilidade civil por dano ao nascituro

Conforme os adeptos da teoria concepcionista, tem o nascituro direito à indenização por dano que outrem lhe cause. Como bem aponta Maria Helena Diniz, se a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção é porque na verdade, ele possui personalidade jurídica desde então.

Essa personalidade jurídica, no entanto, tal personalidade é somente formal, porque a personalidade material está submetida a uma condição a qual seja o nascimento com vida, vindo assim, a adquirir todos os direitos relativos ao patrimônio, e também os referentes à indenização por quaisquer dos danos por ele lidos, moral ou patrimonial.

Ocorre que, se o nascituro tem sua vida ceifada em decorrência de algum ato humano tal como imprudência ou negligência seja de médico ou não, a genitora tem o direito de requerer judicialmente a uma justa indenização e não apenas pela morte de seu filho, mas também pela sua integridade física. Um exemplo disso é quando

por imprudência no trânsito uma gestante sofre grave acidente perdendo seu filho ainda no útero, ou quando por imperícia um médico não faz o parto conforme deve ser e a criança nasce morta porque passou do tempo de nascer.

Diniz (2012) prescreve que tanto o nascituro quanto os embriões da fertilização in vitro teriam seus direitos protegidos, e enumera-os da seguinte forma:

a) manipulações genéticas que somente serão lícitas para corrigir alguma anomalia genética; b) experiências científicas que envolvam sexagem, retirada de órgãos, testes de cura, clonagem, eugenia, aproveitamento de células e tecidos; c) uso de espermatogone ou espermátide; d) reprogramação celular; e) congelamento dos embriões excedentes na RA, não implantados; f) comercialização de embriões excedentes para fins ilícitos; g) defeitos apresentados nos materiais fertilizantes doados, devido ao mau funcionamento dos aparelhos da clínica; h) distorção dos fins e erro médico nos exames de pré-natal; g) erro na técnica de utilização de tecido fetal; h) falhas em cirurgias intrauterinas; i) eritroblastose fetal; j) ausência de vacinação; k) transfusão de sangue contaminado no feto; l) transmissão de doenças infectocontagiosas; m) omissões em terapias gênicas; n) medicação inadequada ministrada à gestante; o) radiações; p) fumo; q) tóxicos consumidos pelos pais; r) alcoolismo; s) uso errôneo de hormônios; t) recusa da gestante de tomar medicamentos ou se submeter a tratamentos médicos para preservar a vida e saúde do nascituro; u) inocuidade de pílula anticoncepcional; v) problema ocorrido no parto por falha médica; x) uso de abortivos; z) ocorrência de acidentes.

Insta elucidar que tem o nascituro direito a indenização no caso de falecimento do pai.

É neste sentido o posicionamento da jurisprudência:

Processo: APL 1060856520058070001 DF 0106085-65.2005.807.0001

Relator(a): J.J. COSTA CARVALHO

Julgamento: 23/06/2010

Órgão Julgador: 2ª Turma Cível

Publicação: 12/07/2010, DJ-e Pág. 143

Ementa

CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DIREITO À REPARAÇÃO E À COMPENSAÇÃO. MORTE DE TERCEIRO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. VALOR. MINORAÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. ÔNUS SUCUMBENCIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. CONSIDERANDO O DANO MORAL COMO A LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE, DEVE-SE ADMITIR A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL EM RELAÇÃO AO NASCITURO, POIS, ALÉM DE SEUS DIREITOS ESTAREM RESGUARDADOS (ART. 2º, DO CC/2002), À LUZ DA TEORIA CONCEPCIONISTA, É O NASCITURO SUJEITO DE DIREITO. PRECEDENTES DO E. STJ.

2. SENDO DEVIDA PENSÃO POR DANOS MORAIS NO IMPORTE DE 2/3 (DOIS TERÇOS) SOBRE O VALOR DA REMUNERAÇÃO DA VÍTIMA, TENDO EM VISTA A PRESUNÇÃO DE QUE 1/3 (UM TERÇO) DIRIGE-SE AOS GASTOS PESSOAIS DO FALECIDO, DEVE-SE DEDUZIR A PARCELA JÁ PERCEBIDA PELA VIÚVA, PARA FINS DE SE OBTER O PERCENTUAL CABÍVEL À FILHA DA VÍTIMA.

Trata-se, pois, de uma forma de consolar a criança que irá nascer pelo fato de não vir a conhecer o pai, ainda que o nascituro não possa entender o que se passa, leva-se em conta que no futuro a criança vai sentir a falta da presença do seu genitor.

4.4 Legitimidade passiva do nascituro

Conforme já foi citado, o nascituro tem legitimidade jurídica no polo ativo do litígio. Isto posto verifica-se a legitimidade passiva do nascituro, a priori deduz-se que será impossível o nascituro configurar no polo passivo nisto que a gravidez leva no máximo nove meses.

No entanto o assunto não pode ser desconsiderado, vez que há a possibilidade de ajuizamento de uma investigação de paternidade em face do suposto pai que vem a falecer deixando a esposa grávida.

Conforme já decidiu o Tribunal do Rio Grande do sul, a ausência do responsável legal do nascituro implica em nulidade do processo.

Na integra:

Parecer n. 70004618401.

Ação de devolução de quantia paga intentada por espólio. Sentença de improcedência, na origem. Existência de nascituro, à época do óbito, e de herdeiro incapaz, quando da tramitação da demanda. Ausência de intervenção do Ministério Público. *Custus legis*. Nulidade configurada exegese dos arts. 82 e 246 CPC.

Declararam a nulidade do processo, a contar da audiência instrutória, inclusive, tendo o apelo por prejudicado. Unanime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em declarar a nulidade do processo, a contar da audiência instrutória, inclusive, tendo o apelo por prejudicado.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Des. Nereu José Giacomolli (presidente e revisor) e Ana Beatriz Iser.

Porto Alegre, 5 de março de 2004.

Dr. Cláudia Maria Hardt, Relatora.

Neste caso, o nascituro encontrar-se no polo passivo da questão, com a finalidade de salvaguardar o seu direito. E será representado por sua mãe ou, caso esta seja interdita, por seu curador legalmente constituído.

4.5 Dos direitos do nascituro contrapostos ao enunciado do artigo 2º CC

Diante do incessante debate acerca do nascituro, insta aclarar que o CC, art.2º na sua primeira parte adota a teoria natalista quando diz que a personalidade civil do homem só começa a partir do nascimento com vida. Entretanto, a parte segunda do mesmo artigo prescreve que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. O artigo supramencionado traz uma contradição nele próprio e em relação a vários direitos que são garantidos ao nascituro em outras leis, como por exemplo, o CP o CPC e o próprio Eca que estatui sobre os direitos da criança e do adolescente.

A Carta Magna estabelece no título de direitos e garantias fundamentais que será inviolável o direito à vida. No entanto, a Constituição não indicou o tempo exato em que se começa essa garantia.

O crime de aborto é posto no rol dos crimes dolosos contra vida. Mas, no entanto, o CP diz ser impune o aborto provocado quando for resultante de estupro ou quando não houver outro meio de salvar a vida da mãe. Criando-se assim, um profundo debate doutrinário acerca da preservação da vida. Nota-se que o CP, contrariamente ao artigo 2º do Código Civil, adotou a teoria concepcionista, vez que põe a prática do aborto na sua parte especial na lista dos crimes dolosos contra a vida.

A defesa do aborto ganhou um grande aliado recentemente, é o conhecido “barco do aborto”, trata-se de uma embarcação *Womenonwaves* (mulheres sobre as ondas) onde, valendo-se das normas internacionais sobre as leis em alto-mar, segue a países onde o aborto é ilegal e pratica a técnica em mulheres que para isso lhe os procurarem (ZAINAGHI, 2007, pag. 11).

O barco é de bandeira holandesa e pertence a uma ONG que o loca, oferecendo uma alternativa segura legal, onde possui uma clínica dentro do próprio barco.

No Brasil vigora como regra geral a proibição do aborto, porém, o próprio diploma legal abre duas exceções, são elas, a saber, quando houver risco de vida para a mãe e no caso de gravidez advinda de estupro.

Alguns autores como Costa (2006) acredita que o artigo 128, II do CP fere o artigo 5º da Constituição vigente (direitos e garantias fundamentais). O artigo 128 diz o seguinte: ‘não se pune o aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de

estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal'. Todavia, entende-se que essa inconstitucionalidade é aplicada em face do princípio razoabilidade, consequência da legalidade e da finalidade.

A análise da inconstitucionalidade por ferir o direito à vida deve ser averiguada antes o ensinamento de Bobbio, que leciona que os direitos, mesmo aqueles mais essenciais, devem ser medidos num contexto social e temporal, de maneira que no futuro tais conceitos devem ser relativizados mediante as circunstâncias que se está apresentando (ZAINAGHI, 2007, p 112).

Além das duas hipóteses previstas no CP, a jurisprudência concedeu autorização para aborto do feto anencefálico, concedido pelo Ministro Marco Aurélio por meio de uma ADPC.

Na integra:

Decisão

PROCESSO - SANEAMENTO - AUDIÊNCIA PÚBLICA.1. Em substituição ao Colegiado, porque véspera das férias coletivas de julho de 2004, sem possibilidade de submissão do pleito de liminar ao Plenário, prolatei a seguinte decisão (folha 158 a 164): ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882 /99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882 /99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade...

Nota-se que a principal discussão acerca desse tema se funda no fato de que o legislador garante proteção total a criança e ao adolescente, conforme aduz o Eca em seus arts. 5º e 7º, se a lei abre uma terceira exceção para abortos legalmente permitidos.

Lembrando-se que a regra é a não concessão do aborto em casos como esse acima mencionado.

A liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio teve efeito vinculante que não ultrapassou a 112 dias, porque foi revogada já que não existiria fundamento para liminar, em face da ausência do caráter de urgência. O fato é que a decisão, apesar de curta teve um precedente importante, servindo de base para o futuro.

Outro ponto divergente com o CC é o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em treze de julho de 1990, ele veio a corroborar com os pensamentos sociais que foram introduzidos pelo legislador constituinte, que inseriu na CF atual um capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente ao idoso. (CRISTINA ZAINAGHI 2007, P 81).

O estatuto preceitua criança toda pessoa menor de doze anos incompletos, adota-se, assim, a teoria concepcionista. Ademais, a própria Constituição vigente não faz distinção entre o nascido e o não nascido, pois considera criança qualquer ser humano.

O ECA reafirma em seu artigo 7º, os direitos garantidos pela CF, de forma a assegurar à criança e ao adolescente o direito à proteção, à vida, à saúde por meio de políticas públicas que é fator determinante para que se tenha um desenvolvimento sadio e harmonioso, com condições digna para a vida. Assim como é garantido o pré e perinatal, para que a criança possa nascer com segurança.

4.5.1 Cautelar da posse em nome do nascituro

Algumas medidas que são atribuídas ao nascituro já foram mencionadas no decorrer do trabalho, no entanto, faz-se mister expor algumas questões concernentes à ação cautelar mais conhecida como *da posse em nome do nascituro*, esta medida é admitida como uma medida de urgência com previsão no CPC nos seus artigos 877 e 878 o primeiro aduz que “a mulher que, para garantia do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvindo o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação”.

O requerimento de que trata este artigo deverá ser encaminhado junto à certidão de óbito do falecido, este ultimo serve como meio de prova documental, sendo, portanto, desnecessária se os herdeiros do falecido aceitarem a reclamação da requerente. O parágrafo terceiro assevera que a falta de exame em nenhum caso prejudicará o direito do nascituro.

Por sua vez, o artigo 878 assegura que “apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz por sentença declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro”. Contudo, nota-se que se a mãe por algum motivo não puder realizar o papel do pátrio poder, será nomeado pelo juiz da causa curador ao nascituro.

O objetivo desta medida é salvaguardar os direitos inerentes ao nascituro que passará para a posse daquele que detém o poder familiar ou no caso da falta deste por um curador. Mas, alguns doutrinadores como Theodor Júnior (2000), considera a medida como um mero negócio jurídico, visto que versa questões da jurisdição voluntaria e não há a presença do *periculum in mora*, que é um dos pressupostos do processo cautelar (ZAINAGHI, 2007, P 74).

O fato é que mesmo que não haja o caráter contencioso nessa ação, existe sim o caráter emergencial, com o fito de proteger os bens patrimoniais do *conceptus*.

Em relação à natureza jurídica da cautelar, autores como Humberto Theodor Júnior (2000) entendem que se trata de natureza jurídica declaratória.

Por sua vez, Miranda (2009) entende que é mandamental isso porque a causa de pedir implica na prevenção, ou seja, a necessidade de acautelar os bens, cuja realização se efetivará com o nascimento.

O legislador não previu a possibilidade de outro familiar além da mãe, possuir o poder familiar, no entanto, é possível que o detentor do poder familiar seja um avô, tio, irmão, terceiro legitimado e até o pai quando se estiver requerendo direito referente a legado. Por expressa previsão do ECA, art. 21, poderá o MP representar o *conceptus*.

Em relação à legitimidade passiva, é também conferida aos herdeiros do falecido, posto que sejam concorrentes na herança assim como o nascituro.

Sem dúvida foi essa contrariedade do legislador do Código Civil e do Código de Processo Civil, que se deu início à celeuma que passou a verificar (CRISTINA, 2007, P.76).

O legislador confere personalidade ao nascido, no entanto, ele salvaguarda os direitos do nascituro que de uma maneira que lhe concede legitimidade para, cautelarmente, resguardar a posse dos bens de seu pai, que foi a óbito antes do seu nascimento (SINISCALCHI, 2005)

Indubitavelmente, essa posição faz com que se conclua que se dê interpretação diversa à capacidade *ad causam*, ou capacidade para ser parte. Já

que era assecuratória da mesma a existência de personalidade, todavia o legislador, mesmo não a concedendo ao nascituro, lhe garante o direito e a representação para assegurar seus direitos sucessórios (ZAINAGHI, 2007, p 76).

No calor desta incessante contradição tramita no Congresso Nacional desde 2007, o Projeto de Lei nº 478/2007 que trata sobre o Estatuto do Nascituro e da outras providências. Esse Projeto vem sendo criticado com frequência, sob o fundamento de ser considerado contrário à Constituição Federal vigente. Contudo, observa-se que a polemica questão do nascituro ainda é motivo de muitos debates (BRASIL, 2007).

Ademais, nota-se que o CC, art. 2º demonstra um retrocesso, pois o Brasil se incorporou ao Pacto de San José da Costa Rica que considera o nascituro desde a concepção (SINISCALCHI, 2005).

O inciso I, do artigo 4º da Convenção explana que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Ademais, a CF no seu artigo 5º garante aos tratados internacionais sobre direitos humanos força normativa de emendas constitucionais, ou seja, os tratados dos quais o Brasil faça parte serão dotados de constitucionalidade desde que obedecida a votação no Congresso Nacional (MATOS, 2013).

5 CONCLUSÃO

Após as pesquisas desenvolvidas no decorrer do trabalho, nota-se que, na atualidade há uma forte tendência a aceitar a teoria concepcionista, pois conforme a legislação é notável a disposição da jurisprudência em aceitar que o ser em concepção já tem personalidade.

Vários estudiosos já vêm aceitando essa posição, e em especial no direito nacional, há projetos que, como foi mostrado no decorrer do trabalho, visam modificar de forma expressa o CC vigente e adotar a teoria concepcionista.

No ordenamento jurídico brasileiro é certo que, ao nascituro é assegurado vários direitos, como posse de bem, alimentos e outros. Os direitos referentes à própria essência da personalidade também são estendidos ao nascituro. Ademais, se o nascituro é possuidor de personalidade, deve se concluir que a teoria concepcionista é a que mais se adequa, demonstrando assim, uma tendência no direito brasileiro.

O Código Civil em seu artigo 2º revela um retrocesso visto que, anteriormente em decorrência da incorporação ao ordenamento pátrio do Pacto de San José, era adotada a corrente concepcionista.

No que diz respeito à capacidade, conclui-se que ela se dá de três formas, a capacidade para ser parte que é ligada à personalidade que se estende a todas as pessoas inclusive ao nascituro; capacidade para está em juízo, que é requisito para exigir direitos em juízo, portanto o nascituro não a possui, mas seus direitos serão cobrados por meio daquele que possui o poder familiar e na falta deste por curador especial e por fim a capacidade postulatória que é própria do advogado.

A legitimidade do nascituro já era defendida desde 1880 pela legislação portuguesa, esses direitos são inalienável, intransferível e irrenunciável.

Dessa forma, consta-se que mesmo não tendo o nascituro a capacidade de fato porque ainda não prover o exercício do seu direito, é o nascituro portador de direitos se destacando de forma especial e essencial o direito à vida que é base de tudo.

O legislador brasileiro, precisa, de forma mais abrangente, evoluir nos conceitos acerca da condição do nascituro e outros temas similares, tais como a fertilização in vitro, para que se ponha acompanhar com normas jurídicas os importantes avanços da medicina e da genética.

Enquanto que temas como o caso da fertilização fora do útero materno deve ser tratado de forma diferenciada do nascituro, por isso precisa de normas jurídicas para a sua cobertura.

Há de fato, a necessidade de ir mais além, pois, o estudo acerca do nascituro não se esgota, falta a implementação de estudos jurídicos mais aprofundados, considerando-se assim a personalidade jurídica desde a concepção, pois só assim, a contradição do artigo 2º do Código Civil restaria eliminada.

O nascituro, no ordenamento jurídico brasileiro é detentor de vários direitos, direitos esses, que estão expostos no ECA, na Constituição, no Código Penal, no Código de Processo Civil e no próprio Código Civil, no entanto não é considerado ainda, como pessoa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.160.
- BARBOSA, Heloísa Helena. **Proteção jurídica do embrião humano**. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acesso em 20 de out. 2013.
- BRASIL, **Projeto de Lei Nº 478/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proporbsicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **LEI Nº 11.804 DE 05 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/lei/11804.htm>. Acesso em 19 de maio 2013.
- CASTELLO, Rodrigo. **Conceito de vida**. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rodrigocastello/2012/01/10/conceito-de-vida/>>. Acesso em 27 out 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª Edição. Saraiva, 2012.
- FALCÃO, Rafael de Lucena. A personalidade jurídica do nascituro. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-personalidade-juridica-donascituro,40202.html>>. Acesso em 01 ago 2013.
- GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MATOS, Martinho Ciríaco de. **Teorias do nascituro**. Salvador/Bahia. Saraiva, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo XII. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2009
- PEREIRA, Andressa Hiraoka. O direito fundamental do nascituro em receber alimentos à luz da Lei nº 11.804/08. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3266, 10 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21972>>. Acesso em: 22 nov. 2013.
- REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 20 de out. 2013.
- SINISCALCHI, Carolina. O nascituro no ordenamento jurídico pátrio. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651>. Acesso em 04 de ago 2013.

THEODOR JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Volume III. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2000

TJ-DF - **Apelação Cível**: APL 1060856520058070001 DF 0106085-65.2005.807.0001: Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14734376/apelacao-ci-vel-apl-1060856520058070001-df-0106085-6520058070001>>. Acesso em 20 out 2013.

TJ-RS, **Agravo de Instrumento**. 2012. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22198056/agravo-agravo-de-instrumento-2012-de-instrumento-ai-70050554369-rs-tjrs>. Acesso em nov 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**, v.1. São Paulo: Atlas S.A.-2007.

ZAINAGHI, Maria Cristina. **Os meios de Defesa dos Direitos do Nascituro**. EditoraLTr, São Paulo. 2007.