

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DANIELE RODRIGUES DE MOURA PALHA

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E AS TEORIAS QUE
RESGUARDAM A VIDA DO NASCITURO**

Taubaté – SP
2020

DANIELE RODRIGUES DE MOURA PALHA

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E AS TEORIAS QUE
RESGUARDAM A VIDA DO NASCITURO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado para
obtenção do Título de Bacharel em Direito pelo
Curso Direito do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Civil
Orientador: Prof. Antônio Gilberto de Moura

**Taubaté – SP
2020**

Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi
Grupo Especial de Tratamento da Informação – GETI
Universidade de Taubaté

P161i Palha, Daniele Rodrigues de Moura
O início da personalidade civil e as teorias que resguardam a vida do nascituro / Daniele Rodrigues de Moura Palha. -- 2020.
52 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2020.

Orientação: Prof. Me. Antônio Gilberto de Moura, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Nascituros (Direito). 2. Direitos civis. 3. Personalidade jurídica. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347(81)

DANIELE RODRIGUES DE MOURA PALHA

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E AS TEORIAS QUE RESGUARDAM A
VIDA DO NASCITURO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado para
obtenção do Título de Bacharel em Direito pelo
Curso Direito do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Civil
Orientador: Prof. Antônio Gilberto de Moura

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____ Universidade de Taubaté

Assinatura

Prof. _____ Universidade de Taubaté

Assinatura

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por minha vida e minha saúde que me possibilitaram mesmo que diante de tantas incertezas e em meio a uma pandemia chegar até aqui. Aos meus pais pelo exemplo de vida, por todo incentivo aos estudos e por todas as suas orações. Aos meus amigos que participaram dessa jornada e contribuíram com seus conhecimentos em especial para Ariane e Amanda que sempre me estenderam as mãos nos momentos em que mais precisei.

Agradeço de forma especial meu marido Robinson Palha e minha filha Maitê Palha, por todo carinho recebido ao longo da realização desse sonho.

Finalmente agradeço ao meu orientador pelas valiosas contribuições durante todo o processo.

“O mais importante da vida não é a situação em que estamos, mas a direção para a qual nos movemos.”

Oliver Wendell Holme

RESUMO

O ser humano concebido que ainda se encontra no ventre materno é identificado no ordenamento jurídico como nascituro. No entanto, ainda que identificado, a própria jurisprudência brasileira entra em contradição a respeito da sua personalidade jurídica. O presente artigo tem como objetivo de estudo a compreensão do início da personalidade jurídica do nascituro, bem como a análise das teorias que existem em relação à sua personalidade jurídica e as problemáticas contidas nas jurisprudências usadas para embasá-las. Em síntese, as três teorias, a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicionada divergem na interpretação do artigo 2º do Código Civil de 2002. No entanto, este estudo demonstra que atualmente, através da análise do Recurso Especial nº 1.415.727 - SC e da PL nº 4150/2019 as perspectivas em relação a personalidade jurídica do nascituro foram colocadas a prova a fim de resolver as possíveis divergências nas interpretações distintas nos tribunais brasileiros. Esse tema é de suma importância para a sociedade e para o Direito brasileiro, visto que assuntos relevantes como, o aborto natural ou decorrente de acidentes, os casos de eutanásia, o direito à alimentação, entre outros, envolve a aplicação personalidade jurídica do nascituro para o julgamento da causa.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade Jurídica. Direitos civis do nascituro. Teorias da Personalidade jurídica.

ABSTRACT

The conceived human being who is still in the mother's womb is identified in the legal system as unborn. However, even though identified, Brazilian jurisprudence itself contradicts its legal personality. This article aims to study the understanding of the beginning of the legal personality of the unborn child, as well as the analysis of the theories that exist in relation to his legal personality and the problems contained in the jurisprudence used to support them. In summary, the three theories, the natalist theory, the conceptionist theory and the conditioned personality theory differ in the interpretation of article 2 of the Civil Code of 2002. However, this study demonstrates that currently, through the analysis of Special Appeal No. 1415. 727 - SC and PL nº 4150/2019 the perspectives regarding the legal personality of the unborn child were put to the test in order to resolve the possible divergences in the different interpretations in the Brazilian courts. This topic is of paramount importance to society and to Brazilian law, since relevant issues such as natural abortion or resulting from accidents, cases of euthanasia, the right to food, among others, involve the application of the legal personality of the unborn child for the judgment of the cause.

Keywords: Unborn child. Legal Personality. Civil rights of the unborn child. Theories of legal personality.

Sumário

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA | 13 |
| 3 | DIREITOS DA PERSONALIDADE | 15 |
| 3.1 | Proteção dos direitos da personalidade | 18 |
| 3.2 | Principais Direitos da Personalidade | 18 |
| 4 | TEORIAS A RESPEITO DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 23 |
| 4.1 | Teoria Natalista | 24 |
| 4.2 | Teoria Concepcionista | 26 |
| 4.3 | Teoria da Personalidade Condicional | 27 |
| 4.4 | Outras Correntes | 29 |
| 5 | A PROTEÇÃO LEGAL DO NASCITURO | 31 |
| 5.1 | Direito a Vida | 32 |
| 5.2 | Direito a Alimentos | 33 |
| 5.3 | Direito de Curatela | 34 |
| 5.4 | Direito de receber doação | 35 |
| 5.5 | Direito de sucessão | 35 |
| 6 | PROJETO DE ESTATUTO DO NASCITURO | 38 |
| 7 | ANÁLISE DA TEORIA CONCEPCIONISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ | 41 |
| 7.1 | Recurso especial nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3) | 41 |
| 7.2 | Outros Julgados do STJ a Respeito do Nascituro | 44 |
| 8 | PL Nº 4150/2019 | 47 |
| 9 | CONCLUSÃO | 49 |
| | REFERÊNCIAS | 50 |

1 INTRODUÇÃO

As regras de convivência são tão antigas quanto a sociedade e tais regras moldaram a formação dos Direitos através das leis que foram criadas para traçar parâmetros mínimos de convivência social, sendo a primeiras leis escritas muito antigas.

Obviamente a sociedade passou por diversas transformações ao longo tempo e as normas jurídicas acompanham tais transformações e necessidades de cada época. Em sua grande maioria, estas mudanças são decorrentes de situações novas adversas que a sociedade enfrenta, nas quais ainda não existe nenhuma legislação ou jurisprudência específica que cuide da demanda para que possa ser resolvida de forma legal.

Isso se deve ao fato de o Direito ser mutável, ou seja, ele se modifica de acordo com as necessidades da sociedade da época. No Brasil, a Carta Magna de 1988 é o grande marco da mudança fundamental de Direitos e representa a maior proteção aos cidadãos.

Entre esses direitos se enquadram os Direitos da Personalidade, essenciais a proteção integral do cidadão. Dentro dessa perspectiva novas discussões sempre surgem ao longo do tempo e umas das mais polêmicas da atualidade sem dúvidas se refere ao reconhecimento ou não desses Direitos da Personalidade ao nascituro.

O nascituro é o feto em gestação, é um ser com características genéticas próprias e únicas (PICCININI; CHEMIN, 2014, p.103). O reconhecimento desses direitos civis do nascituro, é, portanto, um exemplo de situação de discussão de mudança de paradigmas sociais impostos ao Direito, que envolvem diversas outras discussões atreladas.

Considerando o fato delicado do início da vida humana, considera-se o reconhecimento dos direitos do nascituro, tais como os direitos de personalidade, um passo sociojurídico de extrema relevância, visto que vez que a garantia desses direitos leva a melhores desfechos jurídicos para o feto e para a família que por algum motivo necessita da legalidade desses direitos.

Essa polêmica formada acerca do marco inicial da vida é trabalhada por três correntes doutrinárias: a corrente da teoria natalista, da personalidade condicional e a concepcionista (PICCININI; CHEMIN, 2014, p.103). A teoria natalista com o

nascimento para garantia dos direitos, a teoria condicional depende do nascimento com vida, e a concepcionista que considera os direitos a começar da concepção.

São inúmeras as discussões jurídicas e sociais sobre este tema. Discussões essas que levaram à formulação do Estatuto do Nascituro que tramita no Congresso Nacional desde 2007, além disso, o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, defende os direitos do nascituro desde a concepção. Nesse sentido, infere-se que este assunto é muito pertinente para a sociedade brasileira, uma vez alteram o futuro de toda a família envolvida.

Portanto, o trabalho aqui exposto busca discutir os direitos do nascituro, mais especificamente, o tema do presente trabalho é o início da personalidade civil e as teorias que resguardam a vida do nascituro. Esse tema está inserido no âmbito do Direito Civil e se pretende analisar a existência dos direitos da personalidade para os nascituros.

Assim, o objetivo desta pesquisa é fazer uma revisão da literatura através da análise do Código Civil, Constituição Federal, Código de Processo Civil e demais legislações, além de artigos e demais obras da doutrina brasileira, a respeito do início da personalidade civil do nascituro, bem como investigar as teorias que resguardam a vida do nascituro a fim de enfatizar a importância deste direito para a sociedade, diante das incertezas e discussões geradas a respeito do momento em que se inicia a vida humana e as garantias dos direitos inerentes a ela, ou seja, ao nascituro.

Para tanto, o próximo capítulo do texto faz uma breve explanação sobre personalidade jurídica e capacidade jurídica, distinguindo-as e dispondo os principais textos legais acerca do tema, além de conceituar as mesmas.

O capítulo seguinte trata sobre os Direitos da personalidade como um todo, apresentando um contexto histórico sobre esses direitos e sua importância para os cidadãos. Além disso, se apresenta a legislação que trata sobre a matéria.

O quarto capítulo é destinado a abordar as teorias a respeito dos direitos da personalidade do nascituro, apresentando as três principais teorias sobre a matéria no país, corroboradas na doutrina com os principais autores que as defendem, comprando-o com o que dispõe a legislação, além de dispor sobre algumas correntes alternativas a respeito do início da vida.

O quinto capítulo traz os direitos já assegurados ao nascituro, mesmo antes do seu nascimento, apresentando a legislação pertinente a cada um desses direitos e a

posição da doutrina acerca do assunto. A seção seguinte apresenta o projeto do Estatuto do Nascituro em tramitação, apresentando principais pontos do mesmo.

O sétimo capítulo do texto é destinado a apresentar algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, visando demonstrar o entendimento do tribunal nas questões relativas ao nascituro.

Já o oitavo capítulo do texto apresenta o Projeto de Lei que visa modificar o artigo 2º do Código Civil e teria influência direta no entendimento dos direitos do nascituro. Por fim, é apresentada a conclusão do trabalho, trazendo reflexões jurídicas importantes sobre o assunto.

2 PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA

Segundo a doutrina tradicional pessoa é o ente físico provido de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Nesse passo, é possível definir que sujeito de direito é quem se pode imputar direitos e obrigações através da lei sejam elas físicas ou jurídicas,

Já a Personalidade Jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, toda pessoa é dotada dessa personalidade, é conceito básico da ordem jurídica que a estende a todos os homens indistintamente, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. Ela é a aptidão jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Para Caio Mário da Silva Pereira, liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. O mesmo Pereira (2004, p. 216) diz que:

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolavelmente ligada. Sua duração é a vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só resposta ambas as perguntas.

Assim, a ideia de personalidade jurídica está totalmente relacionado a conceituação de pessoa, pois àquele que nasce com vida, torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Nesse sentido, o Código Civil determina em seu artigo 1º que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, reconhecendo a personalidade em sentido de universalidade, não fazendo distinções, nem mesmo entre a natural e a jurídica.

O mesmo artigo supracitado dá o embasamento legal da capacidade jurídica.

Portanto, o conceito de capacidade se liga ao de personalidade, assim pode-se exprimir que a capacidade é a medida da personalidade, ou seja, para alguns a capacidade é plena e para outros é limitada.

Nesse sentido, Chaves (1982, p. 2) diz:

Para ser pessoa basta que o homem exista, e, para ser capaz, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica. Eis porque os autores distinguem entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de exercício ou de fato.

Portanto, podemos entender que para se adquirir personalidade, basta o nascimento com vida ao ser humano. Todavia, para ser capaz há necessidade de preenchimento de requisitos.

A capacidade está dividida em duas, sendo elas, a de direito e a de fato. A capacidade de direito é a que todos têm e adquirem ao nascimento com vida, não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa. Já a capacidade de fato é a aptidão para exercer por si só, os atos da vida civil.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito Civil tem como base as civilizações antigas, mais concretamente na Civilização Romana, a qual deu origem a uma das primeiras denominações deste ramo do direito, sendo assim é do Direito Romano de onde a fonte principal desse Direito Civil.

Esse ramo do Direito engloba o conjunto de normas jurídicas responsáveis por regular os direitos e obrigações de ordem privada em relação as pessoas, seus bens e suas relações. Ou seja, ele é o responsável por regular as relações entre as pessoas, determinando direitos básicos.

Entre esses Direitos básicos estão os Direitos da Personalidade, que já eram vislumbrados desde a Roma Antiga, com aspectos fundamentais como a *actio iniuriarum*, que era dada à vítima de delitos de *iniuria*, que poderia ser qualquer agressão física como também, a difamação, a injúria e a violação de domicílio (DIGESTO apud AMARAL, 2002). No século XIX, a partir das ideias de Otto Von Gierke tais direitos passaram a vislumbrar a construção e denominação jurídica que se tem hoje.

Nas palavras de Carvalho Fernandes (2001, p. 199):

A categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto a questões mais singelas como sua própria designação. Vários autores têm proposto outras designações, como direitos à personalidade, direitos essenciais ou direitos fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos personalíssimos; contudo, a designação que se mostra com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade.

Entretanto, esses Direitos são ainda mais antigos, vislumbrando-se desde o famoso Código de Hamurabi, que é o mais antigo conjunto de leis escritas que se conhece, sendo datado de aproximadamente século 18 a.C. Esse Código discorria a respeito de penalidade por atos que atentassem física ou moralmente às pessoas em alguns de seus artigos, como:

Art. 1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto.

Art. 3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda devida, ele deverá ser morto.

Outras penalidades transcritas nesse documento que faziam alusão a tais direitos podem ser vistos também, como a proteção à honra, descrita nos dois artigos a seguir:

Art. 127 - Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiá-lo a frente.

Art. 132 - Se contra a mulher de um homem livre é proferida difamação por causa de um outro homem, mas não é ela encontrada em contato com outro, ela deverá saltar no rio por seu marido.

Deste modo percebe-se que não havia qualquer desenvolvimento teórico a respeito do que seriam os direitos da personalidade, existia uma proteção aos direitos relativos ao homem, mas não uma discussão a respeito do que seriam tais direitos.

Assim, entende-se por personalidade jurídica a capacidade de contrair direitos e obrigações, podendo exercê-los na prática de maneira efetivamente social. Mesmo antes do nascimento, o feto ou nascituro possui direitos garantidos, porém, não possui personalidade jurídica, pois a personalidade está atrelada a pessoa natural ou humana, constituída desde o momento do seu nascimento, podendo praticar relações sociais e atos jurídicos perante a sociedade.

Consideram-se como direitos da personalidade os direitos inerentes a pessoa humana, de garantias individuais, do indivíduo para consigo e dele perante relação intrínseca com a sociedade, sem distinção de gênero. Estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, para assegurar a garantia dos valores inatos ao homem, como a vida, a honra, a intimidade, a higidez física, dentre outros.

Esses direitos da personalidade se pautam em uma legislação mais antiga, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 12 declara: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (UNESCO, 1948).

No Brasil tais direitos são materializados pela própria Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso X, coloca como cláusulas pétreas da legislação brasileira, não sendo passíveis de ab-rogação ou revogação, disciplinando:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”.

Se tratam de direitos especiais que tem por finalidade a proteção a pessoa humana, em função de possuir o direito a inviolabilidade de critérios intrínsecos a preservação da figura humana, tornando-se direitos absolutos.

Assim, esses direitos da personalidade são todos os direitos necessários para realização da personalidade e para sua inserção nas relações jurídicas, essenciais a todas as pessoas, sendo eles subjetivos, ou seja, com efeito *erga omnes*, o que quer dizer que se aplicam a todos os homens.

A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Na teoria contratualista de John Locke, o homem possuía direitos inatos a sua existência, o que se assemelha a tutela dos direitos da personalidade, estes são inatos ao homem, ou seja, nascem junto com toda pessoa humana, além de serem absolutos e generalistas, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, e necessários. Assim como os direitos da personalidade coexistem a partir do nascimento, estes encerram-se com a morte de seu tutor, sendo vitalícios, o que descarta a possibilidade de serem retirados ou negados a qualquer pessoa humana.

O código Civil Brasileiro de 2002 também defende tais direitos, dedicando um capítulo de seu texto exclusivamente para tratar dos mesmos, entre os artigos 11 e 12, determinando logo no artigo 11 que são esses direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, além disso a legislação apresenta como outra característica essencial a esses direitos sua indisponibilidade, materializado pelo artigo 13.

Além de tais características fundamentais materializadas pela legislação, a doutrina propõe outras importantes, sendo elas, segundo Venosa (2005) e Gonçalves (2012), originalidade, extrapatrimonialidade, vitalício, oponibilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, absolutismo, não limitação e não sujeição a desapropriação.

Quanto a sua natureza, os direitos da personalidade podem ser considerados como os direitos que o homem possui sobre a sua própria vida, ou a capacidade de fato, o poder de exercer sobre a sua vida os exercícios desses direitos, em prol da garantia de uma subsistência social harmoniosa e equilibrada consigo mesmo, tendo caráter igualitário, pois abrange a toda raça humana.

Os direitos da personalidade asseguram a pessoa humana caracteres e atributos, que se referem ao seu desenvolvimento físico, moral, espiritual e intelectual, estão diretamente atrelados ao conceito de direitos existenciais (extrapatrimoniais), apesar de que, o Código Civil em seu artigo 52, cita que alguns direitos da personalidade podem ser aplicados diretamente as pessoas jurídicas, no que couberem, para preservação e proteção do patrimônio jurídico.

3.1 Proteção dos direitos da personalidade

Nosso ordenamento jurídico tem como base a Constituição Federal de 1988, que é a legislação maior do país, pautada na proteção aos direitos sociais e individuais, na liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e na justiça pluralista e sem preconceitos. Tal legislação disciplina, ainda, em seu artigo 1º como fundamentos básicos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Para Gonçalves (2007), o respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o Ordenamento Jurídico Brasileiro na defesa dos direitos da personalidade na Constituição em seu artigo 1º, inciso III.

A proteção dos direitos da personalidade pode ser feita em várias áreas do ordenamento jurídico. Assim, há vários estatutos disciplinadores que dão enfoque a esse assunto. A proteção dos direitos da personalidade é, basicamente, o dever de reparar o dano moral causado ou a ofensa ao direito da personalidade.

3.2 Principais Direitos da Personalidade

A primeira disposição relativa à materialização desses Direitos da Personalidade predita no código Civil está enquadrada entre os artigos 13 e 15 desse código e trata sobre o Direito ao próprio corpo. O artigo 13 apresenta determina:

Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

O princípio geral do direito ao próprio corpo baseia-se no sentido de que ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo contra sua vontade. Sendo assim, o corpo é inviolável e merece especial proteção. O artigo ressalva para a admissão para transplante, existindo na legislação brasileira disposição específica sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, não podendo, para tanto, tal ato ameaçar a integridade física e mental da pessoa e que a doação ocorra com órgãos duplos, não lhe provocando mutilação ou deformação e que seja para fins terapêuticos.

Maria Helena Diniz (2005, p. 37) dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante e também sobre afronta aos bons costumes:

Há proibição legal de disposição onerosa do corpo humano, que provoque diminuição permanente na integridade física ou que contrarie os bons costumes (p. ex. magia negra, prostituição, mercantilização de órgãos e tecidos, prática sadomasoquista, etc.). É possível doação voluntária, feita por escrito e na presença de testemunhas, por pessoa capaz, de tecidos, órgão e parte do corpo vivo para efetivação de transplante ou tratamento, comprovada a necessidade terapêutica do receptor, desde que não contrarie os bons costumes, não traga risco para a integridade física do doador nem comprometa suas aptidões vitais e sua saúde mental, nem lhe provoque deformação ou mutilação, pois não se pode exigir que alguém se sacrifique em benefício de terceiro (Lei nº. 9.434/97, art. 9º, §§ 3º a 8º).

Outras implicações importantes a despeito desse tema surgem com o passar do tempo e com as mudanças que decorrem da sociedade

É fundamental observar que mesmo após a morte é defeso o ato de disposição do corpo de outro sem o consentimento da família. A retirada de órgãos e tecidos depende autorização de seu parente mais próximo.

Porém, analisando o artigo 14 do Código Civil, urge ressaltar que, ainda em vida, há o elemento volitivo do doador no sentido de querer doar seus órgãos e tecidos após a morte, mediante documento escrito, assim sendo a sua vontade prevalecerá em detrimento da de seus familiares.

O artigo 14, portanto, trata sobre a disposição do próprio corpo após a morte e diz: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Além disso, o artigo 15 do mesmo código determina que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Outro Direito da Personalidade é o direito ao nome, descrito no artigo 16 do Código Civil, que diz: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Para Venosa (2013, p. 195), o nome é a forma de individualizar a pessoa no meio social e familiar, distinguindo-o dos demais pelos atributos da personalidade inerentes a cada um, mesmo após a morte, o nome da pessoa que tenha desempenhado atividade relevante em vida continua a ser lembrado e a ter influência na sociedade ou, mesmo que não tenha ocorrido desta forma, o nome da pessoa falecida continua na lembrança dos que lhe foram queridos.

Esse Direito ao nome é uma espécie dos direitos da personalidade pertencente ao gênero da integridade moral, pois todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Além disso, o nome tem caráter absoluto e produz efeito *erga omnes*, pois todos têm o dever de respeitá-lo.

O prenome é escolhido livremente pelos pais, desde que não exponha o filho à situação vexatória, tem por escopo identificar a pessoa na família, tendo o titular do prenome o direito de alterá-lo ao completar 18 anos. Já o sobrenome é herdado dos pais, ou seja, indica a filiação da pessoa.

Assim sendo, o nome da pessoa tem proteção legal e não pode ser usado por outros em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória, nem mesmo ser utilizados em propaganda comercial sem autorização, como dispõem os artigos 17 e 18 do Código Civil.

É fundamental observar que o pseudônimo também é protegido na legislação, como disciplina o artigo 19: “O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Isso se materializa em nome adotados por pessoas conhecidas e famosas, que já tem tal nome ligado a sua pessoa.

Outro direito da personalidade pertencente ao gênero da integridade moral é o direito a imagem. Tal direito é assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X e pelo artigo 20 do Código Civil, que diz:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Nas palavras de Barroso (2004, p. 16):

O direito a imagem protege a representação física do corpo humano ou qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra.

Assim, a pessoa poderá requerer que cesse o uso indevido de sua imagem, palavra e escritos. O direito à honra é outro direito da personalidade pertencente ao gênero da integridade moral e é dos mais conhecidos e assim como os demais acompanha a pessoa mesmo após sua morte, pois uma ofensa à honra de um falecido pode atingir sua família.

A proteção a tal direito está disciplinada na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A honra pode ser dividida em objetiva e subjetiva. A objetiva representa a reputação da pessoa e a subjetiva se refere ao sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade.

A privacidade é outro direito da personalidade inviolável e essencial que decorre da dignidade da pessoa humana. Tal direito está disposto também no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal e no artigo 21 do Código Civil, que diz: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Diniz (2005, p. 47) fala sobre os elementos que caracterizam a privacidade, dentre outros “os aspectos externos da existência humana, como recolhimento em sua residência, sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica, etc”.

Essa proteção à vida privada tem como objetivo resguardar os direitos das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia, dentre outras.

Assim, esses são os mais importantes direitos da personalidade tutelados no ordenamento jurídico brasileiro e a violação de algum deles pode ensejar indenização. Tais direitos são inerentes a todos os cidadãos do país, mesmo após sua morte, já que seus parentes podem pleitear tais direitos pelo falecido.

Entretanto, o início de tais direitos é o grande debate da atualidade e assunto abordado a seguir.

4 TEORIAS A RESPEITO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O nascituro, segundo Diniz (2011), é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo, ou ainda, o ente já concebido, sujeito de direito no futuro, desde que nasça com vida. Ou seja, os conceitos sobre os direitos do nascituro se contrapõem. Em um momento defendem os direitos desde a concepção, ou em outro momento os condicionam ao nascimento com vida.

O termo nascituro compreende aquele que irá nascer, não abrangendo coisas e animais, apenas seres humanos vivos, os quais possam ser distinguidos dos seus genitores e que ainda se encontram no útero materno (RIBEIRO, 2011). Nesse sentido, o nascituro é objeto de discussões a respeito dos seus direitos jurídicos, uma vez que o próprio conceito de nascituro é defendido de visões diferentes.

A discussão acerca da defesa desses direitos dos nascituros não é nova, desde as civilizações mais antigas é possível perceber tal enfrentamento. Na Grécia Antiga os casos de aborto eram punidos, em Tebas e em Mileto, por exemplo, a retirada da vida do nascituro era punida de forma severa, incluindo a pena de morte, já em Sólon e Licurgo o aborto era punido com uma pena pecuniária.

Em Roma acreditava-se que a personalidade se iniciava com o nascimento com vida, antes disso, não se reconheciam como sujeito ou objeto de direitos. Todavia, isso não significa que os romanos não levavam em conta a existência do nascituro. Nas palavras de Windscheid (1980, p. 77), “Para a doutrina da época “O feto no útero ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção””.

Já na Idade Média, que foi marcada pela forte influência da Igreja, havia uma defesa pelo respeito à vida humana, com previsão de punição para a interrupção da vida intrauterina e disseminando a concepção de que o aborto constitui uma praga social, tendo os antigos concílios o punido como forma de homicídio.

Na atualidade, o Código Civil de 2002 traz, na Parte Geral, Livro I, Título I, disposições à cerca das pessoas naturais, mais especificamente sobre a personalidade, a capacidade, os direitos da personalidade e a ausência (MOURA, 2011, p.3). Estas disposições orientam as Teorias da personalidade jurídica no nascituro.

O conceito de personalidade jurídica é importante para a compressão das teorias que usam desta personalidade para se definirem. Algumas legislações tratam o conceito de personalidade como uma extensão da capacidade jurídica do nascituro. De acordo com Venosa (2007, p.149):

A personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas. A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos polos da relação jurídica.

As principais teorias da personalidade jurídica do nascituro em discussão nas normativas jurídicas atualmente são a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional, apesar de existirem outras menos relevantes. As características e problemáticas destas teorias serão discutidas nas seções a seguir.

4.1 Teoria Natalista

A teoria natalista interpreta a lei de maneira literal, em que se pese a consideração de que a obtenção da personalidade jurídica somente acontece no ato do nascimento, através da constituição da pessoa natural, de acordo com o art. 2º do Código Civil, mesmo o artigo pondo a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Para tanto, o conceito desta teoria chega à conclusão de que o nascituro não é pessoa constituída, pois é destituído da posse da personalidade civil, não sendo atribuídos a eles direitos constituídos ou inatos, como os direitos adquiridos através da própria personalidade, deste modo, o nascituro é tratado como coisa diante da teoria legalista de abtenção da personalidade.

Assim, antes do nascimento a personalidade jurídica do nascituro é apenas uma possibilidade condicionada ao nascimento, caso não nasça, não adquire direitos. Dessa forma, se a criança nascer com vida, no que se refere aos seus interesses, ocorre a retroatividade da sua existência ao momento de sua concepção (GONÇALVES, 2012).

Nas palavras de Semião (2008, p. 40):

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

Segundo Bertoncini e Santos (2016), a expectativa criada pelos pais de que a criança nasça com vida não se confunde com expectativa de direitos, vez que o nascimento com vida constitui um elemento necessário para a aquisição da personalidade civil por parte do recém-nascido, e não uma cláusula condicional suspensiva para esta aquisição.

Nesse sentido, nascituro é considerado pela teoria natalista como um amontoado de células, sendo que seus adeptos defendem que o indivíduo perpassa por três fases distintas: pré-embrião, embrião e feto (PICCININI; CHEMIN, 2014, p.109).

No Brasil, um dos principais documentos jurídicos que abordam a personalidade jurídica do nascituro e serve de referência para as discussões a respeito é o próprio Código Civil. Em seu artigo 2º, esse código expõe ser adepto da teoria natalista, deixando isso claro em sua redação ao referir que o nascimento com vida dá início à personalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

É válido analisar que o esse artigo, apesar de atribuir a personalidade civil ao nascimento com vida, põe a salvo os direitos do nascituro, desde a sua concepção, deixando claro que o nascituro não é detentor da personalidade civil, mas é detentor de direitos, antes mesmo de nascer, do ponto de vista em que a concepção se dá pela nidação, mas estes direitos não se confundem com a tutela da personalidade e dos direitos atribuídos a ela.

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária. (TARTUCE, 2012, p. 70-71)

Pereira (2007, p. 153) defende que:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há de falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Nesse sentido, parte dos civilistas defende a tese natalista, no entanto, mesmo com o texto cristalino do art. 2º, a tese concepcionista ganha adeptos, os quais entendem, por meio de uma visão sistêmica, que o Direito brasileiro teria adotado essa teoria.

4.2 Teoria Conceptionista

Esta teoria defende que o nascituro, desde a sua concepção já possui direitos. Ou seja, a presente corrente de pensamento defende que a personalidade começa antes do nascimento, sendo que com a concepção já deve assegurar os interesses do nascituro (MOURA, 2011, p. 14).

No entanto, segundo essa teoria, os direitos do nascituro são apenas de caráter personalíssimo, isto é, os direitos de conteúdo patrimonial por exemplo, continuam a ter validade somente após o nascimento.

Assim, o nascituro deve ser considerado juridicamente desde o momento em que o espermatozoide se une ao óvulo, que é o momento da fecundação, sendo a nidação (fixação do ovo fecundado no útero materno) somente a maneira como a vida se torna viável (BERTONCINI; SANTOS, 2016).

Essa teoria vem na contramão da interpretação legalista e eventual, portanto, o feto seria detentor dos mesmos direitos atribuídos aos nascidos, tomando como base a parte do mesmo artigo 2º do Código Civil, que diz: “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Esta teoria encontra pouco amparo legal sólido, e inclusive é alvo de muitas críticas, mas encontra seus defensores no meio jurídico. Defendem esta teoria autores da grandeza de Silmara Chinelato e Almeida, Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Limongi França, Francisco Amaral Santos e Maria Helena Diniz (MOURA, 2011, p. 14).

Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 36) defende que:

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são considerados sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independente dele.

Segundo Diniz (2008, p. 35) “O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção”. O nascimento com vida diz respeito à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Ainda de acordo com a autora:

Parece-nos que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro e, além disso, no art. 1597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga. Com isso, protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro (DINIZ, 2008, p. 36).

Nesse sentido, a teoria concepcionista aborda um aspecto a mais que a teoria natalista, considerando a personalidade jurídica para do embrião e dos fetos fecundados.

Porém, assim como a corrente natalista omite de quais direitos o ordenamento jurídico confere aos nascituros, a teoria concepcionista aponta que outra omissão, qual seja, a de um termo restritivo no artigo 2º do Código Civil, fez com que não houvesse restrições em relação aos direitos a eles atribuídos viável. (BERTONCINI; SANTOS, 2016).

4.3 Teoria da Personalidade Condicional

A teoria da personalidade condicional defende que o início da personalidade jurídica do nascituro ocorre no momento da concepção, porém, de forma condicional. Nesse sentido, entende-se que a personalidade civil tem início desde a concepção, ficando o nascituro sob uma condição suspensiva do nascimento com vida, e, em ocorrendo este, a personalidade retroagirá até o momento da concepção (PICCININI; CHEMIN, 2014, p. 108).

Nas palavras de Pussi (2008, p. 87):

A teoria da personalidade condicional é a que mais se aproxima da verdade, mas traz o inconveniente de levar a crer que a personalidade só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, o que não representaria a verdade, visto que a personalidade já existiria no momento da concepção.

Por essa teoria, o nascituro não é configurado como “pessoa” até a efetivação de seu nascimento com vida, mas após a concretização deste se torna ele capaz de direitos, os quais retroagem ao momento em que se deu sua concepção (PEREIRA, 2004), ou seja, desde de quando era considerado um feto.

Isso significa que pela teoria da personalidade condicional, o nascituro precisa nascer vivo para gozar de seus direitos efetivos e caso nasça isso ocorra esses direitos serão contados desde que foi concebido.

Esta condição suspensiva está disposta no artigo 125 do Código Civil Brasileiro. Os defensores desta teoria consideram que este registro no Código Civil age como um pressuposto para que o cidadão possa ser titular dos direitos em face da ocorrência de um evento futuro ou incerto, e caso não aconteça, o nascituro não possui direitos.

O Código Civil aduz que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, embora a lei resguarde os direitos do nascituro (GONÇALVES; LENZA, 2012, p. 174). Ou seja, embora se defenda que o nascituro não possa ser titular de direitos e obrigações na ordem civil, é preciso reconhecê-los, no mínimo, com direito eventuais, isto é, quando esses direitos estão condicionados ao nascimento com vida. Segundo Bertoni e Santos (2016, p. 27):

Este entendimento decorre de uma interpretação conjunta da primeira e da segunda parte do artigo 2º do Código Civil. Enquanto as correntes concepcionista e natalista defendem suas posições apontando omissões no texto literal deste artigo, a corrente defensora da Teoria da Personalidade Condicional preconiza que o texto do artigo 2º do Código Civil não é omissivo, bastando, para a sua correta compreensão, que ele seja interpretado de forma a integrar a primeira e a segunda parte.

Assim, essa teoria se embasa na parte do artigo 2º que diz: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]”. Portanto, o nascituro seria detentor de um direito vindouro, obtendo este no ato do seu nascimento, juntamente com a aquisição da personalidade civil.

É atribuída a esta teoria a condição suspensiva, como versa o art. 121 do Código Civil, considerada um elemento accidental do negócio ou ato jurídico, cujo subordina a eficácia de algo a um evento futuro e até mesmo incerto, no caso do

nascituro, o evento provido de futuridade e incerteza, que lhe asseguraria os direitos da personalidade, seria o nascimento com vida.

Ademais, se for interpretada teoricamente essa linha de entendimento nega os direitos do nascituro, uma vez que não reconhece estes direitos de imediato, colocando-os de modo suspensivo. Em linhas gerais, a teoria da personalidade condicionada é essencialmente natalista, a medida em que tem como premissa a aquisição da personalidade apenas com o nascimento com vida.

4.4 Outras Correntes

Todo assunto polêmico não pacificado gera teorias de menor aceitação e viabilidade, no caso do momento em que a vida começa não é diferente. Além das correntes acima citadas, que são as de maior destaque, existem diversas outras correntes minoritárias, entre elas a ecológica, a neurológica, a metabólica, a embriológica, entre outras.

A teoria ecológica defende que a vida começa quando existe a possibilidade de sobrevivência do nascituro fora do útero, o que significa que segundo tal teoria é necessário para se considerar o início da vida que o feto tenha suficiente desenvolvimento para sobreviver, o que implica dizer que é necessário para tal feto ter os pulmões desenvolvidos.

A teoria neurológica defende como marco do início da vida o mesmo fator utilizado atualmente para o fim da vida, qual seja as ondas cerebrais. Nas palavras de Maluf (2010), se a vida termina quando cessam as ondas cerebrais, se inicia quando por óbvio, tais ondas se iniciam.

Essa teoria, embora oriunda de pensamento lógico, não é a regra, tendo em vista que no Brasil, após a fecundação no útero, ou da implantação de embriões no ventre materno, a sua retirada ou mesmo a tentativa são punidas pela lei penal.

A teoria metabólica defende que a vida está em cada célula do corpo humano, bem como em toda a sua formação e composição. Assim, para seus defensores a discussão sobre o começo da vida é irrelevante, já que os espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Ademais, para eles o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve necessariamente obedecer a um marco inaugural.

A corrente embriológica acredita que a vida se inicia na 3ª semana de gestação, que é o momento no qual o ser gerado pela fecundação não mais consegue se dividir dando origem a outros seres.

5 A PROTEÇÃO LEGAL DO NASCITURO

As mudanças do ordenamento jurídico brasileiro são decorrentes das novas perspectivas sociais e políticas que de certa forma obrigam o Direito a se adequar, afim de promover a defesa completa dos cidadãos. Diante toda e qualquer significativa mudança no ordenamento interno, o direito conta com acirradas discussões, em que doutrinadores e cientistas do direito debatem sobre polêmicos temas criando teorias para sustentar suas diversas opiniões (OLIVEIRA, 2017, p. 86). A proteção legal do nascituro é observada de forma direta ou indireta nas principais legislações brasileiras, tais como o Código Civil, a Constituição Federal de 1988 e o Código Processual Civil. O Código Civil em seu artigo 2º, deixa evidente a existência da proteção legal do nascituro desde a sua concepção, mesmo diante da divergência a respeito de possuir ou não personalidade jurídica (PICCININI; CHEMIN, 2014, p. 112).

Isso porque toda pessoa humana é detentora de personalidade jurídica e desta personalidade emergem direitos inatos a esta pessoa, direitos esses que são fundamentais para a existência humana. A personalidade civil traz para o indivíduo a capacidade de titularizar direitos e contrair obrigações, sendo uma característica exclusiva das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas.

Apesar da aquisição da personalidade civil se dá no ato do nascimento com vida e se findar com a morte do indivíduo, pondo a salvo os direitos garantidos *post mortem*, doutrinadores como Maria Helena Diniz, entendem que o nascituro já é sim detentor de personalidade, contrário ao que diz a nossa legislação, visto que a personalidade jurídica atribui em sua condição primária a capacidade de adquirir direitos e o nascituro já possui direitos adquiridos, independente da sua capacidade de contrair obrigações ou sua capacidade de gozo desses direitos, ora, a pessoa natural, absolutamente ou relativamente incapaz, detentora da personalidade civil, também possui desprovemento da capacidade absoluta.

Apesar do viés natalista adotado pelo Código Civil, estando presente desde o Código Civil de 1916, vale salientar que a teoria concepcionista vem se destacando no cenário atual, segundo a Professora Maria Helena Diniz, a classificação de personalidade civil pode ser dividida em formal e material, a formal está diretamente ligada aos direitos inerentes a existência, garantidos desde a concepção, já a

classificação de cunho material está ligada aos direitos patrimoniais, este, também já são assegurados ao nascituro desde a concepção.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro a legislação garante vários direitos inerentes ao nascituro, tais como o direito à vida, alimentos, curatela, direito a receber doação e direito à sucessão. Este conjunto de direitos serão abordados nos tópicos a seguir.

5.1 Direito a Vida

O Direito a vida não se trata de uma proteção legal exclusiva do nascituro. Na verdade, o Direito a vida é um direito fundamental de qualquer cidadão garantido no Brasil pela Constituição Federal de 1988. De acordo com essa Constituição todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida.

Por se tratar de um preceito constitucional, o direito à vida passou a ser garantido também no Código Penal. O Código Penal Brasileiro, destina artigos específicos à proteção da vida humana intrauterina, vez que, ao tratar do aborto e crimes conexos, estabelece sanções a quem atenta contra este bem jurídico penalmente tutelado (BERTONCINI; SANTOS, 2016).

Não somente os crimes de aborto, mas também a defesa da integridade materna ou qualquer outra situação que venha apresentar ao nascituro perigo contra sua vida, é abordada especialmente nos artigos 121 a 127 do Código Penal. Segundo Oliveira (2017, p. 100):

Legislando o Estado em sua proteção, o Direito Penal faz suas vezes e detalha no Código Penal as tutelas relativas a esse direito - Dos crimes contra a vida – , dispostos nos artigos 121 a 127 que incriminam além do homicídio, o infanticídio e o aborto, este, criminalizado para garantir a vida do nascituro (admitindo ressalvas).

Essa legislação penal demonstra sua especial atenção ao nascituro quando típica os crimes de infanticídio no artigo 123 e o aborto em suas diversas modalidades exposto entre os artigos 124 e 126.

Devido ao fato de o nascituro representar a parte mais frágil e vulnerável no tocante às relações jurídicas as quais integra, ele é considerado merecedor da mais

ampla proteção perante o ordenamento jurídico, visando a sua defesa, em especial quanto aos direitos fundamentais (RIBEIRO, 2011).

Doutrinadores que discutem os direitos legais do nascituro entendem que o direito à vida é considerado o primeiro direito atribuído ao nascituro, uma vez que este direito fundamental serve como base para os outros direitos, bem como faz com que o nascituro já adquira personalidade jurídica formal.

5.2 Direito a Alimentos

O código civil não dispõe de um conceito para alimentos, dessa forma utiliza-se do o artigo 1.920 como paradigma: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Maria Helena Diniz defende que:

Alimentos compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação (CC, art. 1.701, in fine), incluindo parcelas despendidas com sepultamento, por parentes legalmente responsáveis pelos alimentos.

O ordenamento jurídico garante às mulheres grávidas o benefício aos alimentos gravídicos, ou seja, os recursos financeiros necessários para a manutenção da gravidez até o nascimento da criança concedidos pelo pai da criança. Este direito é bem fundamentado na Lei 11.804/2008, especialmente em seu artigo 2º.

A Lei 11.804/2008 preenche a injustificável lacuna existente quando se trata de alimentos ao nascituro e que, mesmo diante do avanço que a jurisprudência já vinha assegurando antes mesmo da publicação da lei de alimentos gravídicos (PICCININI; CHEMIN, 2014).

Um outro ponto importante da Lei 11.804/2008, é que a mesma não exige prova da paternidade para que a mãe do nascituro entre com o pedido do Direito aos alimentos gravídicos. Ou seja, basta a comprovação do vínculo afetivo para tal. O direito a alimentos busca, por meio da demonstração prévia de vínculo de paternidade, proporcionar dignidade a mãe durante o período gestacional.

No entanto, a mesma lei deixa fixado que o requerimento de conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia só poderá ocorrer após o nascimento da criança. Assim, o direito do nascituro de receber alimentos deriva da responsabilidade parental, configurando a obrigação do pai de prestar alimentos antes mesmo do nascimento, pois a lei resguarda os direitos do nascituro desde a sua concepção (DIAS, 2011).

Sob essa ótica, considerando que o nascituro seja detentor de personalidade jurídica, o Direito a alimentos visa proporcionar condições mínimas e dignas necessários para que mãe e filho se mantenham saudáveis no período da gestação e pré-natal a fim de chegarem bem ao momento do nascimento da criança.

5.3 Direito de Curatela

O Direito de Curatela se propõe a proteger o patrimônio daqueles que não podem garanti-lo por si mesmo. Como o nascituro não detém desta capacidade de cuidar do seu patrimônio, o Direito de Curatela a ele torna-se necessário. Este direito caracteriza-se como atividade de caráter público, gratuito, obrigatório e indivisível (ZAINAGHI, 2007).

O direito à curatela do nascituro vem respaldado no CC, art. 1.779: Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (PICCININI; CHEMIN, 2014, p. 115).

Nesse sentido, o Direito a Curatela se fundamenta incapacidade do nascituro. Como o nascituro não pode agir por si mesmo, necessita que seus direitos que lhe são garantidos de acordo com o ordenamento jurídico. Para isso lhe é designado um representante legal. O representante legal geralmente são os pais, e são encarregados à função de defender e proteger os direitos do patrimônio do nascituro perante a sociedade.

5.4 Direito de receber doação

De acordo com o artigo 542 do Código Civil, a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal. Ou seja, para que o nascituro possa receber algum tipo de doação, seus representantes legais devem estar de acordo.

Sendo assim, o Direito de receber doação consiste na condição do nascituro poder aceitar ou não recursos de outros, desde que seja autorizado legalmente para tal. A concretização desse direito garantido ao nascituro fica condicionada à aceitação do responsável por sua representação e ao seu nascimento com vida; portanto, nascendo sem vida o nascituro, a doação é caracterizada como nula e o patrimônio volta à sua origem (ZAINAGHI, 2007).

5.5 Direito de sucessão

O direito de suceder também é uma garantia ao nascituro, segundo o artigo 1.798 do Código Civil, que afirma: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Materializa-se aqui um direito eventual, o qual se legitima com o nascimento com vida, sendo garantido desde a fase embrionária, com o intuito de preservar o princípio da dignidade humana intrínseca ao ser humano.

O Direito de sucessão garante ao nascituro o direito de que lhes sejam deixados direitos sucessórios. Ou seja, ao já ser concebido quando do falecimento do autor da herança, garante-se o direito à sucessão hereditária, nos moldes do artigo 1.798 do Código Civil (LÔBO, 2009).

Segundo esse artigo, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Em que pese a lei ter reconhecido direitos ao nascituro quando do seu nascimento com vida, dispõe o princípio sucessório que, uma vez aceita a herança, o sucessor é considerado como tal, a partir do momento da abertura da sucessão (BELTRÃO, 2005).

Caso o nascituro nasça morto, o mesmo não possuirá a personalidade jurídica, e, portanto, não terá o Direito de sucessão. Se acaso o nascituro nascer morto, será

tido como se nunca tivesse existido, sendo que a parte que lhe cabia da herança se transmitirá aos demais herdeiros (FIUZA, 2010).

O enunciado 1 do Conselho Federal de Justiça, das Jornadas de Direito Civil, em seu artigo 2º, afirma que: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Caso a criança nasça com vida, mas morra na sequência, ou seja, caso a criança tenha respirado mesmo que tenha sido por pouco tempo, esta garantirá o Direito de sucessão e caso exista alguma herança a receber, os meios legais avaliarão a que será sucedido o bem advindo da do nascituro, devido a sua personalidade jurídica.

Deste modo, visualiza-se que o direito à herança nada mais é do que uma garantia a preservação do direito a pessoa humana, dependendo do nascimento com vida e da constituição da personalidade jurídica, para que este possa ser adquirido com propriedade.

Os direitos do nascituro, para não afrontarem o caráter universal dos direitos do nascido, para não contradizerem a 1ª parte do Artigo 2º do C., e para protegerem seus prováveis interesses durante o período da gestação, restringem-se e limitam-se àqueles que são especificadamente previstos na lei. É a taxatividade dos direitos do nascituro. (SERMIÃO, 2000, p. 68)

Uma leitura mais humanística da segunda parte do artigo 2º do Código Civil e outras leis do ordenamento jurídico, demonstram que são assegurados direitos ao nascituro, não vinculando-os ao fato do nascimento com vida, mas desde o momento da sua concepção. O artigo 127 do Código Civil determina: “Se for resolutive a condição, enquanto essa se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido”, assim que sobrevier a condição, extinguirá o direito a que ela se opõe.

Deste modo, o nascituro poderá beneficiar-se de direitos intrínsecos a sua condição futura de pessoa natural, como forma de garantir a sua proteção até que essa condição eventual seja alcançada, como reza o artigo 130 do mesmo código: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutive, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Vale salientar que o artigo 2º assegura direitos ao nascituro e não meras expectativas de direitos. O próprio direito à vida é um direito que independe do fato do nascimento, existindo desde a concepção do embrião, assim como o direito a

integridade física presente mediante a preservação do direito à vida. Deste modo, percebe-se que o nascituro possui direitos que também estão ligados a personalidade jurídica, podendo este também ser compreendido pela jurisprudência como detentor dos direitos da proteção a honra e dignidade humana.

6 PROJETO DE ESTATUTO DO NASCITURO

Primeiramente, se faz necessário entender que o Estatuto do Nascituro tem a pretensão de garantir e preservar os direitos atrelados ao nascituro, visando a proteção integral deste, tendo o conceito de que a vida humana se inicia a partir da concepção, indo de encontro com a teoria concepcionista. Diante disto, o projeto de Lei nº 478, exclui a admissibilidade do aborto em quaisquer situações, salvo em situações expostas no artigo 128 do código penal brasileiro, e está na contrapartida da legalização do aborto.

Em sua primeira versão o PL nº 478 encaminhado à Câmara dos Deputados, de autoria dos deputados federais Miguel Martini e Luiz Carlos Bassuma, buscava a modificação do Código Penal Brasileiro para que o aborto entrasse no rol dos crimes hediondos, classificados como crimes de sérios agravantes de crueldade, além de ser proibido para todos os casos, mesmo sendo decorrente de estupro. O texto ainda vetava a extração de célula troncos de embrião para o transplante em adultos doentes.

A versão substitutiva do projeto de Lei nº 478, de 2007, aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família em junho de 2013, pela Deputada Solange Almeida, teve alteração, o texto alterado não mais objetivava a alteração do Código Penal e nem vetava o congelamento e transporte de embriões. O aborto continua a ser considerado crime nos artigos 124 a 127 do Código Penal, salvo as exceções contidas no artigo 128 do mesmo código, onde a vida da progenitora deve ser protegida caso o feto reflita risco sobre esta, e em caso de estupro.

Art. 128º. Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O nascituro deve gozar do direito à vida e a integridade física, respectivos direitos fundamental e da personalidade, portanto, esse PL prevê a continuação da criminalização do aborto diante do código penal, em prol da preservação dos direitos atrelados ao nascituro, como descreve o artigo 5º desse Projeto de Lei: “Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos”.

A nova versão reconhece que o nascituro deve ter seu direito a dignidade da pessoa humana reconhecida pela lei, portanto, este deve ser detentor de proteção jurídica mais enfática, pois, embora não tenha nascido, deve ser reconhecido como ser humano em desenvolvimento, e ter seus direitos equiparados aos dos nascidos, visto que são a mesma pessoa em formação, desde o ventre já existem e possuem vida.

Assim como disciplina o caput e parágrafo único do artigo 3º desse Projeto de Lei:

Art. 3º. O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal. Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Esse Projeto de Lei prevê em seu conteúdo material que o nascituro deve ter direitos inatos ao seu desenvolvimento, como o direito a assistência médica custeada pelo Estado, o direito a condições favoráveis ao seu desenvolvimento e nascimento, além de direitos patrimoniais como o direito à herança, assim como os filhos nascidos, porém, esses direitos somente serão efetivados se o nascituro nascer, mas serão garantidos desde sua fase embrionária, como uma tutela da personalidade condicional, em condição suspensiva, como disciplina o artigo 8º desse Projeto: “Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança”.

O texto é tema de profundos debates na sociedade, nas comissões e na Câmara dos Deputados. Grupos feministas e juristas desaprovaram com afincos a proposta de lei e buscam, até o presente momento, resistir ao projeto.

É evidente que diversos artigos da PL violam os direitos femininos e afrontam o princípio da laicidade do Estado, segundo Maria José Rosado, coordenadora geral de Católicas pelo Direito de Decidir – Brasil referida no blog Viomundo “A proposta de dar ao nascituro um ‘estatuto’ é mais uma tentativa dos setores mais retrógrados da sociedade de impedir a efetivação dos direitos de cidadania das mulheres”(…) “Inúmeras pesquisas de opinião mostram que a população brasileira, independentemente de filiação religiosa, é majoritariamente favorável a que continuem sendo permitidos os abortos legais e é contrária a que as mulheres sejam

presas por realizarem um aborto. Essa proposta, além de ferir a Constituição vigente, significaria um grave retrocesso.”

Outro ponto de grande debate da PL é que a mesma prevê uma bolsa para que as vítimas de estupro impedidas de realizarem o aborto pagas pelo próprio violentador o que tornaria a vida da vítima ainda mais tortuosa tenso um vínculo obrigatório com o criminoso.

Aprovado em 2013, o projeto de Lei se encontra na Comissão dos Direitos da Mulher aguardando o parecer.

7 ANÁLISE DA TEORIA CONCEPCIONISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Como apresentado em seções anteriores, a teoria concepcionista se opõe a teoria natalista em alguns pontos. No entanto, a depender da interpretação, ambas podem ser consideradas defendidas no Código Civil. Este fato é motivo de grandes discussões entre juristas em todo o país, fazendo com que os tribunais brasileiros não tenham consenso sobre qual teoria aplicar.

Diante disto, um caso específico de um acidente de trânsito envolvendo uma gestante que perdeu o feto no acidente ganhou repercussão nos tribunais brasileiros justamente por essa dificuldade de alinhamento na interpretação do Código Civil mediante aos direitos de personalidade jurídica no nascituro.

7.1 Recurso especial nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial nº1.415.727-SC. Em resumo a autora foi vítima de acidente de trânsito que resultou em aborto, propôs ação de indenização por morte nos termos do artigo 3, I da Lei nº6.194/1974, em desfavor da seguradora Líder (VENICIO, 2016, p. 34).

A morte da criança que não teve oportunidade de nascer, ou seja, a morte do feto é considerada na legislação brasileira como aborto. Nesse sentido a autora da ação solicitou a justiça a responsabilização do aborto involuntário sofrido por ela em decorrência do acidente de trânsito.

Na primeira etapa do processo a mesma obteve sucesso tendo sido aceita a previsão de indenização pela morte intrauterina sofrida. No entanto o réu recorreu ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reformou a decisão negando a indenização, argumentando que o Código Civil brasileiro adotava a teoria natalista e que o nascituro não era sujeito de direitos.

Sob a mesma oportunidade, a autora da ação recorreu da decisão ao Superior Tribunal de Justiça, e então, por unanimidade obteve o deferimento do provimento. Segundo Venicio (2016, p. 35):

Entretanto, os tribunais brasileiros ainda não encontraram um consenso sobre qual corrente doutrinária aplicar em tais situações (teoria natalista x teoria concepcionista), encontrando-se jurisprudências em todo o país que divergem sobre o direito a indenizações em casos semelhantes. Como exemplo podemos citar o acórdão nº 70022797542 de 2008, que concluiu não ser cabível a indenização por morte, nos termos fixados na lei do seguro

obrigatório em casos de aborto, e o acórdão nº 70039737721 de 2010, que concedeu o direito a indenização a gestante que sofreu aborto após acidente de trânsito. Os acórdãos acima citados são Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e demonstram as divergências em nossa jurisprudência quanto ao tema abordado. (VENICIO, 2016, p.35).

No caso específico do Recurso Especial nº 1.415.727 – SC, o tribunal em questão optou pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico não atuando sob as teorias. Para melhor entendimento do caso, verifica-se a seguir a emenda do Recurso Especial nº 1.415.727 – SC:

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

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

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

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

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se,

corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

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

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

6. Recurso especial provido.
(BRASIL, 2014).

Tal decisão evidencia a proteção integral a vida do nascituro, pois qualquer que seja a teoria adotada para assegurar as expectativas de direitos do nascituro é imprescindível reconhecer a titularidade do direito à vida.

Entretanto os Tribunais ainda divergem do assunto sendo dessa forma fácil de se encontrar jurisprudências que divergem sobre o direito a indenizações em casos semelhantes. Para melhor ilustrar, verifica-se a seguir a emenda do acórdão nº 70022797542 de 2008:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. INDENIZAÇÃO. DPVAT. MORTE DE FETO. DESCABIMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. NASCIMENTO COM VIDA. PESSOA - SUJEITO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES. 1. A Lei n.º 6.194/74, que criou o seguro DPVAT, alterada pela Lei n.º 8.441/92, é o texto legal que regulamenta os valores das indenizações relativas ao seguro obrigatório, fixando também como beneficiários desta garantia a pessoa vitimada com o advento do risco assegurado. 2. O diploma legal precitado não autoriza que as Resoluções do CNPS ou de qualquer outro órgão do Sistema Nacional de Seguros Privados a regulação para fixar ou alterar os valores indenizatórios atinentes aos danos pessoais causados por veículos automotores, ou sequer tem o condão de ampliar os beneficiários da garantia instituída. 3. No caso em exame, não se pode considerar o feto, na condição de nascituro, com pessoa vitimada para fins de indenização do seguro obrigatório DPVAT, nos termos do artigo 3º da Lei 6.194/74, uma vez que não possui capacidade de direito, mas apenas expectativa de direitos, que se submete a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. 4. Portanto, o feto não é pessoa à luz do direito, nem é dotado de personalidade jurídica, sendo que os direitos que lhe conferem estão em estado potencial, sob condição suspensiva. 5. Destarte, não possui capacidade de direito ou de gozo, que é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, e que não pode ser negada a nenhuma pessoa, princípio da dignidade humana que é inafastável do ser que obtém o status de sujeito de direito, cuja condição a ser implementada para tanto é o fato de ser concebido com sinais vitais. 6. Ônus da sucumbência invertido. Prejudicado o exame das preliminares de carência de ação por ilegitimidade

passiva e falta de interesse de agir ante o resultado da causa, no mérito, por maioria, dado provimento ao recurso da parte demandada.(Apelação Cível, Nº 70022797542, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 04-06-2008)

Tal decisão deixa claro que o nascituro é um mero expectador de direitos não sendo provido o direito de indenização do Seguro DPVAT.

Mesmo respeitando a Constituição e todas as jurisprudências, observa-se que em determinados pontos cabe-se muita discussão a respeito de interpretações e decisões.

7.2 Outros Julgados do STJ a Respeito do Nascituro

Apesar do Código Civil adotar a teoria Natalista, condicionando os Direitos da Personalidade ao nascimento com vida, julgados do STJ demonstram que alguns direitos positivados já são aplicadas a pratica dos julgamentos.

No julgamento do recurso especial nº 170.239, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que uma menina, à época dos fatos na condição de nascituro, não tinha direito à indenização por danos morais em virtude da realização de exame de ultrassonografia cujo resultado, erroneamente, indicou que ela teria síndrome de Down. Entretanto, o estabelecimento responsável pelo exame e a operadora do plano privado de saúde foram condenadas solidariamente a pagar indenização aos pais da criança.

Apesar de ter sido negado ao nascituro a indenização o julgamento demonstrou o entendimento do Tribunal no sentido de ser possível tal reparação em alguns casos, como é perceptível no Boletim Sedif (2019, p. 6):

A jurisprudência do STJ possibilita ao nascituro a indenização por danos morais, os quais devem ser decorrentes da violação da dignidade da pessoa humana (em potencial), desde que, de alguma forma, comprometam o seu desenvolvimento digno e saudável no meio intrauterino e o consequente nascimento com vida, ou repercutam na vida após o nascimento.

Buzzi (2013, p. 9 *apud* SEDIF, p.6) deixou claro que não é toda situação jurídica que ensejará o dever de reparação, “senão aquelas das quais decorram

consequências funestas à saúde do nascituro ou suprimam-no do convívio de seus pais ante a morte deles”. Ou seja, reconheceu também a existência de situações que ensejam ao nascituro a garantia a indenização.

O recurso especial nº 931.556 demonstra que existem situações de indenização, nesse caso, a 3ª Turma do Tribunal negou provimento ao pedido de uma empresa condenada por danos morais e materiais pela morte de um empregado em virtude de acidente de trabalho e manteve a fixação da indenização em montante igual, tanto para os filhos nascidos da vítima quanto para o nascituro.

Portanto, existem casos que esse dever de indenizar existem e quando acontecem há o dever de reparação em pé de igualdade, não havendo distinção por não ter nascido ainda. No julgamento a ministra Nancy Andrighi (2019, p. 6) afirmou que:

Uma diminuição do valor indenizatório fixado em relação ao nascituro é, portanto, uma tentativa de se estabelecer um padrão artificial de ‘tarifação’ que não guarda relação alguma com a origem fática do dever indenizatório - porto relativamente seguro onde a jurisprudência costuma repousar sua consciência na difícil tarefa de compensar um dano dessa natureza.

Outra decisão relativa aos nascituros importante de ser citada se refere aos alimentos gravídicos, não só por decidir por estabelecer tais alimentos, um direito do nascituro já colocado no texto, mas também por decidir que tais alimentos devem ser automaticamente convertidos em pensão alimentícia em favor do recém-nascido até que haja decisão em contrário.

Tal decisão foi proferida em 2017 negou o recurso do suposto pai defendeu a impossibilidade jurídica de pedido de execução de alimentos gravídicos, já que, com o nascimento da criança, teria sido extinta a obrigação alimentar decorrente da gestação.

Ao analisar o caso o Tribunal elucidou que os alimentos gravídicos não se confundem com a pensão alimentícia, pois, enquanto esta última se destina diretamente ao menor, os primeiros têm como beneficiária a própria gestante, mas que o artigo 6º da lei é expresso ao afirmar que, com o nascimento da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos em pensão alimentícia, mesmo que não haja pedido específico da mãe nesse sentido.

Essa conversão automática não viola à disposição normativa que exige indícios mínimos de paternidade para a concessão de pensão alimentícia provisória ao menor

durante o trâmite da ação de investigação de paternidade. Isso porque, nos termos do caput do artigo 6º da Lei 11.804/2008, para a concessão dos alimentos gravídicos já é exigida antes a comprovação desses mesmos indícios da paternidade.

8 PL Nº 4150/2019

O projeto de Lei nº 4150/2019 da Deputada Federal Chris Tonietto tem como objetivo atualizar o texto do artigo 2º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui Código Civil, jurisprudência responsável por abordar as problemáticas da personalidade jurídica do nascituro.

Se essa atualização for aprovada esse artigo 2º do Código Civil passaria a vigorar com a seguinte redação: “A personalidade civil do ser humano começa desde a sua concepção”. Este posicionamento a respeito da personalidade do nascituro visa suprir algumas lacunas das discussões nos tribunais brasileiros, no entanto acaba criando inúmeras outras,

No texto do projeto de lei, a Deputada aponta como justificativa para a mudança do texto a contradição existente em jurisprudências que levam ao desalinhamento das decisões nos tribunais em todo o país. De acordo com a Deputada:

Diz o artigo 2º do atual Código Civil, de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Logo, o nascituro ainda não é pessoa. Será pessoa, isto é, sujeito de direitos, se nascer com vida.

Sem prejuízo, continua o mesmo artigo: “(...) mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Logo, o nascituro tem direitos, portanto, é pessoa desde a concepção. Importante destacar que essa contradição já existia no artigo 4º do antigo Código Civil de 1916, correspondente ao atual artigo 2º. Ela foi notada, entre outros, por Arruda Câmara, na justificativa do seu Projeto de Lei nº 810 de 1949, que pretendia revogar o artigo 128 de nosso Código Penal¹. Referindo-se ao Código Civil, ele afirma: “O projeto primitivo, porém, dizia: ‘A personalidade civil do homem começa com a concepção’ (art. 3º). [...]”

Ora, o Projeto era mais lógico. O Código estabeleceu que a personalidade começa no nascimento, mas atribui, em contradição consigo mesmo, ao nascituro, desde a concepção, direitos que são próprios da pessoa, que competem à personalidade”. (BRASIL, 2019).

Em linhas gerais, a Deputada Federal Chris Tonietto aponta o PL nº 4150/2019 como uma tentativa de adequação à legislação civil brasileira ao Pacto de São José da Costa Rica firmado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que ocorreu na Costa Rica em 22 de novembro de 1969 e diz que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

Este pacto faz parte do direito interno brasileiro e goza de status supralegal, ou seja, no ordenamento jurídico encontra-se abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, conforme entendimento da Suprema Corte.

A Deputada finaliza o texto com a seguinte fala: “Logo, resta patente que todo ser humano tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e o Código Civil, que é hierarquicamente inferior à Convenção, precisa ser corrigido para reconhecer a personalidade do ser humano concebido, mas ainda não nascido.” (BRASIL, 2019).

Ademais, os tribunais superiores em suas decisões já vêm demonstrando inclinação ao reconhecimento desses direitos, inclusive com condenações em sede de danos morais, assim a nova redação caminhará no mesmo sentido de entendimento.

Entretanto, apesar do que é descrito no Pacto e na atualização trazer maior clareza a interpretação do artigo da lei, existem críticas a tal alteração. Isso porque isso representa adotar a teoria concepcionista no código, o que vai de encontro ao fato da própria legislação taxar os direitos do nascituro, o que não seria o caso se todos os direitos fossem garantidos ao mesmo.

Além disso, o artigo atual não vai contra o disposto no Pacto de San José da Costa Rica, pois seu direito a vida é garantido, assim como todos os demais, apenas condicionando ao nascimento com vida, o que em nada fere o descrito no dispositivo do Pacto.

Outra polemica gerada por tal alterações estaria no que tange ao disposto legal do artigo 128 do Código Penal, já que sendo procedida tal alteração ao nascituro estaria garantido todos os direitos, não seria possível permitir o aborto mesmo que não houvesse outro meio de salvar a vida da gestante ou em caso da gravidez ser resultado de estupro, pois seria sim um homicídio, se garantidos todos os direitos ao mesmo.

9 CONCLUSÃO

Através do estudo realizado e das análises sobre as principais jurisprudências que demandam sobre a personalidade jurídica do nascituro, constata-se que o artigo 2º do Código Civil de 2002, é a principal legislação que resguarda os direitos e garantias do nascituro, colocando a salvo esses direitos desde a concepção.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 garanta os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, observou-se que no caso do nascituro as problemáticas que envolvem seus direitos civis são mais particulares, daí a necessidade de uma jurisprudência própria para contemplar exclusivamente as demandas do nascituro.

Contudo, constatou-se neste estudo que do artigo 2º do Código Civil decorrem três principais teorias sobre a personalidade jurídica do nascituro, sendo elas a teoria natalista, a concepcionista e a da personalidade condicional são advindas de diferentes interpretações da mesma jurisprudência.

Estas interpretações diferentes levam ao desalinhamento das decisões tomadas pelos tribunais brasileiros que interpretam ao seu modo a personalidade jurídica do nascituro, o que acarreta em resultados diferentes para casos semelhantes julgados nos tribunais.

Diante deste problema os casos relacionados ao aborto, interrupção de forma terapêutica da gravidez ou por acidente, os casos de anencefalia, entre outros causam uma ruptura na dogmática jurídica em todas as correntes, uma vez existem divergências na interpretação do art. 2º do Código Civil.

O caso específico do Recurso Especial nº 1.415.727-SC, tornou-se um grande exemplo destas divergências de teorias. Através da análise do caso pode-se concluir que o Superior Tribunal de Justiça optou pela teoria concepcionista criando assim um novo precedente para casos semelhantes.

A condecoração do direito a indenização a autora do Recurso Especial nº 1.415.727-SC, bem como a PL nº4150/2019 e toda a discussão teórica sobre os direitos ao nascituro e sua condição jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, leva este estudo a concluir a importância da definição da personalidade jurídica do nascituro para a sociedade e para a atuação coesa do Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de direito administrativo. v. 235, p. 1-36, 2004.

BELTRÃO, Silvio. **Direitos da personalidade**: De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Moraes Rolim dos. **A Personalidade Civil Dos Nascituros E Os Seus Reflexos Jurídico-processuais**. Argumenta Journal Law, n. 23, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto do Nascituro. **Projeto de Lei nº 478, de 2007**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584> . Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4150/2019**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2212578>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8560.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.415.727 – SC**. 4ª Turma. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Data do Julgamento: 04/09/14. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL nº 478/2007**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 06 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL nº 4150/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1781170&filename=Tramitacao-PL+4150/2019/>. Acesso em: 06 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto define que personalidade civil do ser humano começa na concepção**. Brasília: Agência Câmara de Notícias, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/568046-projeto-define-que-personalidade-civil-do-ser-humano-comeca-na-concepcao/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

CHAVES, Antônio. **Capacidade Civil**: in Enciclopédia Saraiva do Direito. v.13, 1982.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6ª ed. reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil I**. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso completo**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MOURA, Alessandro. **As Teorias do Nascituro e o Contexto Jurídico nacional**. Caderno Virtual. v. 2, n. 24, 2011.

OLIVEIRA, Vinícius Mazza. **Da Personalidade Jurídica e dos Direitos do Nascituro no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. v. 11. Teresina: Caderno de Estudos Ciência e Empresa, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A Tutela Jurídica do Nascituro à Luz da Constituição Federal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v. 18, p. 33-48, maio/jun, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil e Teoria geral de Direito Civil. 20ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PICCININI, Fernanda Konrad; CHEMIN, Beatris Francisca. **Direitos Civis do Nascituro**. Revista destaques acadêmicos. v. 6, n. 2, 2014.

PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Ana. **Alimentos para o Nascituro**: Tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do Nascituro**: Aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2ª ed. ver., e atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **1 Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1_capituloDireitoCivil.pdf> Acesso em: 06 out. 2020.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Serviço de Difusão dos Acervos do Conhecimento**. nº 113. Rio de Janeiro: Boletim SEDIF, 1º de julho de 2019. Disponível

em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6545122/Boletim+SEDIF+N%C2%BA+113-+01.07.2019.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos do Humano**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 06 out. 2020.

VENICIO, Leticia de Andrade. **Do Recurso Especial Nº 1.415.727-SC**: A indenização pelo seguro DPVAT por aborto ocasionado em acidente de trânsito. Cacoal-RO, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WINDSCHEID apud BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. rev. e atual. por: prof. Caio Mário da Silva Pereira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

ZAINAGHI, Maria. **Os Meios de Defesa dos Direitos do Nascituro**. São Paulo: LTr, 2007.