



Géssica Karime Bertonceli

A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO E
A *VEXATA QUAESTIO* DO INÍCIO DA SUA
PERSONALIDADE:
Uma perspectiva luso-brasileira

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilista - Menção em Direito Civil

Orientador: Professor Doutor Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos
Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

GÉSSICA KARIME BERTONCELI

**A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO E A *VEXATA QUAESTIO* DO INÍCIO DA SUA
PERSONALIDADE:**

Uma perspectiva luso-brasileira

**THE LEGAL CONDITION OF THE NASCITURE AND *VEXATA QUAESTIO* AT THE START
OF YOUR PERSONALITY:**

A Portuguese-Brazilian perspective

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau
de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Civilista – Menção em Direito
Civil**

**Orientador: Prof. Dr. Doutor Filipe Miguel Cruz
Albuquerque Matos**

**COIMBRA
2017**

*“Aos meus amados pais, queridos avós e ao meu noivo, que sempre me
incentivaram a seguir meus sonhos”.*

AGRADECIMENTOS

Vir à Portugal para estudar na Universidade de Coimbra, para fazer o Mestrado, não foi um sonho construído sozinho. Ao final do meu último ano de graduação em Direito, comecei a pensar em fazer Mestrado na área de Direito Civil, e tive muito apoio da minha família, do meu noivo, dos amigos e do Juiz (com quem estagiava, na época que estava planejando concorrer a uma vaga). Com a aprovação, veio milhares de emoções, mas a mais impactante foi morar pela primeira vez sozinha, para estudar dois anos em um país completamente novo, com costumes diferentes do Brasil.

A experiência que tive com este Mestrado não cabem em palavras. Ter contato com pessoas outras culturas, línguas, costumes diversos dos meus. Além disso, estudar em Coimbra, nesta Universidade renomada, me fez ver como o conhecimento é fundamental para o ser humano, que o homem nunca deve parar de estudar, de se questionar. Além disso, pude me conhecer, me auto descrever, colocar em práticas todos os valores que aprendi com minha família. E assim, pude ver como sou um reflexo deles. A minha família é a base da minha vida, sem eles eu nada seria.

Sendo assim, só tenho a agradecer: primeiramente à Deus por tudo. Pois sem ele nada disso poderia ter sido possível.

Aos meus amados pais, Fernando Bertonceli e Silvana Moda, que sempre fizeram o melhor por mim, que me ensinaram a lutar pelos meus sonhos e incentivaram a dar o meu melhor. Sou muito grata por tudo que tive e tenho hoje, mas principalmente, por eles terem me dado o bem mais valioso que poderia ter, uma família. O meu amor por eles é muito grande, tenho muito orgulho e gratidão por tê-los como pais.

Aos meus avós, Olga e Paschoal Moda, que ajudaram na minha criação de valores e de experiências de vida. São as pessoas com quem me espelho, que me ensinaram o valor que uma família tem na vida de uma pessoa, e sempre colocar amor em tudo que fazemos. Desde pequena acreditaram no meu potencial, sempre me incentivando a buscar, a aprender e explorar novas experiências, mas sempre cuidando e zelando por mim.

À minha religiosa avó Antónia Bertonceli, que sempre rezou e zelou por mim, que sempre pude contar, me dando forças para seguir em frente.

Ao meu amado noivo Henrique Kors Quiles, que é umas das pessoas que sempre me incentivou a correr atrás dos meus sonhos, a acreditar no meu potencial e que sempre, independentemente de qualquer coisa, sempre zelou por mim e pelo meu sucesso profissional.

Aos meus sogros, Celso e Tatiana Quiles, que sempre me fizeram acreditar que eu sou mais do que penso, e que posso tudo na vida, só preciso acreditar em mim.

À minha tia Eliana e ao meu primo/irmão Gustavo Gosser, que sempre têm uma palavra amiga e incentivadora, que me lembram de não desistir.

Às minhas melhores e grandes amigas, Débora Garcia Pedrolli, com quem além da amizade, pude contar com conselhos tanto jurídicos como pessoais, à Nataly Otsubo Panaia, a quem pude contar com as conversas e conselhos. Mesmo estando tão longe, Brasil e Portugal, ambas se mantiveram presentes em todos os momentos, para me apoiar e nunca me deixaram desistir.

Aos amigos que fiz em Portugal, em especial à Andrea Cavalcanti, Carina Luna Barbosa e a Vanessa Cunha Lima as quais foram meu apoio e confiança, que se tornaram minha família em Portugal.

Ao meu orientador, Prof. Doutor Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos, com grande zelo e sabedoria me orientou para que esta dissertação pudesse ser realizada.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por proporcionar a realização de um sonho de estudar em Portugal.

Aos doutores da Universidade de Coimbra, em especial, Dr. Felipe Miguel Cruz Albuquerque Matos, Dr. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, Dra. Cláudia Maria Cruz Santos e Dr. António Pedro Nunes Caeiro, docentes os quais me encantaram com suas aulas e que me despertaram o desejo de querer discutir e questionar o Direito.

Ao Juiz Dr. Caio Cesar Ginez Almeida Bueno, que me incentivou e me recomendou para o mestrado em Direito nesta Universidade renomada, agradeço os ensinamentos, o apoio, a paciência, poder ter compartilhado conhecimentos e o ter como exemplo de profissional e amigo.

A todos, que direta ou indiretamente, ajudaram na realização dessa dissertação.

“Aqui, no entanto, nós não olhamos para trás por muito tempo. Nós continuamos seguindo em frente, abrindo novas portas e fazendo coisas novas, porque somos curiosos... e a curiosidade continua nos conduzindo por novos caminhos”.

– Walt Disney

RESUMO

Na presente dissertação será abordado o tema da condição jurídica do nascituro e a controvertida questão ao início de sua personalidade no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil. O estudo traz uma reflexão sobre tema do nascituro sob uma perspectiva jurídica, baseada na Parte Geral do Código Civil, tanto do Brasil como de Portugal, e assim apontar uma solução para a problemática, que é dizer se o nascituro, possui ou não personalidade. A questão da personalidade jurídica do nascituro é um tema que gera muita discussão entre os doutrinadores. Tendo como base, o art. 66 do Direito Civil Português, e no art. 2 no Direito Civil Brasil, os quais dizem respeito ao início da personalidade jurídica. No decorrer da dissertação será explicado o que é a personalidade jurídica, o que é pessoa, o que é e como são adquiridos os direitos de personalidade e capacidade jurídica, além de explicar o conceito de vida no âmbito jurídico, serão analisadas as teorias de início da vida, e assim, abordar nascituro, e com base nos conceitos anteriormente tratados, trazer a discussão da problemática. O objetivo deste trabalho é demonstrar, através da lei e da doutrina, se o nascituro possui ou não personalidade jurídica.

Palavras-chave: Início da vida; Nascituro; Personalidade; Vida pré-natal; Direitos de Personalidade; Teoria do início da vida; Pessoa; Direito Civil; Parte Geral.

ABSTRACT

In this dissertation will be discussed the issue of the legal status of the unborn child and the controversial question at the beginning of his personality in the legal system of Portugal and Brazil. The study brings a reflection on the subject of the unborn child from a juridical perspective, based on the General Part of the Civil Code, both from Brazil and from Portugal, and thus to point out a solution to the problem, which is to say whether the unborn child has personality or not. The question of the legal personality of the unborn is a topic that generates much discussion among the doctrinators. Based on art. 66 of the Portuguese Civil Law, and in art. 2 in Brazilian Civil Law, which relate to the beginning of legal personality. During the dissertation will be explained what is the legal personality, what is person, what is and how are acquired personality rights and legal capacity, in addition to explaining the concept of life in the legal framework, will be analyzed the theories of beginning of life, and thus address the child, and based on the concepts previously treated, bring the discussion of the problem. The objective of this work is to demonstrate, through law and doctrine, whether or not the unborn child has legal personality.

Keywords: Beginning of life; Unborn; Personality; Prenatal life; Personality Rights; Theory of the beginning of life; Person; Civil Law; General part.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo

CC – Código Civil

CC/02 – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

TJ – Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

§ - Parágrafo

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
1.PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA	14
1.1 Aspectos Históricos	14
1.2 O Conceito de Personalidade Jurídica e os Direitos de Personalidade	16
1.2.1 Noções gerais da definição de Pessoa no Direito	22
1.3 Início da Personalidade jurídica	25
1.4 Capacidade Jurídica	29
1.4.1 Capacidade Jurídica de Gozo e de Exercício	31
2. VERTENTES SOBRE O INÍCIO DA VIDA NO DIREITO	33
2.1 A Vida em seu Conceito Jurídico	33
2.2 Teorias do início da Personalidade	38
2.2.1 Teoria Natalista	39
2.2.2 Teoria Concepcionista	47
2.2.3 Teoria da Personalidade Condicional	53
3. DA ACEPÇÃO DO NASCITURO NO UNIVERSO JURÍDICO	59
3.1 Primeiras linhas sobre o nascituro	59
3.1.1 Concepturo	67
3.1.2 Sujeitos de Direitos e Entes Despersonalizados	69
3.2 Referências Legais	73
3.3 Da Problemática em face da Personalidade Jurídica do Nascituro	80
3.4 Apontamentos da Figura do Nascituro perante o ordenamento estrangeiro	87
CONCLUSÃO	91
BIBLIOGRAFIA	94
JURISPRUDÊNCIA	100

INTRODUÇÃO

Toda pessoa é dotada de personalidade jurídica, o que lhe garante aptidão para ser portadora de direitos e de obrigações. A palavra *pessoa* designa não apenas o centro de imputação de direitos e deveres do ser humano, mas também os entes criados para disciplinar atividades coletivas do ser humano (pessoas jurídicas).¹ A qualidade de pessoa, é atribuída ao ser humano nascido com vida².

Antes do nascimento, o feto, em desenvolvimento no útero materno, é chamado de nascituro, sua existência para fins do direito civil, inicia com a implantação uterina, por meios tanto naturais como artificiais, se encerrando quando nasce ou não com vida.³ Garante-se ao nascituro a tutela de direitos que lhe serão transferidos se vier a nascer com vida, caso venha a nascer sem vida, nada se transmite.⁴

A personalidade jurídica, tanto do Brasil como de Portugal, se inicia com o nascimento com vida, (nascimento entende-se como a separação do nascituro do ventre materno), como afirmativa, temos no Civil direito Brasileiro, em seu art.2 aduz: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. E no Código Civil Português, podemos encontrar, que o início da personalidade, esta em seu art. 66, no qual afirma: “(começo da personalidade): 1 - A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2 - Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Mesmo que na lei esteja constando que o com o nascimento com vida, se inicia a personalidade jurídica, a doutrina ainda não definiu um entendimento de quando a personalidade jurídica se inicia, e assim, se dividiu em três principais correntes.

Nesse sentido, a discussão do presente trabalho se dá, em que momento o ser humano se torna pessoa. Se baseando nas teorias apontadas pela doutrina e as relacionando com o texto da lei.

¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29-30.

² LOBÔ, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

³ Ibid, p. 98.

⁴ Ibidem, p. 100.

Algumas correntes, como é o caso da teoria concepcionista, afirma que o momento da aquisição de personalidade é já na concepção, por outro lado, sendo mais fiel ao texto de lei, temos a teoria natalista, a qual admite que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento com vida, e que antes disso o nascituro é um ser humano e não uma pessoa, e temos uma terceira teoria, que é uma mistura dessas outras duas, a teoria da personalidade condicional, a qual afirma que o nascituro é pessoa desde a concepção, no entanto, seus direitos ficam assegurados aguardando seu nascimento com vida.⁵

O objetivo deste trabalho é demonstrar, através da lei e da doutrina, se o nascituro possui ou não personalidade jurídica.

Primeiramente, há de se fazer uma análise quanto a parte história dos direitos de personalidade, conceituando personalidade jurídica e os direitos de personalidade, e assim, demonstrar o que é pessoa e quando ela adquire personalidade jurídica. Além disso, faz se necessário demonstrar o que é a capacidade jurídica e suas modalidades. Demonstrando que capacidade e personalidade jurídica são conceitos distintos.

Dada tais definições, cabe colocar o que é a vida em seu conceito jurídico, e partir disso, falar das três principais teorias que dizem respeito ao início da personalidade: teoria natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

Feitas as abordagens, estamos prontos para entrar no tema, a acepção do nascituro no universo jurídico. Uma pequena abordagem histórica do nascituro é necessária, afim de demonstrar uma visão mais ampla do nascituro e como o direito romano tem influência no conceito que usamos nos tempos modernos, além de conceituar a o que seria o nascituro. Ao conceitua-lo deparamos com outra figura semelhante, o concepturo, o qual merece definição, a fim de tais conceitos não sejam confundidos. E assim será apresentada a problemática, demonstrar, diante dos conceitos apresentados, se o nascituro possui ou não personalidade jurídica.

Uma das hipóteses de solução do problema, seria uma adequação da legislação, do Brasil, fundamentada no art.2 do Código Civil e de Portugal, no art. 66 do Código Civil, os quais dizem respeito ao início da personalidade jurídica, juntamente com a teoria natalista,

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil: Parte geral e LINDB*. Vol.1 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p.310.

e os conceitos de pessoa, capacidade e personalidade jurídica, fazer uma conclusão sobre o tema, na qual o nascituro não possui personalidade jurídica.

Outra hipótese de solução, seria, entender como correta uma das teorias apontadas pela doutrina, no caso a concepcionista, e modificar os conceitos de pessoa e adaptá-lo ao nascituro, admitindo, baseado nos conceitos da doutrina que o nascituro possui personalidade jurídica desde sua concepção.

E última hipótese é juntar o texto de lei, e a teoria da personalidade condicional e ver como a lei e esta teoria se enquadram para dar personalidade ao nascituro, mas que seus direitos ficam em condição suspensiva até o momento de seu nascimento.

A importância do tema diz razão a discussão entre a doutrina e a legislação que não entraram em acordo sobre como esta figura jurídica pode ser enquadrada do ordenamento e se possui ou não personalidade.

O trabalho será realizado pelo método dedutivo, o qual, partirá da teoria e da Lei para chegar na solução da problemática.

A metodologia a ser usada terá como instrumentos auxiliares o levantamento bibliográfico de livros físicos, documentos, artigos de sites de internet, além de leis e doutrinas.

1.PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA

1.1 Aspectos Históricos

Com a intenção de atender suas inevitabilidades do campo das relações sociais, o homem adquire direitos e deveres perante a sociedade, o qual o fez ser titular de relações jurídicas. Sendo assim, toda pessoa tem direito à uma proteção jurídica, a qual denominamos direitos de personalidade.⁶

Já na Antiguidade, o Direito Romano não contemplava os direitos da personalidade nos moldes que conhecemos, apenas fazia menção a chamada *actio injuriarum*, que era uma ação contra a injúria, que abrangia qualquer atentado contra a pessoa. Os gregos também não tinham uma estrutura para tutelar os direitos de personalidade, existia uma ação denominada *dike kakegonc*, punindo aquele que violava algum interesse moral ou físico.⁷

Na Era Medieval, no Século XIII, com a Carta Magna da Inglaterra, passou a admitir direitos próprios do ser humano⁸, ou seja, estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, e de maneira implícita à reconhecer os direitos de personalidade⁹. Foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão¹⁰.

Diante às atrocidades caudadas pelo Nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, na Segunda Guerra Mundial, sentiu-se necessário uma proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana¹¹. Era preciso de uma tutela em favor da pessoa humana, a qual foi resguardados na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas¹².

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do Direito Civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.115.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit, p.174.

⁸ DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.116.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit, p.175.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.116.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit, p.175.

¹² DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.117.

No âmbito do Direito Privado, o direito de personalidade nem sempre estiveram presentes, embora contemplados na Constituição. O Código Civil francês de 1804 os tutelou embora sem defini-los. O Código Civil italiano de 1865 não contemplava, já o do ano de 1942, consta em seus art. 5 ao 10. No atual Código Civil faz menção em seus art. 70 ao 81. No Brasil, o Código Civil atual faz menção aos direitos de personalidade nos art. 11 ao 21^{13 14}.

Os direitos de personalidade de uma certa maneira foram assegurados as pessoas, mas não com tanta importância como vemos hoje, mas de alguma maneira o sistema jurídico pensou em proteger o homem, mesmo que sucintamente. Com o passar dos tempos, com a evolução da sociedade e do direito, podemos notar que o homem começou a ser mais valorizado, mas somente com o término da 2 Guerra Mundial e as consequências por ela causadas em todo mundo, conseguiu dar enfoque ao ser humano, como um ser que merece ter mais proteção jurídica, assim como proteger ele, dos outros e de si mesmo.

Sendo assim podemos notar que a pessoa foi colocada em foco e sua proteção foi enfatizada e âmbito geral, tanto na ciência como no Direito. Foi uma evolução gradativa, que teve como consequência a criação dos direitos de personalidade implementada nos Códigos Civis, para que o homem fosse visto como uma pessoa, na qual possui de direitos e de obrigações, ou seja, um sujeito dotado de personalidade jurídica.

¹³ DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.117.

¹⁴ Ibidem, p.117. Maria Helena aduz ainda, sobre a parte histórica dos Direitos de Personalidade, com foco no Direito Brasileiro: Somente em fins do Século XX se pode construir a dogmática dos direitos de personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1, III da CF/88. A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado de segurança; do mandado de injunção; do *habeas corpus*; do *habeas data*, etc. Com isso reconhece-se nos direitos de personalidade uma dupla dimensão: a axiológica pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o processo tecnológico, p.ex., conciliando a liberdade individual com a social.

1.2 O Conceito de Personalidade Jurídica e os Direitos de Personalidade

A personalidade Jurídica consiste no conjunto de características próprias da pessoa¹⁵, é ela que apoia os direitos e deveres que irradia. É o primeiro bem da pessoa, para que sobreviva e se adapte às condições do ambiente em que se encontra e que possa adquirir, aferir e ordenar outros bens¹⁶. É uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos¹⁷, além de ser um valor insuscetível, de modo que proteja às pessoas das mais variadas situações em que vier encontrar¹⁸.

É um conceito basilar, elementar do Direito Civil, o qual se estende a todas as pessoas, devendo ser vislumbrada na textura constitucional, servindo como valor máximo da ordem jurídica, traduz o valor maior do ordenamento jurídico, um valor ético, vindo dos matrizes constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana¹⁹.

A personalidade é um atributo indispensável para se tornar um sujeito de direitos, a qual se trata de uma aptidão genérica que um indivíduo tem de ser titular e de ter direitos e contrair obrigações²⁰, ou seja, é a possibilidade de figurar nos polos da relação jurídica, a qual protege a personalidade íntima, psíquica de cada pessoa²¹. É parte integrante à pessoa, na qual é colocada de maneira intrínseca, permitindo que o titular adquira, exercite, modifique, substitua, extingue ou defenda interesses.

Os doutrinadores CRISTIANO FARIAS e NELSON ROSENVALD, entendem que o conceito de Personalidade Jurídica não pode estar ligado ao conceito de sujeito de direitos, entendem que seja mais que isso, pois é um atributo reconhecido à uma pessoa para que ela possa atuar no plano jurídico e ter uma proteção jurídica, reconhecida pelos direitos de

¹⁵ G. Telles Jr. *Direito Subjetivo – I*, in Enciclopédia Saraiva do direito, v.28, p.315, apud DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.117.

¹⁶ G. Telles Jr., *Direito Subjetivo*, cit., p.315; indicação, cit., p.297-304, apud DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.118.

¹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2 reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 193.

¹⁸ Gustavo Terepeno in A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, p.XXXII apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 123. “A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias”.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit., p.173.

²⁰ AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op.cit, p.123.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. Vol.1. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 137.

personalidade, no qual possui uma tutela especial, podendo reclamar direitos fundamentais ao exercício de uma vida digna²².

Denota-se que a personalidade jurídica é um conceito basilar, que é exigido no Direito e reconhecido²³ à todas as pessoas, sendo verificada na legislação civil e nos direitos constitucionais. É um conjunto de características integrante da pessoa, uma projeção da personalidade íntima de cada ser humano, e garante aos indivíduos um mínimo de proteção fundamental, na qual traz a possibilidade de figurar nos polos das relações jurídicas, e por ter uma tutela especial, pode reclamar por seus direitos fundamentais.

A personalidade jurídica permite ao ser humano ser titular dos direitos de personalidade²⁴.

Os Direitos de Personalidade asseguram a integral proteção da pessoa humana. A classificação dos direitos de personalidade corresponde à projeção da tutela jurídica em todas as áreas que atua o ser humano. Os direitos de personalidade tendem à afirmação plena da integridade do seu titular, ou seja, de sua dignidade²⁵.

Pode-se conceituar os direitos de personalidade como espécies de direitos subjetivos fundamentais, corolários da dignidade humana²⁶, pertencentes às características físicas, intelectuais e morais do ser humano.

As mais importantes características dos Direitos de Personalidade são sua intransmissibilidade e sua inalienabilidade, pois são direitos indisponíveis, impedindo que o titular possa dispor em caráter permanente ou total, a fim de preservar a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual. Todavia, deve ser compreendida como uma perspectiva relativa de indisponibilidade, pois, admite-se, eventualmente, a cessão do seu exercício, em algumas

²²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit, p.172.

²³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153. Carlos Roberto Gonçalves aduz ainda, sobre os direitos de personalidade, que: “A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade”.

²⁴AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op.cit., p. 189.

²⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit., p.213.

²⁶CARVALHO, Ivo César Barreto de. *A tutela dos Direitos da personalidade no Brasil e em Portugal*. Revista RIDB, Ano 2 (2013), n.3, p.1778-1820 – ISSN: 2182- 7567. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_017_79_01820.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2017. P. 1783.

situações e dentre de certos limites, na qual poderá dispor deles, em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade.²⁷

Além da indisponibilidade, os direitos de personalidade têm outras características, serão: absolutos, imprescritíveis, extrapatrimoniais e vitalícios.

São absolutos por possuírem uma eficácia erga omnes, impondo-se a coletividade o dever de respeitá-los. São imprescritíveis, pois, impedem que a lesão a um direito de personalidade venha prescreva com o tempo, não existindo, assim, um prazo extintivo para que seja exercido um direito de personalidade, a fim de garantir o exercício do direito. O caráter extrapatrimonial consiste na apreciação econômica dos direitos de personalidade, pois, uma vez violados os direitos de personalidade, o ofendido pode requerer uma reparação de danos, como uma forma de compensar o prejuízo a ele causado. Os direitos de personalidade não podem ser penhorados, em decorrência do seu caráter de impenhorabilidade. E por fim, são vitalícios, se extinguem com a morte do titular, tem também como caráter a sua intransmissibilidade²⁸. Falecendo²⁹ o titular dos direitos de personalidade, não será admitida a transmissão, extinguindo assim, sua personalidade jurídica.³⁰

Os direitos de personalidade são direitos subjetivos da pessoa para defender aqui que lhe é próprio, ou seja, a liberdade, identidade, honra etc. Nada mais são que direitos

²⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit., p.180-183.

²⁸Ibidem, p.183. Cristiano Farias e Nelson Rosenvald aduzem que: “É de se destacar, portanto, que os direitos de personalidade são, de fato, intransmissíveis. Todavia, essa intransmissibilidade (CC, art.11), é possível que os seis reflexos patrimoniais sejam transmitidos para o espólio (sucessores) do falecido. Assim sendo, é reconhecida a transmissão do direito (patrimonial) de exigir uma reparação pecuniária ela violação de direitos (patrimoniais ou existenciais) de uma pessoa morta, conforme previsto no art. 943 do Código Civil. Aqui, o que se transmite é o direito indenizatório, de natureza marcadamente patrimonial. Ou seja, é o direito de exigir a reparação de um dano sofrido através do recebimento de uma indenização a que o morto faria jus se tivesse proposto a ação, ou a obrigação de prestá-la, quando o falecido causou um dano e morreu sem repará-lo. Não há, efetivamente transmissão de algum direito personalíssimo violado, até porque, como visto, o direito de personalidade é intransmissível”. (art. 943, CC Brasileiro: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se em herança”).

²⁹ Ibidem, p.183. “Não se esqueça, de qualquer forma, que se reconhece, como um direito da personalidade da pessoa humana (viva), a proteção aos valores jurídicos da personalidade de algum familiar que já morreu, como assinala o parágrafo único do art.12 do Estatuto Substantivo. São os chamados lesados indiretos, que estão legitimados para reclamar, em nome próprio, a proteção aos direitos da personalidade (próprios), consubstanciados na defesa de valores personalíssimos do seu cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes (mortos), em linha reta ou colateral até o quarto grau. Neste caso, o dano ocorre depois da morte da pessoa, atingindo, diretamente, ao morto (que não mais tem personalidade), e, por igual, indiretamente aos seus parentes e cônjuge ou companheiros vivos. Por isso, são designados lesados indiretos.

³⁰ Ibid, p.180 et seq.

comuns da existência, porque são permissões dada a cada pessoa pelas norma jurídica, para defender um bem que a natureza te deu³¹.

FÁBIO ULHOA COELHO afirma que os direitos de personalidade são direitos basilares das relações civis, os quais são derivados da própria dignidade ínsita ao ser humano³². Os quais, segundo Adriano Cupis³³, tem uma natureza como os direitos essenciais, pois existem alguns direitos sem os quais todos os demais direitos perderiam interesse para o indivíduo. Esses direitos essenciais, segundo Cupis, se identificam com os direitos de personalidade, pela razão deles constituírem a “medula da personalidade”.

O ordenamento jurídico brasileiro se orienta na defesa dos direitos de personalidade, os quais se baseiam na dignidade humana, tem proteção nas normas constitucionais. Em seu art.1 da CF, estão assegurados o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material moral ou à imagem”, como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”³⁴.

Em Portugal, os direitos de personalidade, também baseados na dignidade humana³⁵, estão inseridos no Capítulo I – Direitos, liberdade e garantias pessoais, do Título II – Direitos, liberdades e garantias, se sua Constituição³⁶.

³¹ G. Telles Jr. *Direito Subjetivo – I*, in Enciclopédia Saraiva do direito, v.28, p.315 e 316, apud DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.118.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181 apud CARVALHO, Ivo César Barreto de. *A tutela dos Direitos da personalidade no Brasil e em Portugal*. Revista RIDB, Ano 2 (2013), n.3, p.1778-1820 – ISSN: 2182- 7567. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_017_79_01820.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2017. P. 1781 e 1783.

³³ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 23-24, apud CARVALHO, Ivo César Barreto de, op.cit., p. 1782. Adriano Cupis aduz que: “Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade”.

³⁴ CARVALHO, Ivo César Barreto de, op.cit, p. 1784.

³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 36.

³⁶ CARVALHO, Ivo César Barreto de, op. cit., p. 1784.

A Constituição da República Portuguesa, já no preâmbulo, garante os direitos fundamentais aos cidadãos, e, no art. 1, por declarar que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. No artigo 13 reconhece que “todos os cidadãos são iguais perante a lei”. Nos art. 24 e segs., consagra os direitos à vida, à integridade física e moral, à idoneidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e a reputação, à imagem, à palavra e a à reserva da intimidade privada, à liberdade e segurança, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à constituição de família, à liberdade de consciência, religiosa e de culto. No seu artigo 18, aplicação direta destes direitos de personalidade, como direitos, liberdades e garantias, e impõem, no artigo 288, como limite material à sua própria revisão o respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e admite, no artigo 8, a vigência na ordem interna do direito internacional respeitante aos direitos fundamentais. Com isso, foi garantido a dignidade constitucional dos direitos fundamentais³⁷, e inclusos neles, o fundamento dos direitos de personalidade.³⁸

No âmbito constitucional, tanto o ordenamento português como o brasileiro têm uma aproximação dos direitos fundamentais com os direitos de personalidade. Denota-se importante destacar como no Direito Civil os direitos de personalidade são conduzidos tanto no Brasil como em Portugal.

O Código Civil Brasileiro, o Capítulo II - Dos Direitos de Personalidade, respectivamente em seu art. 11 a 21. A tutela dos direitos de personalidade está prevista no art. 12 do Código Civil brasileiro, o qual estabelece três espécies de tutela: preventiva, atenuante e indenizatória. Neste caso, a tutela preventiva consiste na possibilidade de uma pessoa solicitar providências judiciais no intuito de cessar a ameaça a seu direito. Já a tutela

³⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396, apud CARVALHO, Ivo César Barreto de, op.cit., p. 1785. J.J. Gomes Canotilho, faz uma distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade: “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como <<direito à pessoa ser e à pessoa devir>>, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”.

³⁸VASCONCELOS, Pedro Pais de, op.cit, p. 36.

atenuante consiste em estabelecer proteção à vítima que foi lesionada em seu direito de personalidade. No âmbito da Responsabilidade Civil, a tutela indenizatória não possui um procedimento especial específico para os direitos de personalidade, sendo assim, cabe ao titular de um direito de personalidade ameaçado ou violado socorrer-se das tutelas específicas de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, sem prejuízo de indenização por perdas e danos³⁹.

No Direito Civil Português, em seu Título II – Das Relações Jurídicas, a Seção II – Direitos de Personalidade, respectivamente em seus arts. 70 a 81⁴⁰ sobre a tutela dos direitos de personalidade e suas espécies.

O Direito Civil Português em seu art. 70⁴¹, fala sobre a tutela geral da personalidade, diz respeito aos direitos de personalidade, os quais protegem o indivíduo de qualquer ofensa a sua integridade física ou moral, a qual independe da responsabilidade civil, podendo recorrer por providências adequadas, a fim de evitar a consumação, ou atenuar as ofensas já sofridas. No art. 71 admite a proteção dos direitos de personalidade depois da morte do respectivo titular, no art. 72, protege o direito ao nome, nos artigos 75 a 79 tutela a reserva das cartas missivas confidenciais, das memórias familiares e outros escritos, e bem assim das cartas missivas não confidenciais, no artigo 79 consagra o direito à imagem e no artigo 80 o direito à reserva da intimidade da vida privada, no artigo 81, admite a limitação voluntária quer dizer, negocial dos direitos de personalidade, enquanto não for contrária à ordem pública, mas permite a revogação a todo o tempo dessas limitações, impondo porém àquele que se desvincula a obrigação de indemnizar os danos que essa desvinculação causar “às legítimas expectativas da outra parte”, não obstante o caráter lícito da desvinculação.⁴²

No âmbito do Código Civil Português confere aos indivíduos, vítimas de ofensas ou ameaças de ofensas a seus direitos inatos e fundamentais, três tutelas, a preventiva, indenizatórias e a atenuante. A tutela preventiva confere às pessoas ameaçadas de requererem providências judiciais, a fim de cessarem as possíveis violações a atos ilícitos

³⁹ CARVALHO, Ivo César Barreto de, op. cit., p. 1788.

⁴⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de, op.cit., p. 36.

⁴¹ Código Civil Português, Artigo 70 (Tutela geral da personalidade): 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

⁴² VASCONCELOS, Pedro Pais de, op.cit., p. 36.

que venham a transgredir um dado direito de personalidade. No que confere à tutela indenizatória, é a possibilidade do indivíduo violado buscar indenização por ato ilícito praticado por aquele que tenha praticado a lesão. Quando a reconstrução do direito de personalidade é violado e é impossível retornar ao *status quo ante*, está a se falar de tutela atenuante, ou seja, quando ocorre a lesão ao bem jurídico é insuscetível de total desfazimento⁴³.

Diante o exposto, os direitos de personalidade são uma proteção à pessoa, uma afirmação da plena integridade do seu titular, para proteger aquilo que é próprio do ser humano, sua dignidade.

De maneira geral, adquire personalidade jurídica e com consequência adquire capacidade, e se tem personalidade está assegurada pelos direitos de personalidade, e só tem esses direitos, se forem pessoa.

1.2.1 Noções gerais da definição de Pessoa no Direito

A palavra *pessoa*, do latim *persona*⁴⁴, é todo ser humano com vida, dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana⁴⁵. Em termos jurídicos, pessoas são qualquer entidades das quais possam ter relações jurídicas, titular poderes e estar adstrita a vinculações⁴⁶.

⁴³CARVALHO, Ivo César Barreto de, op.cit., 1788-1789.

⁴⁴VENOSA, Sílvio de Salvo, op.cit., p. 127/128. Conceitua: “a palavra *persona* no latim significa máscara de teatro, ou, em sentido figurado, o próprio papel atribuído a um ator, isto porque na Antiguidade os atores adaptavam uma máscara ao rosto, com o dispositivo especial que permitia emitir a voz. Pela evolução de sentido, o termo *pessoa* passou a representar o próprio sujeito de direito nas relações jurídicas, como se todos nós fossemos atores a representar um papel dentro da sociedade”.

⁴⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 304.

⁴⁶FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil I*: Introdução, pressupostos da relação jurídica. 5 ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica, 2009, p. 128. “Em termos jurídicos, pessoas são, pois, qualquer entidades entre as quais se possam estabelecer relações jurídicas, ou seja, por outras palavras, entidades a quem sejam imputáveis os poderes e as vinculações em que o conteúdo da relação jurídica se analisa. Em suma, pessoa jurídica é toda a *entidade que pode ser titular de poderes e estar adstrita a vinculações*”. Carvalho explica ainda: “A titularidade consiste no vínculo de pertença efectiva de um direito a certa pessoa. Quando se diz que A é titular do direito de propriedade sobre a coisa X, pretende-se significar que esse direito *pertence a A*, A doutrina reserva a expressão *titularidade* para os direitos; na verdade, não faz sentido, no plano linguístico, falar-se em *titularidade* de uma vinculação. Não se verifica já unanimidade quanto à designação da situação paralela de *pertença* de uma vinculação a certa pessoa. Para se identificar é preferível a de *adstrição*. A palavra *adstrição* e a correspondente locução *estar adstrito a*, além de serem sugestivas em si mesmas e manterem ligação ao sentido que na linguagem corrente se lhes atribui, são também usadas pela própria lei. Veja-se, significadamente, a definição de obrigação constante no art. 397 do C.Civ. Aponta-se, por vezes, em alternativa a *adstrição*, a palavra *vinculação*, mas esta é reservada para

Para ser pessoa⁴⁷, deve ser um sujeito em plenitude de seus direitos, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos. Pessoa, segundo JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, é o ente abstratamente criado para disciplinar a atividade coletiva do ser humano, marco do refinamento e da evolução da civilização ocidental que procurou regular a atividade das sociedades⁴⁸.

A pessoa, assumiu uma posição destacada dentro da relação jurídica e que o reconhecimento da necessidade de proteção máxima ao ser humano acabou conduzindo à concepção e a consagração dos denominados direitos fundamentais⁴⁹.

Podemos dizer que toda pessoa é um ser humano, mas nem todo ser humano é uma pessoa. Para ser uma pessoa, deve nascer com vida e assim adquirir todos os direitos e deveres perante o ordenamento jurídico.

denominar outra realidade. Por contraposição a ser titular de um direito, diz-se *estar adstrito a uma vinculação*”.

⁴⁷LOBÔ, Paulo, op. cit., p. 93.; na íntegra, o parágrafo em que Paulo Lobô faz um resumo histórico da questão sobre o conceito de pessoa: “No mundo antigo greco-romano, pessoa (daí personagem) era a máscara utilizada pelo artista, nas representações teatrais. A máscara indicava o personagem do drama, o papel a ela atribuído pelo autor. Progressivamente, passou ao direito como atributo conferido aos homens livres. No auge de Atenas, no século V antes de Cristo, em uma população de quatrocentos mil habitantes, metade era constituída de escravos, em grande parte aprisionados em guerras, e a outra metade de pessoas em graus distintos, pois apenas trinta mil podiam votar nas assembleias. O escravo não era pessoa ou até mesmo sujeito de direito limitado, mas sim objeto, coisa negociável e submetida à propriedade arbitrária de seu dono. Um filósofo antigo define sua condição ao dizer que o escravo era uma “ferramenta amada” – uma espécie de máquina que oferecia a vantagem de compreender e executar as ordens que lhe dessem (Bonnard, 2007, p.120). Até mesmo Aristóteles acreditava em seu tempo que havia, além dos prisioneiros de guerra reduzidos à escravidão – escravos convencionais –, homens que seriam escravos naturais, isto é, destinados pela natureza a ser uma posse animada de outros. No século VI depois de Cristo, o imperador romano Justiniano justifica a escravidão, como oriunda do direito das gentes, ainda que contrária ao direito natural, porque por este “todos os homens nasciam livres desde o começo” (1979, p.9)”.

⁴⁸MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de, op. cit., p. 29/30.

⁴⁹Ibidem, p. 30. Ainda sobre o assunto dos direitos fundamentais, Medina comenta que: “o desenvolvimento dos direitos fundamentais, especialmente após a segunda metade do século XX, pautou-se pelo fortalecimento da proteção ao cidadão em relação ao Estado. A firma-se, no caso, que se está diante de eficácia vertical dos direitos fundamentais (Estado > cidadão), na qual o Estado é visto como um “adversário” (Gerner) (cf. Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, p.23). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais atuam como uma barreira referente ao *status negativus* do cidadão, conferindo-lhe direitos de proteção em relação ao Estado (Abwehrrechte des Bürger gegen den Staat). Atualmente, os direitos fundamentais não representam apenas uma limitação contra a atividade estatal (eficácia vertical), mas aderem ao próprio ordenamento privado, aplicando-se entre pessoas (eficácia horizontal – *Drittwirkung*) (cf. Medina, *Constituição Federal Comentada*, p.57). os direitos fundamentais não podem ser tipificados, taxativamente; não seria adequado sustentar que a proteção do indivíduo se exaure com a leitura dos incisos do art. 5 da CF (cf., a propósito, § 2 do art. 5 da CF). A proteção à individualidade do indivíduo representa uma cláusula geral do sistema constitucional (Massimo Bianca, *Diritto civile*, p.147) que permite a construção, no caso concreto, das possíveis tutelas jurídicas da pessoa em respeito à dignidade e proteção ao ser humano”.

No entendimento de CRISTIANO FARIAS e NELSON ROSENVALD, pessoa natural é o ser humano e sua dignidade. Não podendo ser subtraída a sua qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direitos. Sendo assim, tem proteção básica e fundamental, dotado de personalidade, podendo titularizar relações jurídicas.⁵⁰

A *pessoa*, no entendimento de CARVALHO FERNANDES, é vista em sua categoria jurídica, em seu plano abstrato, e não só da sua entidade⁵¹.

OLIVEIRA ASCENSÃO caracteriza a pessoa em duas maneiras. A primeira com a possibilidade de se contrapor ao mundo, tendo consciência e dominando-o, o homem se impõem no mundo fora de seus instintos e determina-se com liberdade, entrega-se ao mundo e não se reduz a ele. Em segundo, a pessoa tem a consciência e domínio de suas próprias funções vitais e psíquicas, tendo a capacidade de se auto-possuir. Caracteriza a pessoa como entidade ética mais biológica, pois o homem tem o sentido dos seus fins intrínsecos.⁵²

Pessoa é, então, um ser com autonomia, o qual se difere dos demais animais, que age por instintos. O homem age conforme sua consciência, ele pensa antes de agir, possui liberdade, como afirmou OLIVEIRA ASCENSÃO. Mas além disso, das nossas características racionais, no campo jurídico, assim que nos tornamos pessoa. Digo, tornarmos pessoa, pois adquirimos essa “categoria”, quando nascemos com vida, ou seja, antes de nascer, somos seres humanos, mas no momento do nascimento com vida, adquirimos todos os direitos de personalidade, e assim tornando pessoa.

Deste entendimento, PAULO LOBÔ, aduz que o sistema jurídico poderia classificar com pessoa o ser humano em desenvolvimento no ventre materno ou o embrião

⁵⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit, p. 304. “Pessoa natural é o ser humano e sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade pessoa, enquanto sujeito de direitos. Por isso, todo ser humano (isto é, toda pessoa natural) é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica”.

⁵¹FERNANDES, Luis A. Carvalho, op.cit, p. 126. Sobre as pessoas, Fernandez afirma: “Cabe, desde logo, dizer que por razões meramente didáticas, as pessoas são aqui consideradas num plano abstrato, isto é, enquanto categoria juridical e não no da entidade que, in concreto, em cada momento surja como titular de certo direito ou como adstrita a certa vinculação. Nem por isso deixa de se assinalar e ter bem presente a realidade ontological das pessoas e, em particular, em quanto às pessoas físicas ou singulares, a imanente dignidade do Homem, que preside, e deve presidir, a todo o Direito”.

⁵²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Parte Geral*, introdução, as pessoas e os bens. Vol. 1. Coimbra, Coimbra editora, 1997. p.40/41.

*in vitro*⁵³. Todavia, entende, que histórica e culturalmente, a qualidade de pessoa, é atribuída ao ser humano nascido com vida, e assim, que pessoa é um atributo conferido ao direito, e não um significado da natureza. Sendo um “conceito cultural e histórico, que o direito traz para seu âmbito”.⁵⁴

Se com o nascimento com vida nos tornamos pessoas, deste nascimento vem outros direitos, somos seres humanos em sua plenitude, deixamos de ser uma expectativa e passamos a viver em sociedade. Disto, adquirimos os Direitos de Personalidade, logo, possuímos personalidade jurídica.

Sobre a ideia de personalidade, MARIA HELENA DINIZ, diz que pessoa se torna um sujeito das relações jurídicas, a qual possui direitos e obrigações⁵⁵. Mas, não podemos estar limitados na ideia de que, sendo pessoa, temos personalidade e titularizar relações jurídicas, com isso, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, aduzem que, pessoa não pode ser tão somente a possibilidade de titularizar relações jurídicas, pois, a pessoa possui uma existência (que deve ser digna), sendo disposto de uma proteção básica e elementar, tendendo a promover a inexorável dignidade⁵⁶.

Diante disso, fora afirmado anteriormente que os direitos de personalidade pertencem as pessoas com personalidade jurídica, cabe demonstrar quando a personalidade jurídica se inicia.

1.3 Início da Personalidade jurídica

Todas as pessoas são dotadas de personalidade jurídica, pretende-se neste primeiro momento, demonstrar quando se inicia e como ela é obtida.

⁵³ LOBÔ, Paulo, op. cit, p. 93. “O sistema jurídico poderia qualificar como pessoa o ser humano em desenvolvimento no ventre materno, ou o embrião concebido *in vitro*. Todavia, histórica e culturalmente, a qualidade de pessoa sempre foi conferida ao ser humano que nasceu com vida. O natimorto não é e nunca foi pessoa. Muitos filósofos e juristas concordam que o termo “humano” pode ser compreendido a partir de duas noções: 1) ser humano da espécie *homo sapiens*; 2) ser pessoa. A noção de pessoa implica ser autoconsciente, que pode se relacionar completamente com outros membros de sua espécie, o que exige o nascimento com vida”.

⁵⁴ LOBÔ, Paulo, op.cit., p. 93.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena, op. cit, p. 114. “Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade”.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit, p. 169/170.

O Código Civil Português, afirma, em seu art. 66 “(começo da personalidade): 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

São dois os requisitos da personalidade singular: nascimento completo e com vida. A lei demarca, dentro da continuidade biológica que se inicia a concepção, o momento em que uma nova pessoa é externamente reconhecível e coloca aí o início da personalidade jurídica⁵⁷. Haverá o nascimento completo quando o feto se separar inteiramente do corpo materno.

Entende-se por nascimento a retirada da criança do útero materno, seja no período adequado ou não, por meio de parto natural ou procedimento invasivo. É o início da vida extra-uterina, o momento que o nascituro se desvincula do corpo materno para adquirir ou não vida própria⁵⁸.

Então, para que haja o nascimento com vida, o indivíduo deve ter respirado, ter realizado ao menos uma troca oxicarbônica com o meio ambiente, ainda que não se tenha cortado o cordão umbilical⁵⁹.⁶⁰

O nascimento pode se dar com a vida (*nado-vivo*) ou sem vida e o ente acaba de nascer diz-se um *nado-morto*⁶¹. Apenas o nado-vivo é pessoa jurídica, segundo o artigo 66 do Código Civil. Tal afirmativa nos leva a analisar o segundo requisito, a vida.

Ao falar de vida, tem relação ao ente que acabara de nascer, significa que se trata de uma vida própria desse ser fora da vida uterina ou intrauterina. Considera manifestação de vida desde que ocorra após a separação do feto, a respiração, a pulsação do coração ou do cordão umbilical, a contração efetiva de qualquer músculo sujeito à ação da vontade⁶².

⁵⁷ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit, p. 42.

⁵⁸MOURA, Alessandro. *As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional*. Caderno virtual n.22, v.1 –jul-ago/2011.Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

⁵⁹Ibidem.

⁶⁰MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral: de acordo com o novo código civil*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64. Merece registro o fato de que, quanto à manutenção ou não da ligação entre mãe e filho, Washington de Barros Monteiro defende que deve ser cingido a cordão umbilical para que se configure o nascimento completo e com vida. Isto significa que, embora tenha o infante dado todos os demais sinais de vida, tais como movimentar-se ou mesmo chorar, se o vínculo umbilical não foi desfeito, ainda não há nascimento para fins jurídicos. Contudo, vale lembrar que este posicionamento é minoritário.

⁶¹FERNANDES, Luis A. Carvalho, op. cit., p. 200.

⁶²Decreto-lei 44 128, art. 2.º Considera-se nascimento de criança viva a expulsão ou extração completa, relativamente ao corpo materno e independentemente da duração da gravidez, do produto da fecundação que,

Para o direito português há personalidade desde que haja vida, independente da sua duração⁶³. Assim, se o nado-vivo morrer imediatamente a seguir ao seu nascimento, foi uma pessoa jurídica.

Estas especificidades destinam esclarecer o que é o nascimento, o qual não existe se o ser estiver ainda ligado à mãe⁶⁴. O nascimento com vida torna-se um momento decisivo do regime jurídico das pessoas singulares.

No Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O nascimento com vida demarca o início da personalidade. No entanto, na segunda parte do artigo 2 do Código Civil Brasileiro, existe uma ressalva que garante desde a concepção a proteção dos direitos do nascituro.

O nascimento se comprova com o registro público, conforme se tem no art. 50 e seguintes da Lei Ordinária 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Entretanto, por ser um fato, a sua prova pode ser realizada a qualquer tempo por meio que não o termo público⁶⁵.

Assim, não há, no direito brasileiro, maiores exigências para se adquirir personalidade, além do nascimento com vida e a proveniência de mulher, sem necessidade de se inquirir de que forma ocorreu a concepção: se por via de relações sexuais, inseminação artificial ou técnica conceptiva extra-uterina (fertilização in vitro)^{66, 67}.

Tanto no direito português, como no direito brasileiro é exigido o nascimento com vida para que seja obtida a personalidade jurídica. Mesmo com as ressalvas nos Códigos, quanto aos direitos do nascituro, em ambos, se aguarda o nascimento para que este tenha seus plenos direitos perante a lei.

após esta separação, respire ou manifeste quaisquer outros sinais de vida, tais como pulsações do coração ou do cordão umbilical ou contração efetiva de qualquer músculo sujeito à ação da vontade, quer o cordão umbilical tenha sido cortado, quer não, e quer a placenta esteja ou não retida. § único. O produto do nascimento ocorrido nestas condições denomina-se nado vivo.

⁶³FERNANDES, Luis A. Carvalho, op. cit. p. 200.

⁶⁴ASCENSÃO. José de Oliveira, op. cit, p.43.

⁶⁵MOURA, Alessandro. Op. cit.

⁶⁶Ibidem.

⁶⁷VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 141. Venosa ensina que: “o Direito Romano fazia alusão a forma humana. Apesar de não definirem o que se enquadraria como forma humana, quem não nascesse com aspecto humano, não era considerado como tal, sendo denominado de *monstrum vel prodigium*. Contudo, já nos tempos romanos se protegiam os direitos do nascituro”.

A decisão do começo da personalidade é importante por muitos pontos de vista. Por exemplo no caso do direito sucessório, suponhamos que alguém deixa, por testamento, uma herança a um nascituro, as consequências serão diferentes se ele nascer vivo ou morto.

Neste caso, de acordo com JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, se viveu, ainda que por breves momentos, adquiriu a herança. Ao morrer, a herança passa aos seus herdeiros, que serão por hipótese os pais. Se nasce morto, OLIVEIRA ASCENSÃO conclui, não chega a herdar. Neste caso, os bens serão passados aos herdeiros subsequentes do autor da sucessão, podendo ser outras pessoas que não os pais do nado-morto.⁶⁸

Nesse sentido, a apuração do nascimento com vida é decisivo para se apurar o destino da herança.

Em caso contrário, tem-se o natimorto⁶⁹. Tal restrição tem grande repercussão na prática, pois a diferença entre ter nascido morto ou ter morrido logo após o nascimento traz diversas e relevantes consequências, principalmente no que se refere à transmissão de bens⁷⁰. Neste sentido, vale destacar que é deferido ao natimorto a mesma tutela do nascituro, no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem, registro em livro próprio e sepultura⁷¹.

Se nasceu, é pessoa para o direito e assim possui personalidade jurídica e logo, direitos de personalidade. Além desses direitos, obtidos com o nascimento, a pessoa terá capacidade, não plena, pois para ter plenitude da capacidade a pessoa terá de preencher requisitos.

A ideia de capacidade não pode se confundir com personalidade jurídica, enquanto personalidade diz respeito a um valor jurídico reconhecido a todas as pessoas, a capacidade jurídica consiste na possibilidade de que as pessoas dotadas de personalidade sejam sujeitos de direitos nas relações patrimoniais.⁷²

⁶⁸ASCENSÃO. José de Oliveira, op. cit, p.43.

⁶⁹Natimorto, na doutrina brasileira tem o mesmo significado jurídico que nado-morto na doutrina portuguesa.

⁷⁰MOURA, Alessandro. Op. cit.

⁷¹GAGLIANO, Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 8 ed. ver. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87.

⁷²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p.174.

1.4 Capacidade Jurídica

Capacidade é a medida jurídica da personalidade, ou uma manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade⁷³, uma condição ou pressuposto de todos os direitos⁷⁴.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES aduz que tutela no Código Civil Brasileiro, em seu art. 1, com redação que garante a todos a capacidade de direitos e deveres na ordem civil⁷⁵. À extensão desta personalidade dá-se o nome de capacidade jurídica.

O segundo entendimento de Azevedo, diz respeito a limitação que pode sofrer a capacidade o que não ocorre com a personalidade jurídica, visto que, na visão de Francisco Amaral, “pode-se ser mais ou menos capaz, mais não se pode ser mais ou menos pessoa”⁷⁶. Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é uma projeção desse valor que se traduz em *um quantum*⁷⁷.

O Código Civil Brasileiro em seu art.1 aduz que: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”, ou seja, a capacidade de direito não pode ser negada ao indivíduo, pois sendo negado, estaria retirando sua qualidade de pessoa, pondo fim aos seus direitos de personalidade⁷⁸.

A personalidade jurídica de duas pessoas será idêntica, mas as suas capacidades poderão ser distintas, pois, uma pode estar impossibilitada de praticar um ato e a outra possibilitada, ou seja, a capacidade jurídica pode sofrer limitações, já a personalidade jurídica não⁷⁹.

⁷³PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de Família*, 2 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959; Orlando Gomes; *Introdução ao Direito Civil*, 3 ed., 1971, p.149 apud DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 115.

⁷⁴DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 115.

⁷⁵GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 70.

⁷⁶Francisco Amaral, in *Direito Civil – Introdução*, p. 200 apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p. 125.

⁷⁷AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p. 125

⁷⁸Orgaz, *Personas individuales*, Buenos Aires, 1961; Roger Raupp Rios, O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003 apud DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.149.

⁷⁹AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p. 126. Fábio Azevedo nos dá um exemplo sobre a distinção entre personalidade e capacidade: “Se uma pessoa, com 15 anos de idade, possui personalidade jurídica, naturalmente ela também terá capacidade jurídica, pois poderá comprar, vender, alugar e realizar uma série de outros atos jurídicos, embora não pessoalmente. Mas não poderá casar, por não preencher o requisito legal para a prática desse ato, que é completar a idade núbil de 16 anos (art. 1.517 do CC/02), excepcionada apenas a hipótese de gravidez (art. 1.520). A adolescente possui personalidade jurídica, mas lhe falta capacidade jurídica para casar. Por isso, a indagação sobre a possibilidade de uma pessoa, genérica e abstratamente, poder praticar um determinado ato da vida civil, importa em saber se ela possui capacidade jurídica. Se pode abstratamente praticar o ato, terá capacidade jurídica. Em uma segunda hipótese, essa mesma pessoa, agora

CRISTIANO FARIAS e NELSON ROSELVALD aduzem que enquanto a personalidade é em prol das relações existenciais, a capacidade diz respeito ao exercício de relações patrimoniais. Ter personalidade é ser titular dos direitos de personalidade, enquanto ter capacidade é poder realizar relações obrigacionais, como crédito e débito. Os autores dão como exemplo, um adolescente tem personalidade, mas não tem capacidade, poderá manifestar a sua vontade em relação a sua adoção por um terceiro, por exemplo, mas não lhe é reconhecido o direito de celebrar um contrato de doação ou de arrendamento. As relações existenciais podem ser titularizadas por quem tem personalidade, mesmo que não tenha plena capacidade.⁸⁰

Toda e qualquer pessoa dispõe de direito de personalidade, podendo assim, titularizar relações jurídicas, porém nem toda pessoa praticará os atos da vida civil pessoalmente, pois, deve dispor de capacidade plena⁸¹.

Contudo, perante o que foi apresentado, conclui-se que a capacidade jurídica não pode ser recusada ao indivíduo sem retirar os atributos de personalidade, ou seja, é preciso ter personalidade para que haja capacidade.

Diferente do que ocorre com a personalidade, a qual é idêntica a todas as pessoas, a capacidade sofre algumas limitações, como demonstrado, toda pessoa é dotada de capacidade, mas esta é adquirida conforme alguns critérios, como por exemplo, a maioridade. Sendo assim, algumas pessoas, devido a suas condições terão mais capacidades que outras, uma pessoa, menor de 18 anos, no Brasil, por exemplo, não terá a mesma capacidade de exercer alguns atos da vida civil se comparada a uma pessoa que já possui a maioridade.

Assim, percebe-se que não temos apenas um tipo de capacidade, podemos dividir a capacidade em dois grupos, capacidade de gozo e capacidade de exercício.

com 16 anos de idade embora já podendo casar, não poderá adotar, pois a prática desse ato exige a idade de 18 anos (art. 1.618 do CC/02)”.
⁸⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p.174.

⁸¹Ibidem, p. 305.

1.4.1 Capacidade Jurídica de Gozo e de Exercício

O ordenamento jurídico colocou as pessoas como titulares das relações jurídicas, dando-lhes aptidão para a prática dos atos da vida civil. E assim, a capacidade, surge como uma espécie de medida jurídica da personalidade, reconhecida à todas as pessoas.⁸²

A capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício. Logo a capacidade de fato ou de exercício é uma aptidão do homem para que ele exerça os atos da vida civil, dependendo dos critérios abordados.⁸³

Capacidade de direito, também denominada capacidade de gozo ou capacidade de aquisição⁸⁴, nos dizeres de FÁBIO DE AZEVEDO, entende que a personalidade jurídica e capacidade jurídica são conceitos que se entrelaçam⁸⁵, ou seja, a capacidade não pode ser recusada ao indivíduo, sem retirar dos atributos da personalidade⁸⁶.

Sendo assim, a capacidade de gozo tem a ver com a titularidade, ou seja, a capacidade de ser titular de direitos e situações jurídicas. Diferente do que ocorre com a capacidade de exercício, que é a suscetibilidade que a pessoa possui de exercer os direitos e cumprir obrigações que estão na sua titularidade, é a possibilidade de agir pessoal e diretamente, ou seja, atuar no mundo jurídico.⁸⁷

A capacidade de exercício ou capacidade de agir é a idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado. A pessoa dotada da capacidade de exercício de direitos atua pessoalmente, isto é, não carece de ser substituída, na prática dos atos que põem em movimento a sua esfera jurídica, por um representante legal (designado na lei ou em conformidade com ela), e atua automaticamente, isto é, não carece do consentimento, anterior ou posterior ao acto, de outra pessoa (assistente)⁸⁸.

⁸²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p.318-319.

⁸³DINIZ, Maria Helena, op. cit., 148-149.

⁸⁴AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p. 125.

⁸⁵Ibidem, p.125.

⁸⁶Clóvis Beviláqua in *Teoria Geral do Direito Civil*, p.118 apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p.125.

⁸⁷VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.91.

⁸⁸PINTO, Carlos Alberto da Mota, op. cit., p. 195. “Fala-se de capacidade jurídica para exprimir a aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas – pode por isso ter-se uma medida maior ou menor de capacidade, segundo certas condições ou situações, sendo sempre pessoa, seja qual for a medida de sua capacidade. A capacidade de exercício ou capacidade de agir é a idoneidade para

A capacidade de gozo e de exercício são duas realidades diferentes, enquanto uma a pessoa é capaz de ser titular de relações jurídicas, a outra tem a capacidade de exercício⁸⁹.

Aquele que possui tanto a capacidade de gozo (direito), tanto a capacidade de exercício (de fato), é reconhecido a capacidade jurídica plena ou geral. A capacidade plena corresponde a possibilidade do titular de um direito atue, no plano concreto, de maneira autônoma, sem qualquer ajuda de terceiros.⁹⁰

Sendo assim, denota-se que a capacidade jurídica se divide em duas vertentes, a capacidade de gozo, também denominada capacidade de direito, que é reconhecida à pessoa, para que ela seja titular de relações jurídicas, e temos a capacidade de exercício, também denominada capacidade de fato, a qual é a aptidão para exercer os atos da vida civil pessoalmente. Quando um indivíduo tem ambas capacidades, entende-se que ele possui capacidade jurídica plena.

actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado. A pessoa dotada da capacidade de exercício de direitos actua pessoalmente, isto é, não carece de ser substituída, na prática dos actos que põem em movimento a sua esfera jurídica, por um representante legal (designado na lei ou em conformidade com ela), e actua automaticamente, isto é, não carece do consentimento, anterior ou posterior ao acto, de outra pessoa (assistente)”.

⁸⁹VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.75. Sobre o tema, Vasconcelos usa de exemplo: “Uma dada pessoa pode ser titular de um direito ou de uma situação jurídica e, não obstante essa titularidade, não pode agir sobre eles pessoal e livremente. Tal sucede no caso dos menores, dos interditos e dos inabilitados que, em virtude de deficiência de discernimento e de vontade, a lei priva da liberdade de actuação livre e pessoal. Com o fim de os proteger, a lei estabelece um regime em que os menores e os interditos não podem actuar no direito a não ser por intermédio de representantes legais, e vigilância de curadores. Sem que a titularidade seja posta m causa, existem, nestes caos, restrições ao livre e pessoal exercício”.

⁹⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p.319.

2. VERTENTES SOBRE O INÍCIO DA VIDA NO DIREITO

2.1 A Vida em seu Conceito Jurídico

Toda pessoa tem personalidade e capacidade jurídica, para que possa se relacionar com o meio em que vive e exercer seus direitos na vida civil.

A vida é o maior bem a ser tutelado, e dela decorre os demais direitos de personalidade (direito ao corpo, à integridade física, à imagem, ao nome, etc.), ou seja, a vida antecede a própria personalidade. Sem vida humana não existe direitos, nem fundamentos, quanto mais direitos de personalidade.

A palavra *vida*⁹¹ é um termo muito complexo, em seu conceito jurídico, a vida civil é a soma das atividades exercidas pela pessoa, na qual possui todas as faculdades atribuídas ao ser humano, tendo início com o nascimento com vida.⁹²

No Direito Civil Brasileiro, em seu art. 2, prevê: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ou seja, o início da vida será tutelado juridicamente com o nascimento com vida, embora esteja resguardado, desde sua concepção os direitos do nascituro⁹³. É assegurado ao nascituro, desde a sua concepção, constitucional e infraconstitucional o direito à vida⁹⁴.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES afirma que ocorrerá o nascimento quando a criança for separada do corpo materno, de forma que a mãe e a criança constituam dois

⁹¹SILVA, de Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999, p. 136 Apud CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. *Da Tutela dos Direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade*. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, V.12, n.2 p.657-677, jul/dez 2012 – ISSN 1677-64402. p. 664. Etimologicamente vida significa: “VIDA. Do latim vita, de vivere (viver, existir), designa propriamente força interna substancial, que anima, ou dá ação própria aos seres organizados, relevando o estado de atividade dos mesmos seres. No sentido vulgar, (...) tempo que decorre do nascimento à morte. (...) A vida civil, no homem, inicia-se com o nascimento, extinguindo-se com a morte”.

⁹²SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999. p. 865. Apud. CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 665. “VIDA CIVIL. No sentido jurídico, a vida, denominada especialmente de civil, entende-se a soma de atividades que possa ser exercida pela pessoa, consoante preceitos e princípios, que se instituem nas leis vigentes. E nesta vida civil a pessoa tem a faculdade de todas as vantagens e prerrogativas, que lhe são atribuídas como cidadão e como ser humano. A vida civil, no homem, inicia-se com o nascimento, extinguindo-se com a morte”.

⁹³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 306.

⁹⁴CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p.665.

corpos, não importando a maneira que foi feita o parto. Deve haver a respiração, se respirou viveu, mesmo que venha falecer em seguida.⁹⁵

É de grande importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou, ainda que durante poucos segundos. Como o exemplo que CARLOS GONÇALVES apresenta: se o genitor recém-casado pelo regime de separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se a criança chegou a respirar, recebeu, *ex vi legis*, nos poucos segundos de vida, todo o patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, *me seguida*, por sua morte à sua herdeira, que era sua genitora. Se, no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não recebeu nem a transmitir herança deixada pelo seu genitor, ficando esta aos avós (pai do falecido).⁹⁶

Tal constatação é feita pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de Galeno, na qual prova, se o infante respirou, inflou os pulmões. O pulmão é extraído do corpo e imerso na água, se ficar imerso em água, respirou, caso não tenha respirado, afundam. Isso ocorre porque, o pulmão que não respirou, fica vazio e as paredes dos alveolares encostadas⁹⁷.⁹⁸

⁹⁵GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 77. Carlos Gonçalves ensina que: “A criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida. Lavram-se, neste caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito (LRP, art. 53, §2). Não importa, também, tenha o nascimento sido a termo ou antecipado”.

⁹⁶Ibidem, p. 78.

⁹⁷Ibid, p. 78. Carlos Gonçalves em sua obra aduz que: “A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro. Em nota, em seu livro, Carlos R. Gonçalves aduz que: a lição de Sérgio Abdalla Semião: (cf, SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos civis, criminais e do biodireito, p. 158-159) “Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se for o caso o pulmão do neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis, como a docimasia pulmonar histológica (verificação dos alvéolos pulmonares, pois, se houve respiração, apresentaram dilatação e, caso contrário, as paredes dos alveolares estarão coladas), docimasia óptica de Icard (exame microscópico de fragmento do pulmão, esmagando em uma lâmina, quando, ao observar-se pequenas bolhas de ar na película esmagada, deduz-se a respiração), docimasia química de Icard (passagem rápida de fragmento do pulmão em álcool absoluto, a seguir mergulhando em solução alcoólica de potássio caústico a 30%, que dissolve o estroma pulmonar, liberando bolhas de ar do pulmão que respirou), docimasia radiográfica de Bordas (exame radiográfico dos pulmões, que se mostrarão opacos – se não respiraram – ou transparentes – se receberam oxigênio), docimasia epimicroscópica pneumo-arquitetônica (exame da superfície externa dos pulmões) e as docimasias respiratórias indiretas (verificação dos outros órgãos, como estômago, intestinos, fígados e ouvidos – trompas Eustáquio – conjuntamente com os pulmões, para tentar constatar-se se houver ar circulando no corpo do nascituro”.

⁹⁸DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 198. Aduz que: “Pela Resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde, o nascimento com vida é a “expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação,

O nascimento se comprova com o registro público, conforme se tem no art. 50 e seguintes da Lei Ordinária 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Entretanto, por ser um fato, a sua prova pode ser realizada a qualquer tempo por meio que não o termo público⁹⁹.

Assim, não há, no direito brasileiro, maiores exigências para se adquirir personalidade, além do nascimento com vida e a proveniência de mulher, sem necessidade de se inquirir de que forma ocorreu a concepção: se por via de relações sexuais, inseminação artificial ou técnica conceptiva extra-uterina (fertilização in vitro)^{100, 101}.

No Direito Civil Português, em seu art.66 (começo da personalidade), afirma que: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.; 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

A lei demarca, dentro da continuidade biológica que se inicia a concepção, o momento em que uma nova pessoa é externamente reconhecível e coloca aí o início da personalidade jurídica¹⁰².

Haverá o nascimento completo quando o feto se separar inteiramente do corpo materno¹⁰³. Entende-se por nascimento a retirada da criança do útero materno, seja no período adequado ou não, por meio de parto natural ou procedimento invasivo. É o início da vida extra-uterina, o momento que o nascituro se desvincula do corpo materno para adquirir ou não vida própria.¹⁰⁴

respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida da placenta”.

⁹⁹MOURA, Alessandro, op. cit.

¹⁰⁰Ibidem.

¹⁰¹VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 141. Venosa ensina que “o Direito Romano fazia alusão a forma humana. Apesar de não definirem o que se enquadraria como forma humana, quem não nascesse com aspecto humano, não era considerado como tal, sendo denominado de *monstrum vel prodigium*. Contudo, já nos tempos romanos se protegiam os direitos do nascituro”.

¹⁰²ASCENSÃO. José de Oliveira, op. cit., p. 42.

¹⁰³CARVALHO, Orlando, op. cit., p. 194.

¹⁰⁴MOURA, Alessandro, op. cit. Alessandro Moura afirma que: “O nascimento entende-se como a separação do feto do ventre materno. Exige-se, além disso, que seja <<com vida>> e <<completo>> (a lei fala de <<completo e com vida>>, mas é fácil ver que a existência da vida precede a exigência de completude) excluindo-se, portanto, quer os nados-mortos, quer os que morrem durante o parto ou antes da secção do cordão umbilical. A nossa lei obedece, por conseguinte, ao princípio da inadiabilidade da personalidade jurídica, ao invés de certas legislações estrangeiras, que estabelecem o requisito de viabilidade (da demonstração, pela criança, de possibilidades de sobrevivência: *vitae habilis* – legislação francesa e legislação espanhola), também, ao invés do Código de 1867, não se exige agora a <<vida e figura humana>>, ideia ligada a certas superstições perimidas, como a chamada <<teoria dos monstros>>”.

A atual legislação portuguesa não exige o nascimento com figura humana¹⁰⁵, nem qualquer prazo de viabilidade¹⁰⁶, ou seja, para o direito português há personalidade desde que haja vida, independente da sua duração¹⁰⁷, ou seja, basta que a criança nasça completamente e com vida, ainda que não seja viável a sua sobrevivência¹⁰⁸, se o nado-vivo morrer imediatamente a seguir ao seu nascimento, foi uma pessoa jurídica.

Para haver o nascimento com vida¹⁰⁹, o indivíduo deve ter respirado, isto é, ter realizado ao menos uma troca oxicarbônica com o meio ambiente, ainda que não se tenha cortado o cordão umbilical^{110, 111}.

Deste fato resulta, em primeiro lugar, que o nadomorto não obtém personalidade. Em segundo lugar, o feto nascido, mesmo que prematuramente, desde que vivo, tem personalidade jurídica, até mesmo se resultar de uma fertilização *in vitro*¹¹². Em terceiro lugar, não existe prazo de garantia de viabilidade de sobrevivência pós parto, basta que o nascido tenha se desprendido do corpo da mãe e após tenha respirado uma vez, para ter personalidade jurídica¹¹³.

O nascimento pode se dar com a vida (*nado-vivo*) ou sem vida e o ente acaba de nascer diz-se um *nado-morto*¹¹⁴. Apenas o nado-vivo é pessoa jurídica, segundo o artigo 66

¹⁰⁵SILVA, Carlos Alberto B. Burity. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição da Faculdade de Direito da UAN. Coimbra, ed. Luanda, 2004. p. 222. Define que: “Figura humana: requisito exigido no art. 110 do Código de Seabra de 1867, dentro do pressuposto que da mulher poderiam nascer monstros, isto é, entes que não fossem seres humanos, o que a ciência moderna contesta”.

¹⁰⁶Ibidem, p.222. Carlos Burity Silva aduz que: “O Código Civil Espanhol prevê no artigo 30, que “para os efeitos civis só se considera nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente separado do ventre materno”.

¹⁰⁷FERNANDES, Luis A. Carvalho, op. cit., p. 200.

¹⁰⁸SILVA, Carlos Alberto B. Burity, op. cit., p. 222.

¹⁰⁹SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1. Coimbra, Coimbra editora, 2003. p. 264. Haverá o nascimento com vida, após aquela separação, o nascido respirar ou manifestar quaisquer outros sinais de presença de energia vital, como pulsações do coração, havendo processos médicos-legais aptos a determinar se o recém-nascido respirou ou não após o parto, nem que seja por um segundo, para lhe ser reconhecida *ipso facto* e *ex lege*, a personalidade jurídica.

¹¹⁰MOURA, Alessandro. *As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional*. Caderno virtual n.22, v.1 – jul-ago/2011. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

¹¹¹MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit, p. 64. Merece registro o fato de que, quanto à manutenção ou não da ligação entre mãe e filho, Washington de Barros Monteiro defende que deve ser cingido a cordão umbilical para que se configure o nascimento completo e com vida. Isto significa que, embora tenha o infante dado todos os demais sinais de vida, tais como movimentar-se ou mesmo chorar, se o vínculo umbilical não foi desfeito, ainda não há nascimento para fins jurídicos. Contudo, vale lembrar que este posicionamento é minoritário.

¹¹²SOUSA, Rabindranath Capelo de, op. cit., p. 264.

¹¹³Ibidem, p. 264.

¹¹⁴FERNANDES, Luis A. Carvalho, op. cit, p. 200.

do Código Civil. Considera manifestação de vida desde que ocorra após a separação do feto, a respiração, a pulsação do coração ou do cordão umbilical, a contração efetiva de qualquer músculo sujeito à ação da vontade¹¹⁵.

Estas especificidades destinam esclarecer o que é o nascimento, o qual não existe se o ser estiver ainda ligado à mãe¹¹⁶. O nascimento com vida torna-se um momento decisivo do regime jurídico das pessoas singulares.

A decisão do começo da personalidade é importante por muitos pontos de vista. Por exemplo no caso do direito sucessório, suponhamos que alguém deixa, por testamento, uma herança a um nascituro, as consequências serão diferentes se ele nascer vivo ou morto.

Neste caso, de acordo com JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, se viveu, ainda que por breves momentos, adquiriu a herança. Ao morrer, a herança passa aos seus herdeiros, que serão por hipótese os pais¹¹⁷. Se nasce morto, OLIVEIRA ASCENSÃO conclui, não chega a herdar. Neste caso, os bens serão passados aos herdeiros subsequentes do autor da sucessão, podendo ser outras pessoas que não os pais do nado-morto¹¹⁸. A apuração do nascimento com vida é decisiva para se apurar o destino da herança.

Em caso contrário, tem-se o natimorto¹¹⁹. Tal restrição tem grande repercussão na prática, pois a diferença entre ter nascido morto ou ter morrido logo após o nascimento traz diversas e relevantes consequências, principalmente no que se refere à transmissão de bens¹²⁰.

Neste sentido, vale destacar que é deferido ao natimorto a mesma tutela do nascituro, no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem, registro em livro próprio e sepultura¹²¹.

¹¹⁵Decreto-lei 44 128, art. 2.º Considera-se nascimento de criança viva a expulsão ou extração completa, relativamente ao corpo materno e independentemente da duração da gravidez, do produto da fecundação que, após esta separação, respire ou manifeste quaisquer outros sinais de vida, tais como pulsações do coração ou do cordão umbilical ou contração efetiva de qualquer músculo sujeito à ação da vontade, quer o cordão umbilical tenha sido cortado, quer não, e quer a placenta esteja ou não retida. § único. O produto do nascimento ocorrido nestas condições denomina-se nado vivo.

¹¹⁶ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., p.43.

¹¹⁷Ibidem, p.43.

¹¹⁸Ibid, p.43.

¹¹⁹Natimorto, na doutrina brasileira tem o mesmo significado jurídico que nado-morto na doutrina portuguesa.

¹²⁰MOURA, Alessandro, op. cit.

¹²¹GAGLIANO, Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona Filho, op. cit., p. 87.

Portanto, tanto no direito português, como no direito brasileiro é exigido o nascimento com vida para que seja obtida a personalidade jurídica. Com relação ao nascituro, a legislação se difere um pouco, enquanto no direito brasileiro consta em lei, que deixa salvo desde sua concepção os direitos referentes ao nascituro, em Portugal, os direitos do nascituro dependem de seu nascimento.

De acordo com o exposto, a vida jurídica se inicia com o nascimento com vida, na qual consequentemente, se inicia a personalidade. No entanto, não é de pleno consenso entre os doutrinadores, tanto na doutrina portuguesa quanto brasileira, sobre tal conceito.

Existem várias correntes que temos para explicar o início da personalidade, no direito brasileiro, podemos destacar três para o estudo, que dentre elas, afirmam que a personalidade já se inicia na concepção (teoria concepcionista), outra, que a personalidade já existe, mas fica condicionada ao nascimento (teoria condicionalista) e outra que o nascituro só irá ter personalidade com seu nascimento com vida (teoria natalista)¹²².

Já no ordenamento português, uma parte da doutrina se divide com o posicionamento do art.66, CC, considerando que o nascituro não possui personalidade até seu nascimento, e, por outro lado, uma corrente que admite a personalidade jurídica do nascituro desde sua concepção¹²³.

Sendo assim, discutiremos mais a fundo as correntes e o posicionamento doutrinário a respeito da figura do nascituro e o início da personalidade.

2.2 Teorias do início da Personalidade

Várias são as teorias sobre o início da vida, desde o Direito Romano, há uma grande hesitação entre os juristas e a legislação para definir e demarcar o início da personalidade civil do homem como sujeito de direitos¹²⁴.

Pela legislação atual, tanto de Portugal como do Brasil, o início da personalidade se dá pelo nascimento com vida, mas este entendimento não é unânime, tanto que os

¹²²GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.79/82.

¹²³VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.75.

¹²⁴SINISCALCHI, Carolina. *O nascituro no ordenamento jurídico pátrio*. Artigo Virtual. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016. p.03.

doutrinadores criaram linhas de pensamentos, apoiando e contradizendo o que hoje é estabelecido pela lei.

No caso do doutrinador CARLOS ROBERTO GONÇALVES, é fiel ao texto de lei quando afirma que: “todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano¹²⁵”. Ou seja, nasceu com vida possui personalidade.

No entanto, existem correntes contrárias, no sentido de entender que a vida se adquire com a concepção, e desde este momento o feto já é pessoa jurídica. Ou ainda, temos uma teoria, que é uma derivação, do conceito de que a vida se inicia com o nascimento, que diz que desde sua concepção devem ser guardados os direitos do nascituro, mas só com o nascimento se concretiza seus direitos.

Tais teorias podem ser aplicadas tanto no direito Português como no direito Brasileiro. Na doutrina Portuguesa, não encontramos a terminologia “teoria”, portanto, será colocado os posicionamentos de concordando, discordando ou de entendimento parcial com o art. 66 do Código Civil Português. Já na doutrina Brasileira, os doutrinadores dividem seu pensamento focando nas Teorias de início da vida, a qual é classificada em: Natalista, Concepcionista e Condicional.

Pois bem, passamos a análise, sobre o olhar dos doutrinadores à respeito do pensamento do início da vida.

2.2.1 Teoria Natalista

A teoria Natalista tem origem no Direito Romano, no qual a aquisição da personalidade jurídica ocorria com o nascimento, sendo considerado o feto como uma parte da mãe, e não como um ser autônomo titular de direitos.¹²⁶

¹²⁵GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 70.

¹²⁶PAGANINI, Juliano Marcondes. *Nascituro: da personalidade jurídica à reparação de danos*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/30959/M%201038.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016. p.39.

Os adeptos dessa teoria, partem de uma interpretação literal e simplificada da lei, na qual dispõem que a personalidade começa com o nascimento com vida, trazendo a ideia que o nascituro não é pessoa.¹²⁷

Segundo esta teoria, o nascituro é mera expectativa de direitos e só é considerado como existente, desde a concepção, para aquilo que lhe é juridicamente previsto. Para esta escola, o nascituro não tem vida independente, é parte das vísceras da mãe.¹²⁸

Essa teoria prevalecia entre os autores clássicos ou modernos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos.¹²⁹

Sobre o assunto, SAN TIAGO DANTAS.¹³⁰, seguidor natalista, se manifesta que a personalidade data o nascimento com vida. Aduz que, conhecendo a existência do ser desde sua concepção, a lei deve protegê-lo. Conclui que, deve-se ser fiel ao texto do Código Civil, e considerar com personalidade aquele que nasceu com vida.

No mesmo pensamento, CAIO MARIO¹³¹ e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹³², os quais concordam com o texto de lei, afirmam que o nascituro só adquire

¹²⁷TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.76.

¹²⁸SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p.20.

¹²⁹TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 76.

¹³⁰DANTAS, San Tiago. *Programa de direito Civil*. Parte geral 2.tir. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1942-1945, p.70, apud SEMIÃO, Sérgio Abdalla, op. cit., p.22-23. Tiago Dantas ensina que: “A personalidade data do nascimento e não basta nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida, é, pois, o elemento essencial para que se inicie a personalidade. De fato, desde o momento em que o homem está concebido, mais ainda no ventre materno, já a ordem jurídica toma conhecimento da sua existência e confere-lhe a sua proteção. Essa proteção se manifesta de muito modos. Por exemplo, todas as vezes em que a mãe se encontra numa posição jurídica em que seu interesse é contrário ao interesse do nascituro, isto é, ao interesse do nascituro, isto é, ao interesse daquele que vai nascer, manda a lei que se dê um curador ao ventre, que é defensor dos interesses do nascituro. De maneira que, parece que desde o período de sua vida intra-uterina, já o homem é sujeito a direitos, já tem uma capacidade, já se iniciou, por conseguinte, sua personalidade. Os projetos do Código Civil Brasileiro variaram muito na solução que deviam adotar com relação a esta data do início da personalidade, mas, no nosso Código Civil, o assunto não tem lugar a dúvidas. A personalidade data do nascimento”.

¹³¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil – Alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.19, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 225. Caio Silva Pereira afirma que: “O nascituro ainda não é pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe 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 construir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direitos”.

¹³²MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral: de acordo com o novo código civil*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 61, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p 80. Washington

personalidade quando nasce com vida. Que os direitos ao nascituro concebido permanecem em estado de espera, e caso venha a nascer com vida, adquirirá personalidade, no entendo, não venha a nascer com vida, seus direitos não chegam a se concretizar. Sendo assim, não acreditam em uma personalidade jurídica do nascituro.

SILVIO RODRIGUES aduz que, a lei não concede personalidade ao nascituro, mas preserva, desde antes do nascimento, os seus futuros interesses, tomando medidas para salvá-los.¹³³

Entendendo esse raciocínio, de que o nascituro, perante a Teoria Natalista não possui personalidade, ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO¹³⁴ salienta que, o nascituro não é pessoa, mas mesmo assim, não sendo pessoa, o direito não impede que seus direitos sejam a ele reconhecidos.

PONTES DE MIRANDA também entende que o começo da personalidade se dá com o nascimento com vida e que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, pois no útero a criança não é uma pessoa, e que, se não nasceu viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos e nem por ser sujeito de direitos. Entende que, entre a concepção e o nascimento o nascituro se encontra numa situação de espera, após o nascimento a sua personalidade se consuma.¹³⁵

Monteiro aduz que: “Antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção. Os direitos assegurados ao nascituro encontram-se em estado potencial, sob condição suspensiva”.

¹³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. De acordo com o Código Civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 225.

¹³⁴ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 225. Ana Thereza Meirelles Araújo ensina que: “A teoria natalista não sustenta que o nascituro não goza de nenhum direito ou *status* antes de nascer, afirma, no entanto, que o não nascido não detém personalidade e, por isso, não é pessoa. A adoção da referida teoria torna-se importante se pensada a partir do fato de que a negação do status de pessoa ao nascituro, de fato, não impede o reconhecimento dos direitos que lhe foram assegurados, ou seja, o reconhecimento da sua condição de sujeito de direitos”.

¹³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 162/163, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles, op. cit., p. 226.

MIGUEL SERPA LOPES entende que, antes do nascimento, o feto não possui personalidade, não importando o reconhecimento de alguns direitos dele, que são eventuais, futuros e ainda não atuais¹³⁶.

ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO, sobre os direitos ao nascituro, afirma que estão desvinculados do pressuposto objetivo, que seria a personalidade jurídica, pois acha possível resolver a aparente antinomia do artigo em voga.¹³⁷

O grande problema desta teoria, segundo FLÁVIO TARTUCE, é que ela se encontra muito distante das novas descobertas da ciência, técnicas de reprodução assistida e proteção dos direitos do embrião. Além de distante da ampla proteção de direitos de personalidade.¹³⁸

Ocorre que, a ideia colocada por FLÁVIO TARTUCE, iguala o nascituro à uma pessoa, no entanto, ele não é, pelo direito, considerado pessoa. Não ser pessoa não o torna menos humano, apenas adquire mais um status, ou seja, ao nascer, se torna pessoa, deixando de ser um nascituro.

O direito protege o nascituro e acima de tudo, lhe garante o direito à vida, fora o direito à vida, os demais direitos, mesmo concedidos, dependem de seu nascimento para que sejam concretizados.

Além disso, a questão do embrião e da reprodução assistida, mesmo com tais descobertas da ciência, não podemos negar a definição de pessoa pelo ordenamento jurídico, que é aquele que nasceu com vida.

¹³⁶LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. V.1. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6 ed. rev. atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.254, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p. 227.

¹³⁷ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles, op. cit., p. 227/228. Meirelles Araújo continua: “Nessa linha de raciocínio da corrente natalista, a possibilidade de realização do aborto terapêutico, cujo objetivo é salvar a vida da mãe, evidencia que o sistema jurídico admite a inexistência de bens jurídicos iguais, considerando a predominância da vida da pessoa nascida sobre a vida daquele que ainda não nasceu. Mais evidente é o caso do aborto sentimental, onde o sentimento e o sofrimento da gestante predominam sobre a vida do nascituro, o que, naturalmente, atesta a presença de tratamentos distintos entre pessoa e o ente que está por nascer. As possibilidades trazidas pela legislação penal, relacionadas às exceções à manutenção da vida do nascituro, seguem naturalmente o caminho de vários países e são, ainda que delicadas, escolhas razoáveis”.

¹³⁸TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 76. Sobre o problema da teoria natalista, Flávio Tartuce indaga: “[...] é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativas de direitos. Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno”.

O jurista FÁBIO DE AZEVEDO aduz que o nascituro titulariza uma série de situações jurídicas essenciais, tais como o nome, a integridade física, o direito a sepultura até mesmo o direito à honra. No entanto, entende que a personalidade é um atributo exclusivo dos que nascem com vida, quando então estão aptos a participar de situações jurídicas.¹³⁹

Coloca ainda, que não quer dizer que os nascituros sejam menos humanos, pois, mesmo que não sejam sujeitos de direitos, o nascituro já está protegido pela constituição, tanto quanto a sua dignidade (art.1, III, CF/88) – incluindo também os direitos fundamentais (art. 5 da CF/88).¹⁴⁰

Em termos gerais, essa teoria entende que o início da personalidade se dá somente no nascimento com vida, significando que antes do nascimento não pode haver para o nascituro personalidade, possuindo mera expectativa de direito¹⁴¹, e sustenta que o nascimento com vida é pressuposto para a aquisição da personalidade.

Sendo assim, antes do nascimento, o nascituro seria revestido de uma personalidade condicionada ao nascer com vida, estando a aquisição de todos os seus direitos sob condição suspensiva.

Portanto, existe uma situação jurídica de mera expectativa de direitos, os quais se aperfeiçoariam mediante o implemento daquela condição. Segundo esta concepção, não seriam tutelados direitos reais, tampouco naturais, mas tão-somente verdadeiras expectativas¹⁴².

A teoria natalista, segundo FLÁVIO TARTUCE, nega ao nascituro até mesmo os direitos fundamentais, relacionados à sua personalidade, como no caso do direito à vida, investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome, e até mesmo de imagem. Entende ainda que, tal teoria esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Tal negativa de direitos, segundo ele, é mais um argumento para sustentar a superação desta corrente doutrinária.¹⁴³

¹³⁹AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p. 131.

¹⁴⁰AZEVEDO, Fábio de Oliveira, op. cit., p. 131.

¹⁴¹MOURA, Alessandro, op. cit., p. 12.

¹⁴²PUSSI, William Artur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. Curitiba: Juruá, 2005. p.91.

¹⁴³TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 76.

Para a teoria Natalista, alguns direitos só serão exercidos por aqueles que já existam. O nascimento com vida é fato jurídico essencial para o surgimento da pessoa no Direito Civil.

O Código Civil Português, em seu artigo 66 (Começo da personalidade), aduz que: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”, ou seja, a personalidade apenas será adquirida com o nascimento com vida.

Uma parte importante da doutrina portuguesa tem mantido no conceito tratado pelo art. 66, sendo fiel ao texto de lei, negando a personalidade jurídica.

Como é o caso de CASTRO MENDES, o qual adota o pensamento dos direitos sem sujeito, no que concerne aos atribuídos ao nascituro por herança ou doação e com o nascimento, seus direitos se consolidam, sem que seja necessário uma retroatividade da aquisição.¹⁴⁴

De mesmo pensamento temos DIAS MARQUES, o qual nega que o nascituro tenha personalidade jurídica, no entanto, quando vem a nascer com vida, admite a retroatividade da aquisição dos direitos ao tempo da doação e da devolução testamentária e, nesses casos, também a personalidade jurídica¹⁴⁵.

O doutrinador GALVÃO TELLES também é fiel ao conceito empregado pelo art.66 do CC, defendendo que o ser humano só adquire personalidade com seu nascimento, nesse sentido, defende que o nascituro existe como ser vivo, mas não é tratado como um sujeito de direitos, pois, carece de personalidade jurídica, mas goza de proteção jurídica. Não possui existência autônoma, por estar ligado à mãe, tem jus a uma tutela de direitos, como sujeito de direito em gestação.¹⁴⁶

¹⁴⁴Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, cit. págs. 105/109, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., p. 74.

¹⁴⁵Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, 1958, pág.57. actualmente, em *Noções Elementares de Direito Civil*, 7 ed. Lisboa, p. 14, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.74/75. Dias Marques toma uma posição menos comprometida e admite que: “aos nascituros pode ser reconhecida determinada capacidade jurídica por via da qual podem chegar a adquirir direitos, nomeadamente por doação (art. 952) e testamento (art. 2.033, n1), mas ficando em tais casos a definitiva titularidade deles dependente do respectivo nascimento”.

¹⁴⁶Galvão Telles, *introdução ao Estudo do Direito*, II, 10 ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 165-167. Apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.75. Galvão argumenta que: “uma personalidade coincidente com a concepção estaria condenada a desvanecer-se, sem deixar qualquer rasto, em caso de aborto, voluntário ou involuntário”; “os direitos do feto desapareceriam como se nunca tivessem existido”; “em vez

Ainda da corrente a favor da art.66 do CC, temos HORSTER que não admiti a personalidade jurídica do nascituro, nem de forma limitada, retroativa ou condicionada pelo nascimento. No entanto, aceita o direito de indenização dos danos que o nascituro tenha sofrido no ventre materno, reportando, porém, à data do nascimento.¹⁴⁷

No mesmo entendimento, temos MOTA PINTO, o qual nega a personalidade pré-natal, mas admite que o filho peça indenização¹⁴⁸ por danos físicos ou psíquicos sofridos no ventre materno¹⁴⁹. MOTA PINTO acrescenta que, o surgimento de um direito indenizatório não impõem a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro, pois que este direito de indenizar, apenas se dá com a consumação do dano, caso o feto agredido não vier a nascer, não cabe o direito de indenizar.¹⁵⁰

CARVALHO FERNANDES aduz que existem dois requisitos para adquirir personalidade, segundo o art. 66 da CC, o nascimento completo e com vida. Aduz ainda, que a personificação não é a única vida da tutela jurídica, pois, no seu entendimento, a tutela jurídica do nascituro, enquanto ser vivo, não pode ser questionada, “além de se dever ter como efetivamente consagrada no sistema jurídico português”.¹⁵¹

O doutrinador CARVALHO FERNANDES¹⁵², também nega a personalidade jurídica do nascituro e considera sem sujeito os direitos que lhe advenham antes do

de uma personalidade com eficácia perdurável, teríamos uma personalidade condicional e provisória”, pelo que, indicado é que a personalidade apenas surja quando passa revestir eficácia perdurável, e tal só acontece com o nascimento.

¹⁴⁷HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., págs. 299-301, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 75.

¹⁴⁸PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 203. Mota Pinto afirma que: “É de admitir a tutela jurídica do nascituro concebido, no que toca às lesões provocadas. Assim, a título de exemplo, um filho poderá pedir indenização pelas deformações físicas ou psíquicas que sofreu durante o ventre da mãe, causadas por um medicamento ou qualquer acidente”.

¹⁴⁹PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2 reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 199/102, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.75.

¹⁵⁰Ibidem, p.203. Mota Pinto aduz que: “O surgimento deste direito de indemnização não impõe forçosamente a atribuição de personalidade jurídica aos nascituros, estejam ou não concebidos. O direito surge só no momento em que o dano verdadeiramente se consuma, apesar de a acção, que o começa a desencadear, ser anterior. Se o feto, <<agredido>> no ventre materno, não chega a nascer com vida, ele não terá o direito a qualquer indemnização”.

¹⁵¹FERNANDES, Luis A. Carvalho, op. cit., p.199 et seq.

¹⁵²FERNANDES, Luis A. Carvalho, op. cit., p.205. Deste modo, é perceptível que Carvalho Fernandes é fiel ao texto do suposto artigo, e ainda admite que se fosse considerada a personalidade do nascituro, traria uma incerteza ao sistema jurídico, nesse sentido afirma: “Na pendência da incerteza quanto ao nascimento, os direitos deixados ao nascituro não tem sujeito, pois já não pertencem ao doador ou ao de *cuius* e ainda não cabem ao nascituro. A incerteza resolve-se num de dois sentidos: ou o nascituro vem a nascer com vida e, adquirindo personalidade, entra na titularidade desses direitos, ou não chega a nascer, ou nasce morto, nunca vindo a ser pessoa jurídica, e os direitos terão o destino que resultar das regras de instituto respectivo. Assim,

nascimento por herança ou doação; caso não tenha vida ao nascer, não chega a ser titular desses direitos, se nascer com vida, adquire ao tempo do nascimento os direitos, sem que ocorra qualquer retroação.¹⁵³

CARLOS BURITY DA SILVA informa que até o nascimento estamos em face da problemática dos direitos sem sujeito, sendo assim, não acredita na personalidade jurídica dos nascituros, mas admite a tutela jurídica do nascituro concebido, no que concerne às lesões a ele provocadas. Aduz ainda, que este direito de indenização, como afirma MOTA PINTO, é devido se o feto chegar a nascer com vida.¹⁵⁴

PIRES LIMA e ANTUNES VARELA não admitem a personalidade jurídica do nascituro, mas, diferente dos outros doutrinadores, não admitem nenhum direito subjetivo à herança, logo a morte do de cujus, mas uma simples expectativa ao futuro chamamento.¹⁵⁵

Sendo assim, a corrente a favor do art.66 do Código Civil Português, e do Art. 2 do Código Civil Brasileiro, entende que o nascituro é um ser humano, mas não pode ter personalidade, por estar junto ao ventre materno e, por esta razão, não poder exercer sua capacidade civil, além de que seu nascimento não é certo. Portanto, essa incerteza do nascimento, faz com que uma parte dos doutrinadores se mantenham fiéis ao texto de lei.

Entendem que o nascituro seja um ser vivo, mas não um sujeito de direitos, tanto que alguns doutrinadores os classificam como *direitos sem sujeito*, e por este motivo, carecem de personalidade jurídica mas gozam de proteção jurídica.

Dizer que o nascituro não é pessoa, não quer dizer que ele não seja um ser humano. Pois pessoa, é toda aquela nasce com vida, e assim ao nascer adquire personalidade jurídica e assim tem direito de personalidade, o que lhe dá direitos e deveres perante a sociedade.

a incerteza quanto à titularidade dos bens em causa é temporária e resolve-se sempre pela atribuição dos correspondentes direitos a uma outra pessoa. Mas, para além disso, como é próprio da figura dos direitos sem sujeito, *medio tempore*, a lei providencia sempre quanto à administração dos bens deixados ao nascituro”.

¹⁵³Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, cit., págs. 195-196, e *Lições de Direito das Sucessões*, cit., págs. 142-143, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.75.

¹⁵⁴SILVA, Carlos Alberto B. Burity, op. cit., p.224. Burity usa, a título de exemplo, um filho poderá pedir indenização pelas deformações físicas ou psíquicas que sofreu ainda no ventre da mãe, causadas por um medicamento ou qualquer acidente. Aduz ainda: “O surgimento deste direito de indenização não impõe forçosamente a atribuição de personalidade jurídica aos nascituros ou aos concepturos. O direito surge com o nascimento, momento em que o dano verdadeiramente se consuma, apesar de a ação, que o começa a desencadear, se anterior. Se o feto, <<agredido>> no ventre materno, não chega a nascer com vida, ele não terá direito de indenização”.

¹⁵⁵LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, I, cit. em anotação ao art. 66, e VI, em anotação ao artigo 2033, pág. 34, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.78.

O nascituro não é pessoa, ainda não sabemos se seu nascimento é certo, se vai nascer com vida ou não. Ao proteger e garantir seus direitos até o nascimento não o classifica como pessoa, e sim como um sujeito que merece proteção jurídica.

Pessoa e ser humano são terminologias diferentes, ser humano é a espécie humana, todos, os homens, são seres humanos, mas nem todos serão considerados pessoas para o sistema jurídico, uma vida humana em desenvolvimento, não pode promover alguém à pessoa.

2.2.2 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista defende que a personalidade começa antes do nascimento e que com a concepção já deve ser assegurado os interesses do nascituro¹⁵⁶. No entanto, mesmo nessa corrente, o nascituro titulariza somente direitos personalíssimos e os de personalidade, ficando os de conteúdo patrimonial aguardando o nascimento com vida¹⁵⁷.

Segundo a escola concepcionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, e só pessoa tem personalidade jurídica.¹⁵⁸

ANA THEREZA MEIRELLES DE ARAÚJO¹⁵⁹, sustenta que, esta teoria, tem como entendimento que o nascituro possui os mesmos direitos e deveres de uma pessoa natural, e que, o nascimento é apenas mais uma continuação da vida, dando ao nascituro essa proteção como pessoa, estaria protegendo-o de maneira mais completa.

Para os que defendem esta teoria, entendem que não seja justo que os direitos do nascituro fiquem sempre condicionados ao nascimento com vida¹⁶⁰.

¹⁵⁶GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.80.

¹⁵⁷MOURA, Alessandro, op. cit., p. 14.

¹⁵⁸SEMIÃO, Sérgio Abdalla, op. cit., p.15.

¹⁵⁹ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p. 218-219. “Segundo a teoria concepcionista, o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, podendo figurar, então como sujeito de direitos e deveres, possuindo a mesma natureza que a pessoa natural. Este entendimento assenta em base antológica e biológicas. Do ponto de vista ontológico, atribuir ao nascituro a mesma natureza de pessoa implica em protegê-lo da forma mais completa possível, considerando o seu significado e o valor ontológico da vida humana. Biologicamente, é possível constatar que inexiste dúvidas sobre a existência de vida no ente que está a nascer, pois o nascimento é apenas um, dentre os passos naturais para a continuação dessa vida, sendo possível a identificação de que a vida se processa no exato momento conceutivo”.

¹⁶⁰PUSSI, William Arthur. op. cit., p.88.

No Brasil, temos uma corrente que defende a personalidade jurídica do nascituro desde sua concepção, e vai contra ao texto de lei do art. 2 do Código Civil Brasileiro. Como SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA¹⁶¹, a qual entende que o nascituro é pessoa, que deve ser conferido a ele todos os direitos conferidos pelo Código Civil.

De mesmo pensamento, ADAHYL LORENÇO DIAS, aduz que o feto por existir, tem função orgânica e biológica própria, desde sua concepção, ligada à vida da mãe. É uma fonte de vida humana. A lei prevê garantias e obrigações em relação ao nascituro, sendo assim, o considera com personalidade jurídica, a qual, segundo o autor, não podem ser confundidas com personalidade civil ou humana. Além disso, usa como comparação o nascituro com os menores impúberes, dizendo que, como ambos devem ser representados, em atos jurídicos, deve-se concluir que existam como pessoas e lhes classificar como pessoas.¹⁶²

Ocorre que, um menor, mesmo sendo impúbere, já nasceu, já o nascituro não se sabe se virá a nascer ou não. Mesmo que a ele, seja dado um curador para que responda por ele no ventre, que prese por seus valores e lhe garanta o direito a vida, não sabemos se ele vira a nascer com vida. Esta incerteza do nascimento deve ser relevante no momento de classificar o nascituro como pessoa. Que por mais que a ciência esteja avançada, e sabermos que ali no ventre temos um ser humano e poderá vir a nascer, ainda não sabemos se vai permanecer vivo após o parto.

¹⁶¹ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. Revista de Informação Legislativa. 97. Brasília, p.185, apud SEMIÃO, Sérgio Abdalla, op. cit., p.18. Silmara Chinelato acredita que: “A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica ‘*excepciones sunt strictissimae interpretationis*’. Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do art.4 que, refere-se genericamente a ‘direitos do nascituro’”.

¹⁶²DIAS, Adahyl Lorenço. *Venda a descendente*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 278, apud SEMIÃO, Sérgio Abdalla, op. cit., p.19. Lorenço Dias aduz que: “Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não tem, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, ‘se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa’”.

Destarte, não se pode em momento algum retirar o status de ser humano para o nascituro, até mesmo os natalistas o consideram ao menos um ser humano, mas não pessoa, mesmo que em formação, o nascituro é um ser humano.

Em Portugal, vem se verificado um movimento doutrinário no sentido de admitir a personalidade jurídica do nascituro já concebido.¹⁶³

Com relação a admissão de personalidade jurídica ao nascituro, PAULO OTERO¹⁶⁴ admite a tutela conferida ao nascituro antes do seu nascimento, dizendo que o direito não pode admitir que os direitos de personalidade só sejam adquiridos após o nascimento. Admitindo um reconhecimento de uma tutela da uma personalidade pré-natal.

Mesmo que de maneira mais sucinta, OLIVEIRA ASCENSÃO admite que o nascituro já concebido tem personalidade jurídica desde a concepção, e que desde o início de sua vida de ser o próprio sujeito da proteção e não apenas o objeto das regras que têm por fim sua tutela.¹⁶⁵

Aduz ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, com base no art. 2033, n.1 do CC – tem capacidade sucessória todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, sendo assim, entende, que, “se as pessoas concebidas têm capacidade, isto significa necessariamente que tem personalidade”.¹⁶⁶

Com relação ao art.66, n.2, no qual afirma que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento. Nesse sentido, Ascensão coloca em questão o princípio do direito sucessório, que uma vez aceita a herança, o sucessor se considera como tal desde o momento da abertura da sucessão (art. 2050, n.2, CC). Induz que seu significado, está baseado na ideia de que ao sucessor são atribuídos direitos para o período que precedeu

¹⁶³VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., P.75/76.

¹⁶⁴OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, cit., pág. 34-35, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., P.75/76. Pais de Vasconcelos admite-se poder discutir-se “se a tutela conferida pelo Direito ao ser humano antes do nascimento, designadamente através do reconhecimento ao embrião da titularidade de direitos fundamentais, não justificará a imperatividade de o Direito não fazer depender do nascimento a aquisição da personalidade jurídica, transferindo-a para um momento anterior ao nascimento, fazendo coincidir, por conseguinte, o início da personalidade jurídica com o instante do início científico da vida”; “no limite, urge alertar, a tutela jurídico-constitucional da vida humana anterior ao nascimento permitirá fundar uma pretensão de reconhecimento de uma personalidade jurídica pré-natal”.

¹⁶⁵Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., I, pág. 50-55, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., P.75.

¹⁶⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 44.

o seu nascimento. Concluindo que: “se alguém tem direitos, é necessariamente uma pessoa”.¹⁶⁷

Também admitindo a personalidade jurídica do nascituro, temos ORLANDO DE CARVALHO¹⁶⁸, no qual admite que a personalidade humana não surge com o nascimento, é um processo biológico, que ocorre de maneira progressiva. Admitindo que teve integrar toda a tutela do indivíduo a partir do momento da sua concepção. De mesmo pensamento, temos JOÃO SOARES SILVA DONO¹⁶⁹, admitindo que o nascituro desde sua concepção tem vida, e que mesmo não tendo contato direto com a sociedade, tem direito a personalidade jurídica, e que se não nascer com vida, cessaria automaticamente sua personalidade.

Alguns autores reconhecem que o artigo 66 merece uma revisão, como é o caso de MENEZES CORDEIRO¹⁷⁰, quando afirmando, mais uma vez que a personalidade deve ser admitida com a concepção, “em nome do princípio básico que todo ser humano é pessoa”, e que a segunda parte do artigo 66, tem sentido de uma “supressão retroativa” dos direitos do nascituro, quando estes nascem sem vida, pois os tratam apenas como nascituros e não como ser humanos pré-natais.

No caso de LEITE DE CAMPOS, entende que ser humano concebido não é menos pessoa que o já nascido e que as normas que sustentam o direito, a qual vinculam seu início

¹⁶⁷ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., p. 44-45.

¹⁶⁸CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012. p.197. Orlando Carvalho aduz: “Os nascituros concebidos não são um nada humano, são já um embrião, uma firmada *spes vitae*. A personalidade humana não surge no nascimento *ex abrupto*: surge como termo de um processo biológico – há uma formação progressiva da personalidade. O Direito não pode desconhecer tal formação progressiva e deixar de proteger as infra-estruturas da personalidade que se vão formando nessa fase embrionária. [...] se a personalidade jurídica só surge com o nascimento, deve considerar-se como integrando toda a tutela do indivíduo a partir do momento da concepção”.

¹⁶⁹DONO, João Soares Silva. *Teoria Geral do Direito Civil*. Angola: Escolar editora, 2014. p. 65. Silva Dono afirma que: “[...] é inconcebível não reconhecer personalidade jurídica aos nascituros concebidos. Por um lado, a lei reconhece, expressamente, direitos do nascituro, por outro lado, o nascituro concebido já possui vida, apenas não tendo ainda uma relação com a sociedade. Não estando ainda em contacto com os demais integrantes de uma sociedade, a capacidade de gozo da pessoa coletiva é restrita. Limitando-se aos direitos de personalidade e aos direitos, expressamente, determinados por lei. O que é natural, pois, existe a possibilidade de o nascituro não nascer vivo, cessando automaticamente então sua personalidade jurídica”.

¹⁷⁰Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, III, cit., pág 41 apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., p.75/76. Menezes Cordeiro informa que está: : Em aberto a necessidade de uma revisão doutrinária do art.66/1: no limite, a personalidade deveria adquirir-se logo com a concepção, em nome do princípio básico de que todo o ser humano é pessoa”; no n.2 do artigo 66 tem o sentido de supressão retroactiva dos direitos dos nascituros quando não cheguem a nascer com vida; “trata-se de direitos concedidos aos nascituros como nascituros; não daqueles que lhes assistam como seres humanos pré-natais.

de personalidade ao nascimento, estão gastas e ultrapassadas¹⁷¹. Afirmar ainda, que um recém-nascido é um nascituro que mudou de lugar e se adaptou a este, pois a vida já existia no ventre da mãe, mas agora acontece com mais intensidade, pois passou a respirar ar. Aduz ainda, quanto a autonomia, pois, entende, que o “um recém-nascido com uma gestação de vinte e cinco semanas é menos autónomo do que um nascituro, no útero materno, com trinta e sete semanas”, entende que a personalidade humana não pode depender da autonomia.¹⁷²

PAIS DE VASCONCELOS¹⁷³ também se posiciona no sentido de reconhecer a personalidade jurídica do nascituro, e do mesmo pensamento dos demais doutrinadores que defendem esta corrente, admite que desde a concepção o nascituro é pessoa, e por ser pessoa deve ter os direitos recorrentes a sua personalidade. Aduz ainda que, admitindo que o nascituro seja um ser humano com vida, é inevitável sua qualificação como pessoa jurídica. O que, segundo o autor, pode ser limitada pela natureza das coisas, é sua capacidade de direito e de gozo, pois está condicionada ao seu nascimento. Deduz, que desde a concepção, o nascituro já titular de direitos de personalidade, entre os quais, “assumem particular relevância o direito a viver, à identidade pessoal e genética, à integridade genética e física. Tem direito de nascer, a não ser ferido fisicamente, a não ser manipulado ou perfurado geneticamente, a ser aquela pessoa mesma pessoa única e irreparável, não fungível, a ser bem tratado e a receber os cuidados que a sua condição impõe”. Concluindo, que, se o nascituro vier a nascer com vida, seus direitos serão alargados, se vier a morrer antes de nascer sua personalidade se extingue, como ocorre com qualquer pessoa¹⁷⁴.

¹⁷¹Leite de Campos, *Lições de Direito de Personalidade*, cit., pág 162, e *O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica*, ROA, ano 61, 2001, III, págs. 1254-1268. Apud VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.76.

¹⁷²CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 50-51. Leite de Campos aduz que: “[...] a personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muitos jovens, muitos idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos estes “seres humanos os são”, são pessoas. E que todos os cuidados e meios devem ser postos ao seu serviço”.

¹⁷³VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.77. Pais de Vasconcelos informa que: “É incontestável que o nascituro tem vida e substância humana desde a concepção. Daí decorre que tem a qualidade de pessoa humana. [...] a personalidade é qualidade de ser pessoa que o Direito se limita a constatar, sem ter de reconhecer e sem poder negar. O modo de ser da personalidade no Direito é a personalidade jurídica. É inegável, pois, a personalidade jurídica do nascituro desde sua concepção”.

¹⁷⁴Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.78. Pais de Vasconcelos aduz que: “Se o nascituro vier a nascer com vida, a sua capacidade de gozo alarga-se, com o nascimento, embora a sua capacidade de exercício se mantenha nula como é próprio do estatuto jurídico da menoridade. Se morrer antes de nascer, a sua morte extingue a personalidade. Os seus direitos de personalidade extingue-se, como sucede com qualquer pessoa”.

Desta forma, fazendo-se uma interpretação do que a teoria concepcionista e os doutrinadores que a defendem, ao se afirmar que todo ser humano é pessoa, e que toda pessoa deve ter reconhecida sua personalidade jurídica, conseqüentemente estará sendo enunciado que, o nascituro que é um ser humano deve ter reconhecida sua personalidade jurídica¹⁷⁵

No entanto, tal afirmação pode ser vista de uma outra maneira, pois, toda pessoa é um ser humano, mas nem todo ser humano será uma pessoa. Dito isso, e como já demonstrado em texto anterior, que para ser pessoa deve ter nascido, e a vida civil só começa com o nascimento com vida.

Mesmo diante da evolução da medicina fetal e genética como também do avanço dos estudos a respeito dos direitos fundamentais, necessariamente, a proteção do nascituro, é necessário que se diferencie a ideia de pessoa de ser humano.

O nascituro terá a proteção do Estado, o qual será lhe garantido o direito à vida e os demais direitos a ele guardados para quando nascer com vida, no entanto, fazer dele uma pessoa, e criar nele todo o mundo jurídico que a pessoa faz, é dar a ele direitos os quais não sabemos se os terá.

O entendimento desta corrente, é no sentido que a personalidade jurídica se dá a partir da concepção, independentemente de qualquer condição para que seja concretizada a personalidade do nascituro e que apenas alguns direitos estariam condicionados ao nascimento com vida. Diferente do ser que viveu e morreu, este entrou no mundo jurídico, deixou de ser uma expectativa, o nascituro é uma esperança de se tornar alguém.

Nesse sentido, podemos concluir que, o pensamento dos doutrinadores que defendem a personalidade jurídica do nascituro vai contra ao texto do art.66 do CC Português e do texto de lei, do art. 2 do CC Brasileiro. Em sua defesa, afirmam que o nascituro não é menos pessoa que o nascido, pelas mudaram de ambiente, ventre materno para o mundo exterior – viver em sociedade.

Defender a personalidade jurídica do nascituro é defender que a vida se inicia na concepção, e que enquanto o feto se encontra no ventre, tem seus direitos e que estes devem

¹⁷⁵ FALCÃO, Rafael de Lucena. *A personalidade jurídica do nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-personalidade-juridica-do-nascituro>, 40202.html>. Acesso em: 25 de abril de 2016. p. 12.

ser respeitados até que possa ingressar na sociedade. E caso não venha a nascer com vida, seus direitos de personalidade se extinguiriam, da mesma maneira que é cessado na lei atual – com a morte.

Ao defender que a vida se inicia com a concepção, deparamos com uma questão muito delicada, a legalização do aborto em Portugal. Em 2007, o plebiscito, aprovado por 59% dos portugueses, legalizou o aborto, até a décima semana¹⁷⁶. É evidente que tal legalização colide com os interesses do nascituro¹⁷⁷. Nesse sentido, tirar a vida do nascituro não é considerado crime, até a décima semana, o que contraria a tese trazida pelos doutrinadores defensores da teoria concepcionista, ou seja, que consideram a personalidade jurídica com a concepção. Pois nesse caso, legalizar o aborto até a décima semana, não estamos cometendo crime algum, e dentro do ventre materno há vida.

Dar a mulher este direito de escolha, de ter o filho ou não, podendo tirar o direito à vida do nascituro, só reforça a ideia trazida pelo Código Civil, o qual assume que a personalidade do nascituro apenas se dá com o nascimento com vida.

Sendo que, se assumíssemos que o nascituro tem personalidade, sendo assim uma pessoa no ventre materno, apenas esperando para ingressar na poli, não caberia a mulher este direito escolha. Pois, neste entendimento, não caberia a ela decidir sobre o direito à vida de outrem, dizendo que a mulher não tem direito de escolha sobre o próprio corpo.

2.2.3 Teoria da Personalidade Condicional

A teoria da personalidade condicional sustenta personalidade jurídica do nascituro, desde sua concepção, mas sob a condição de que este nasça com vida. Ou seja, a aquisição

¹⁷⁶Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54537,1>>, apud PUSSI, William Arthur. op. cit., p.100. “O presidente português, Aníbal Cavaco Silva, sancionou nesta terça-feira (10 de abril) a lei que descriminaliza o aborto nas primeiras dez semanas de gestação, mas sugeriu várias recomendações para sua aplicação. Cavaco Silva tinha o poder de veto, mas optou por promulgar o projeto, que foi aprovado no Parlamento depois de 59% dos portugueses apoiarem a medida em plebiscito feito no dia 11 de fevereiro. A afirmação é do jornal O Estado de S. Paulo. Em mensagem ao parlamento, o presidente sugeriu que, antes de tomar qualquer decisão, a mulher seja informada sobre a possibilidade de entregar o bebê para adoção, que a publicidade sobre o aborto seja restrita, que os médicos contrários à prática não sejam excluídos de consultas prévias e que se crie uma rede pública de acompanhamento psicológico e social às mulheres. Ele ainda classificou o aborto como um “mal social a ser prevenido”.

¹⁷⁷PUSSI, William Arthur. op. cit., p.97.

de certos direitos ocorrerá em forma de condição suspensiva, isto é, se o nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção.¹⁷⁸

O nascituro, segundo essa teoria, não é sujeito de direito, embora mereça proteção legal, tanto no plano civil como criminal. Essa proteção se explica, pois há nele uma personalidade condicional que surgirá em sua plenitude com o nascimento com vida, e será extinguida caso o feto não viver.¹⁷⁹

Nesse sentido, VICENTE RÁO¹⁸⁰, aduz que a proteção ao não nascido deve se equivalente a uma “situação jurídica de expectativa, de dependência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa”, ou então, que em virtude de situação do nascituro, certas ações possam ter efeitos para atos futuros, ou seja, retroajam.

A teoria da personalidade condicional é uma mescla da teoria natalista com a teoria concepcionista, na qual reconhece a personalidade desde a concepção, porém condicionada ao nascimento com vida¹⁸¹.

Adepto a esta teoria, MIGUEL SERPA LOPES entende que a situação do não nascido está condicionada a um evento suspensivo, pois a aquisição de todos os direitos está atribuída ao nascimento com vida, e se assim ocorrer, dá-se tal aquisição, mas, se não houver nascimento com vida, não haverá perda ou transmissão de direitos, como “ocorreria se o nascituro fosse reconhecido uma personalidade fictícia”¹⁸².

¹⁷⁸ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 222/223.

¹⁷⁹WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 223.

¹⁸⁰RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.655, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 223. Vicente Ráo aduz que: “O não reconhecimento ou a não atribuição de personalidade ao não nascido não importa para que possa dispensar a ele a proteção que lhe é devida. Tal proteção equivale a uma situação jurídica de expectativa, de dependência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas ou ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros”.

¹⁸¹FALCÃO, Rafael de Lucena. op. cit., p. 13.

¹⁸²LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. V.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. Ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.254, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 223.

FLÁVIO TARTUCE¹⁸³ define a Teoria da personalidade condicional, como aquela que a personalidade se inicia com o nascimento com vida. No entanto, os direitos referentes aos nascituros estão em condição suspensiva. Sendo que, para que estes direitos venham a ter eficácia, deve haver o nascimento.

A lei assegura direitos ao nascituro durante o período da gestação, tutelando-lhes alguns direitos personalíssimos e patrimoniais, entretanto estariam eles sujeitos a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento. O nascimento com vida leva os mesmos a realizarem a condição suspensiva e desta forma consolidar os direitos que adquirira desde a concepção, tendo em vista que sua eficácia estava atrelada a condição do nascimento com vida, e desta forma integrarão definitivamente o patrimônio do nascituro, mesmo que venha a falecer segundos após ter vindo ao mundo¹⁸⁴.

Verificando o nascimento com vida é de suma importância ressaltar que a personalidade retroagirá ao momento de concepção do mesmo conferindo a este uma tutela jurídica que será retroativa¹⁸⁵.

ALESSANDRO MOURA¹⁸⁶, em seu artigo, resume que, para a teoria da personalidade condicional, pode ser considerado uma pessoa, de maneira condicional, pois, se vier a nascer com vida, passará a ter todos os direitos os quais estavam suspensos. Mas, se não vier a nascer com vida, não será pessoa, tornando a ser coisa. Entende assim, que existem relações jurídicas em torno do nascituro, mas que estas estão aguardando seu nascimento.

¹⁸³TARTUCE, Flávio. op. cit., p. 76. Flávio Tartuce, completa sobre a personalidade condicional, dizendo que: “[...] é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio jurídico que subordina a sua eficácia e evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.”

¹⁸⁴FALCÃO, Rafael de Lucena. op. cit., p. 13.

¹⁸⁵Ibidem, p. 13.

¹⁸⁶MOURA, Alessandro. op. cit., p. 14. “Pela teoria da personalidade condicional, o nascituro já pode ser considerado pessoa condicional, mas que, invariavelmente, terá dois caminhos: se nasce com vida confirma sua condição e passa a exercer os direitos e deveres que estavam em suspenso. Mas, se ao nascer o sopro da vida não lhe assiste, abandona a condição de pessoa em potencial e torna a ser coisa. Logo, faz-se do nascituro um centro autônomo, em torno do qual gravitam relações jurídicas, no aguardo do seu nascimento”.

De mesmo pensamento, ARNOLDO WALD¹⁸⁷, aduz que a proteção do nascituro, nesta teoria se dá com a personalidade condicional, a qual surgirá em sua plenitude com o nascimento, e se extinguirá caso não vier a nascer com vida.

A teoria da personalidade condicional entende que o nascituro possui personalidade desde o momento de sua concepção, porém, esta está condicionada ao nascimento com vida. Ou seja, a teoria da personalidade condicional entende que o início da personalidade jurídica do nascituro se dá a partir da concepção, mas com a condição deste nascer com vida. Apenas com o nascimento com vida será considerado a existência da pessoa desde sua concepção.

Considerar que o nascituro tem personalidade desde sua concepção, mas esta estar condicionada a seu nascimento, entra em conflito com a teoria natalista. Nesse sentido, FLÁVIO TARTUCE afirma que esta teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, por partir da premissa de que para se adquirir personalidade deve nascer com vida¹⁸⁸.

Aduz ainda que, existe problemas nessa teoria condicional da personalidade, pois é mais apegada as questões patrimoniais, e deixando de lado os direitos pessoas, da personalidade, em favor do nascituro. Ressalva, que os “direitos personalidade não podem estar sujeitos a condição” e que, esta corrente aduz que o nascituro apenas possui direitos de maneira suspensiva, os quais aguardam o nascimento para serem efetivados.¹⁸⁹

Na doutrina Portuguesa, defendendo a corrente da personalidade condicional temos CAPELO DE SOUSA¹⁹⁰, em que, no seu entendimento, “onde se inclui a titularidade do

¹⁸⁷WALD, Arnaldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito Civil – Introdução e Parte Geral*, p. 118 apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 131. “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional, que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver. [...] o nascituro não é sujeito de direitos, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. ”

¹⁸⁸TARTUCE, Flávio. op. cit., p. 76.

¹⁸⁹Ibidem, op. cit., p. 76. Flávio Tartuce afirma que: “O grande da corrente doutrinaria é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalta-se, por oportuno, que os direitos de personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos”.

¹⁹⁰SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p.266. “Parece, assim inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe. Pelo que, não só a nível de garantias constitucionais, mas também no âmbito das relações entre os particulares, por força da eficácia civil daquela norma (art. 18, n.1, Const.), dever-se-á considerar o ser do concebido com um bem juridicamente protegido, tanto mais, que o legislador constitucional não atingiu no art.24 a vida humana extra-uterina da

direito à vida intra-uterina e ao desenvolvimento desta vista ao nascimento completo e com vida extra-ulterina”.¹⁹¹

No mais, CAPELO DE SOUSA, indaga que o art. 70 do CC acolhe uma proteção geral da personalidade física e moral dos nascituros protegidos, pois, estes também carecem de proteção contra ofensas a sua personalidade, para que possam nascer com vida.¹⁹²

Dessa forma, entende-se que a corrente da parcial personalidade do nascituro, condiciona os direitos deste a seu nascimento com vida, no entanto, o considera pessoa desde sua concepção.

Considerar o nascituro como pessoa desde sua concepção, vai contra o conceito de “pessoa” empregado pelo ordenamento jurídico. E guardar os direitos do nascituro ao seu nascimento, apoia a ideia empregada pelo Código Civil Brasileiro e Português, o qual a personalidade se adquire com o nascimento com vida.

Dizer que o nascituro é pessoa, mas condicionar seus direitos com o nascimento, passa a ideia de que ele não é pessoa. Se pessoa fosse, não precisaria que seus direitos fossem guardados para quando nascessem, pois, já seriam seus em sua plenitude, apenas se extinguíram com a eventual morte ao nascer.

Diante das posições apontadas, percebe-se que a doutrina, em sua maioria, é insurgente à posição adotada pelo Código Civil. Segundo os autores, o Código Civil

uterina, aquela depende desta e a razão de ser da lei a ambas abrange, no respeito das correlativas especificidades”.

¹⁹¹Capelo de Sousa, *O Direito Geral da Personalidade*, cit., pág. 156/157. Apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2015. P.76. Capelo de Sousa defende a personalidade jurídica parcial do nascituro já concebido, “onde se inclui a titularidade do direito à vida intra-uterina e ao desenvolvimento desta com vista ao nascimento completo e com vida extra-ulterina”. O autor mantém esta opinião na sua *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 278-281.

¹⁹²SOUSA, Rabindranath Capelo de, op. cit., p.269. “[...] protege <<os indivíduos>> contra violações da sua <<personalidade física ou moral>>, utilizando uma nomenclatura muito diferente da utilizada na secção anterior do mesmo Código relativa à <<personalidade jurídica>> e à <<capacidade jurídica>>, as quais, ao menos de um modo pleno, apenas são atribuídas aos seres humanos nascidos completamente e com vida (art. 66, n.1). Ou seja, se o legislador civil quisesse circunscrever a tutela geral da personalidade às pessoas jurídicas singulares nascidas e com vida mais razoavelmente utilizaria no art.70, em vez do abrangente termo <<indivíduos>>, a expressão <<personalidades jurídicas singulares>> ou equivalente. Por outro lado, os concebidos são, como vimos, seres humanos intra-uterinos dotados de uma estrutura e dinâmicas próprias e, como tais, são <<indivíduos>> dotados de uma naturalística <<personalidade físico-moral>>. Aliás, a ratio legis do art.70 vale também para os concebidos, porque também carentes de uma proteção geral contra ofensas à sua personalidade, não só para nascerem com vida e ilesos, mas também para que a própria gestação se processe no modo próprio”.

contraria a concepção moderna do direito de personalidade que procura estender ao nascituro desde a concepção, em busca de sua ampla defesa¹⁹³.

No entanto, mesmo uma parte da doutrina sendo a favor de uma reforma do art.66 do CC do Português e do art. 2 do CC Brasileiro, é de salientar que assumindo a personalidade jurídica ao nascituro, teria de ser reformado o Código Civil como um todo.

A maioria dos autores ao defenderem o nascituro como um ser de personalidade jurídica, defende a ideia de que ele é um ser humano e por isso uma pessoa. Dizer que o nascituro não tem personalidade jurídica, não o torna menos humano. Humano, o nascituro é, mas não deixa de ter uma expectativa de nascimento com vida.

Colocá-lo como uma pessoa, a qual assume todos os direitos e deveres perante uma sociedade, é incoerente, pois certas relações jurídicas eles jamais poderiam assumir. Mesmo os direitos a eles garantidos em lei, necessitam de seu nascimento, ou são para garantir o seu nascimento, é nada mais que o Estado garantindo o direito à vida, e não o considerando como pessoa fosse.

Os seres sem sujeito devem ser colocados em patamares diferentes das pessoas, não podendo ser equiparados, para que assim, possa ser resguardado seus direitos e sua proteção.

Sendo assim, analisados os principais pontos das principais teorias sobre o início da personalidade, cabe demonstrar a figura do nascituro e assim avaliar a condição jurídica do nascituro no ambiente do direito.

¹⁹³PUSSI, William Arthur. op. cit., p.97.

3. DA ACEPÇÃO DO NASCITURO NO UNIVERSO JURÍDICO

3.1 Primeiras linhas sobre o nascituro

O nascituro é um ser humano que vive em uma situação de transição, do ventre para o mundo, e que desde a Bíblia podemos encontrar algumas referências desta figura jurídica. Desse entendimento, façamos uma pequena linha histórica para exemplificar a figura do nascituro perante os tempos e assim fazer uma definição.

Já na Bíblia, podemos verificar referências acerca do nascituro, como no Livro dos Salmos 138, 13-16¹⁹⁴, Lucena Falcão, sobre este assunto aduz que, havendo glorificação originada por Davi que enfatiza o conhecimento de Deus sobre a formação do nascituro a partir de sua concepção¹⁹⁵. Além dessa passagem, damos destaque Salmo 139, 12-16¹⁹⁶, Rei Davi destaca o conhecimento de Deus sobre a formação do nascituro desde o momento de sua concepção¹⁹⁷.

Em relação ao pensamento grego, desde a antiguidade, reconheciam o nascituro como portador de capacidade jurídica, como na história de Plutarco em *Vie de Lycurgue*, contida na obra *Vie des hommes illustres*¹⁹⁸, após a morte Polydecte, acreditava-se que Licurgo seria o Rei, o entanto, após descoberta de gravidez da Rainha, foi declarado que se fosse um filho, ele quem serei o Rei.

¹⁹⁴Bíblia Sagrada, Salmos 138, 13-16: “Fostes vós que plasmastes as entranhas do meu corpo, vós me teceste no seio de minha mãe. Sede bendito por me haveres feito de modo tão maravilhoso. Pelas vossas obras extraordinárias conheceis até o fundo a minha alma. Nada de minha substancia vis é oculto, quando fui formado ocultamente, quando fui tecido nas entranhas subterrâneas. Cada uma de minhas ações vossos olhos viram, e todas elas foram escritas em vosso livro; cada dia de minha vida foi prefixado, desde antes que um só deles existisse”

¹⁹⁵FALCÃO, Rafael de Lucena. op. cit., p. 04.

¹⁹⁶Bíblia Sagrada, Salmo 139, 12-16: “Pois tu formaste o meu interior o meu interior, tu me teceste no seio de minha mãe. Graças te dou, visto que por modo assombrosamente maravilhoso me formaste; Os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui formado e entretecido como nas profundezas da terra. Os teus olhos viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos e determinados, quando nem um deles havia ainda”.

¹⁹⁷PUSSI, William Arthur. op. cit., p. 52.

¹⁹⁸ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. Apud PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.52. Trecho retirado da Obra de Pussi, no qual ele cita que Lycurgue e narrada na obra de Silmara J. A. Chinelato e Almeida. “Segundo Plutarco, Polydecte morre cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a rainha tivesse um filho, seria a ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de autor”.

No século V a.C., Hipócrates comprometeu-se a não dar uma substância abortiva a uma mulher, foi também com Hipócrates, conhecido como Pai da Medicina¹⁹⁹, que foram encontrados os primeiros registros sobre o estudo de embriologia²⁰⁰.

Em Atenas, até a época de Lysias, não se apresentava nenhuma pena impositiva ao aborto. Já em Tebas, o aborto era punido de forma mais severa, em Mileto apenas-se com pena capital. Platão e Aristóteles defendia as práticas abortivas e a disposição do recém-nascido disforme, por razões de interesse demográficos e também por temor a fome e o aumento populacional.²⁰¹

WILLIAM PUSSI afirma que é importante destacar, com relação ao nível histórico e de conhecimento a respeito do nascituro na Grécia antiga, pois os gregos deram muitas contribuições para a ciência da embriologia, os primeiros estudos encontram-se nos livros de Hipócrates. Aduz ainda, que no Século IV a.C, Aristóteles escreveu um tratado de embriologia, no qual falava do desenvolvimento do pinto e de outros embriões. E no Século II a.C, Galeno escreveu um livro: Formação do Feto.²⁰²

Podemos ver as referências sobre a figura do nascituro desde as escrituras na Bíblia, na antiga Grécia já havia entendimentos sobre o nascituro, filósofos como Platão e Aristóteles defendiam a possibilidade da realização do aborto. Os esboços realizados sobre o nascituro na Grécia antiga colaboram para a ciência da embriologia.

Mesmo que de maneira mais precária, a figura do nascituro já era observada pelos estudiosos da época, vendo o nascituro como um ser vivo, tanto que para alguns lugares da

¹⁹⁹FALCÃO, Rafael de Lucena. op. cit., p. 04.

²⁰⁰PUSSI, William Arthur. op. cit., p. 52.

²⁰¹Ibidem, p. 53-54.

²⁰²MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia Clínica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p.9; apud; PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 54-55. Afirmam que: “Os gregos deram muitas contribuições importantes para a ciência da embriologia. Os primeiros estudos embriológicos de que se tem registro encontram-se nos livros de Hipócrates. O famoso médico grego do quinto século antes de Cristo, por muitos considerado o Pai da Medicina. Para esclarecer como o embrião humano se desenvolve, ele recomendou: “Pegue vinte ou mais ovos e deixe-os serem chocados por duas ou mais galinhas. Então, a cada dia a partir do segundo da incubação, retire um ovo. Quebre-o e examine-o. Você encontrará exatamente as situações que eu informo, pois a natureza da ave assemelha-se à do homem”. No século quatro a.C. Aristóteles escreveu um tratado de embriologia no qual dissertou sobre o desenvolvimento do pinto e de outros embriões. Os embriologistas consideram Aristóteles o Fundador da Embriologia apesar de ele ter promovido a ideia de que o embrião se desenvolve a partir de uma massa amorfa, que descreveu como uma “semente informe, com uma alma nutritiva e todas as partes do corporais”. Esta se desenvolvia a partir do sangue menstrual após ser atingido pelo sêmen masculino. Trata-se de uma ideia errônea que aparece no tratado sânscrito da antiga biologia hindu, recém-mencionada. Galeno (Século dois d.C.) escreveu um livro intitulado Sobre a Formação do Feto, onde raciona sobre o desenvolvimento e a nutrição de fetos e as estruturas que hoje denominamos alantoide, âmnio e placenta”.

Grécia, havendo punições para o aborto existia em certas regiões. Passamos a uma análise do Direito Romano, em relação a figura do nascituro.

É de suma relevância a análise do nascituro em face do Direito Romano diante sua importância para o direito moderno. O nascituro, se diverge entre os romanistas em relação ao seu posicionamento, no sentido em que alguns textos afirmam que o *infans conceptus* não é um homem (ser), mas apenas do corpo da genitora, outros, o equiparam à uma criança já nascida²⁰³.

LIMONGI FRANÇA destaca que, mesmo com a controversa doutrinária, sobre os requisitos da existência do ente humano, os juristas estão de acordo que devem existir pelo menos três requisitos: nascimento, vida extra-uterina e forma humana²⁰⁴.

Já REINALDO PORCHAT afirma que seria necessários dois requisitos para reconhecimento da pessoa física: o nascimento perfeito (condição natural) e o status (condição civil). Considera ainda que, o nascimento perfeito quando reúne as seguintes condições: estar o feto completamente separado do ventre materno; nascer vivo; ter forma humana; ser viável.²⁰⁵

Com relação a viabilidade, podemos destacar entre aqueles que aceitam a exigência de tal requisito os seguintes autores: Puchat, Mackeldey, Gluck, Windscheid, Van Wetter, Serafim. Entre os que negam destaca-se Savigny. Os que aceitam, afirmam que somente será

²⁰³PUSSI, William Arthur. op. cit., p. 56.

²⁰⁴FRANÇA, R. Limongi. Nascituro. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. V.54, p. 38-52 apud PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 58-59. Não obstante seja antiga e perdure a controvérsia, no direito romano, sobre os requisitos da existência do ente humano, acordes seus jurisconsultos em que, no mínimo sejam três, nascimento, vida extra-uterina e forma humana, disputando-se quando à necessidade e ao sentido da vitalidade é irrecusável que, conforme aflora de diferentes fontes antijustinianéias e justinianéias, os romanos iluminadamente sempre protegeram o nascituro atribuindo prerrogativas ... A respeito da concepção romana, como decorre dos textos do Digesto, recenseados, pensa Aloyso Maria Teixeira, com razão, que os intérpretes se insurgiram como veemência contra vários daqueles textos, especialmente os de Ulpano e Papiano – os quais não deixaram “de proteger o nascituro embora não considerando pessoa no sentido amplo”- mesmo pela especialização de fatos contrapostos em argumentação, “sempre levou em consideração o direito do nascituro, ao qual se dava proteção particular, reservando-se esse mesmo direito a ele atribuído ainda em embrião, direito esse que seria ao nascituro se nascesse com vida”, segundo disposto por Paulo, o qual combina com sua disposição anterior. Incluindo na mesma linha o “disposto por Juliano a fortalecer as informações quanto ao nascituro, que o mencionado autor categoriza como pessoa, aceitando a regra “*nasciturus pro jure nato habetur, quum de commodo ejus agitur*”, cuja salvaguarda cabe na situação jurídica de expectativa de direito.

²⁰⁵Da pessoa physica em Direito Romano: sua condição natural, o nascimento perfeito; sua condição civil, o Status. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. Typ. Siqueira Nagel & Cia. a. 1991, v. 19, p 9-33, 1913. Apud PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 59.

pessoa aquele que nasce vivo e possui condições de permanecer vivo em decorrência de ter completado o tempo de gestação perfeita.²⁰⁶

O tempo de gestação perfeita era importante para saber a legitimidade do filho, era considerado filho legítimo aquele nascido de justas núpcias e que tivesse sido gerado durante elas, também seria legítimo o filho que tinha sido gerado durante o matrimônio, mas que tivesse nascido após a dissolução. Não era considerado filho legítimo aquele que nasceu durante o justo matrimônio mas que tivesse sido concebido antes do mesmo²⁰⁷.

Diante da viabilidade, o Direito Romano fixou um prazo para ser completada a gestação de um filho – usando as hipóteses de Hipócrates – foi estabelecido que o nascituro poderia nascer vivo e perfeito desde o 182 dia da concepção, com prazo máximo de gestação de 10 meses²⁰⁸.

Com relação ao recém-nascido inviável, para o Direito Romano, este não era portador de capacidade jurídica, confirmando a tese de viabilidade como requisito²⁰⁹.

Aos nascituros, eram resguardado ao nascituro alguns direitos visando ao nascimento, como: garantir direitos sucessórios ao nascituro; a lei deve proteger seus direitos de herança; e deveria considerar o filho (nascituro) como nascido, sempre quando se tratar de suas vantagens.²¹⁰ E que as leis sobre o estado de sucessão, tratam de forma favorável o nascituro.²¹¹

²⁰⁶PUSSE, William Arthur. op. cit., p. 60.

²⁰⁷Ibidem p. 60.

²⁰⁸Ibid, p. 60-61.

²⁰⁹Ibidem, p. 61.

²¹⁰PUSSE, William Arthur. op. cit., p. 61. Transcreve: “D.37.9.19 (de ventre in posse. mit), neste texto Ulpiano cria a posse em nome do ventre, tendo como objetivo garantir direitos sucessórios ao nascituro; D.1.5.26 (Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur ...) segundo tal preceito aquele que está no útero, em quase todo direito civil, são tidos como nascidos em proteção ao direito de herança; D.1.5.7 (Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur alii, antequam nascatur, nequaqua prosit.), nesse ponto Paulo afirma que considera como nascido o filho que ainda está no ventre materno sempre que se tratar de suas vantagens”.

²¹¹PUSSE, William Arthur. op. cit., p. 62. Transcreve: “a) D.1.5.18 (de statu hom), de Adriano em que foi estatuído como sendo cidadão romano o que foi concebido em justas núpcias, mesmo que na época do nascimento sua mãe já achasse desterrada; b) D.1.9.7.1 e 2 (de senatoribus), pela qual se considerava filho de senador aquele que foi concebido quando o pai era senador, embora, quando do nascimento, tivesse o pai perdido essa dignidade ou falecido; c) D.5.16 (de stat.hom.) dispunha que ao que estava no ventre era atribuída a herança legítima, e o título de ventre in possessionem mittendo et curatore eius estabelecido no D.37.9, estabelecia a bonorum possessio ventris nomine em virtude do qual um curador era especialmente nomeado e exercia a posse em nome do ventre de maneira que poderia praticar todos os atos e tomar todas as medidas cabíveis a fim de conservar os bens do nascituro e providenciar que fossem providenciadas à mãe todas as medidas necessárias a seu sustento e também garantir, assim, o desenvolvimento do nascituro.

Seus direitos sucessórios dependiam do seu nascimento com vida, aos outros direitos que deles eram independentes, os quais eram concebidos aos nascituros pelo simples fato de estar concebido²¹².

No Direito Romano, o nascituro dispunha de direitos que independiam do nascimento com vida, como é o caso do *bonorum possessio ventris nomine*, que tinha por objetivo o desenvolvimento intrauterino e independente do nascimento²¹³, temos como exemplo, o reconhecimento ao nascituro o direito de receber alimento, independentemente do direito da mãe, para visar sua proteção e seu nascimento com vida.²¹⁴

Mesmo com esses direitos, o feto só era considerado viável após o sexto mês de gestação, segundo os romanos, antes disso, o feto era imaturo e tido como um aborto.²¹⁵

Pussi resume, que para o Direito Romano, o nascituro possui personalidade desde sua concepção, que lhe é reconhecido o direito a alimentos, desde sua concepção para que este nasça vivo. Que os textos apresentados têm como objetivo proteger o nascituro, mesmo

Também o *bonorum possessio ventris nomine* permitia a nomeação de um curador quando o nascituro era chamado à sucessão de um estranho, e a mãe não possuía posse suficiente para lhe garantir sustento. d) D.11.8.2 estabelecia especial proteção ao nascituro quando permitia que fosse aberto o ventre da mulher que havia morrido grávida, a fim de tentar salvar o nascituro, e o D.48.19.3 pelo qual se vedava a execução da mulher grávida condenada a morte, adiando-se a execução pra depois do parto”.

²¹²ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela Civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. Apud PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.62-63.

²¹³PUSSI, William Arthur. op. cit., p. 63.

²¹⁴PUSSI, William Arthur. op. cit., p. 65-65. “Os textos de Ulpiano contidos no D.37.9.1 (De ventre in possessionem mittendo, et curatore ejus) reconhece ao nascituro o direito de receber alimentos, independentemente do direito da mãe, para visar a proteção do nascituro e seu nascimento com vida, como condição básica de personalidade, Quando cita: “O §2 da mencionada referência reconhece a posse dos bens ao nascituro (póstumo) ainda que não se tenha certeza se é ou não herdeiro, visto que seria mais justo fazer gastos supérfluos do que negar alimentos ao que há de ser. O §3, por sua vez, afirmava que, na dúvida, se o nascituro é herdeiro ou deserddado, seria melhor alimentá-lo do que deixa-lo falecer por falta de alimento. O §4 estabelece que as mesmas razões se aplicariam ao caso de aborto da mulher que esteve na posse dos bens em nome do nascituro. Por sua vez, o §5 afirmava que, se o póstumo for deserddado sob condição, pendente esta, seria admitido, na opinião de Pedio, dar a posse dos bens ao nascituro porque, na dúvida, é melhor dar alimentos ao que vai nascer. Por sua vez, o §14 fixava em sua parte final que, salvo na hipótese de mentira por parte da mulher, devia a mesma ser amparada a fim de não se prejudicar o nascituro. Finalmente, o §19 autorizava que fosse nomeado um curador à mulher para que fosse garantido o sustento da mesma e, até mesmo, vestimento e habitação, sempre, objetivando-se o melhor para o nascituro”.

²¹⁵MAIA, Paulo Carneiro. *Nascituro*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, v.54, p. 47. Apud PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.63. “Os romanistas chamam vitalidade ou viabilidade, empregando uma palavra estranha às fontes jurídicas romanas e em sentido mais restrito do que se lhe dá em medicina legal – o que é normalmente necessária à capacidade para a vida extra-uterina (viabilidade), principiava, conforme o direito romano, baseado na doutrina de Pitágoras (século IV a.C.) e de Hipócrates (século V) quando se contemplava o sexto mês de gestação. Antes disso o feto considerava-se imaturo e era tido como aborto, presuntivamente incapaz de continuar a viver (inviabilidade). Tanto faz não poder viver como não nascer, diziam os comentários do direito romano: *idem est non nasci et non posse vivere*; daí resultava a personalidade do recém-nascido inviável; *in iure civili infans non vitalis pro nulla persona habetur*”.

quando há dúvida quanto se ele é herdeiro ou não dos bens que entrará na posse. O nascimento com vida atua como uma condição resolutiva para a herança.²¹⁶

Os textos romanistas que abordam o tema o apresentam de forma bem contraditória. Essa divergência é encontrada nos textos romanos em que hora afirmam que o nascituro não é homem, sendo apenas uma víscera da mãe, hora abordam que o nascituro se equivale à uma criança.

Da mesma maneira se diferem quanto a capacidade jurídica do nascituro, alguns entendem que possui e outros negam, e também existem os que afirmam que o nascituro possui uma capacidade condicional, que até seu nascimento – se viável, são resguardados seus direitos, e negando-os aos inviáveis ou aos que possuem alguma imperfeição.

Mesmo no Direito Romano o nascituro já era detentor de direitos antes do seu nascimento com vida. Por conta desses direitos, poderia ser, para os romanistas, equiparado ao nascido em certos aspectos, como, por exemplo, condição preponderante para que possa nascer vivo, direito a posse em nome do nascituro, dentre outros.

A visão que o Direito Romano trouxe à figura do nascituro, foi de absoluta valorização à vida, visto que, dar ao nascituro o direito de nascer, é considera-lo um ser humano, o qual merece proteção do Estado.

Feita essa pequena evolução histórica, e demonstrado a importância do Direito Romano na figura do nascituro, passamos para análise etimológica e jurídica do nascituro.

A palavra *nascituro* tem origem latina da palavra *nasciturus*, que designa aquele que ainda não nasceu, mas que há de nascer. É na verdade uma expectativa, pois, o ente que já foi concebido, possuem vida no seio da mãe, porém não se sabe se vai nascer vivo ou não²¹⁷. PAIS DE VASCONCELOS, aduz que a designação de nascituro são para aqueles que já foram concebidos, possuem vida no seio da mãe mas que ainda não nasceram²¹⁸.

²¹⁶PUSSI, William Arthur. op. cit., p. 66.

²¹⁷SILVA, Juliana Simão Da; MIRANDA, Fernando Silveira De Melo Plentz. *Dos Direitos do Nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: <http://www.facsaoque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016. p.10.

²¹⁸VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p.69. “A designação nascituro para aqueles que já foram concebidos e têm vida no seio da mãe, mais ainda não nasceram. Trata-se de uma situação transitória e limitada no tempo, porque os nascituros não podem manter-se nessa situação mais do que o tempo da gestação. Podem morrer antes de nascer. Podem também nascer com vida”.

A condição de nascituro, segundo SILVIO VENOSA, extrapola a simples situação de expectativa de direito²¹⁹. Os direitos dos nascituros ficam sob uma condição suspensiva. Suspensiva, pois, estão em situação transitória, ou seja, ficam no ventre materno até o tempo em que durar a gestação. Podendo nascer com vida ou não²²⁰, tradando assim, de uma prole eventual²²¹.

Podemos encontrar a figura do nascituro no ordenamento jurídico, tanto na legislação Portuguesa como na legislação brasileira.

Na legislação Portuguesa, em seu art. 66 do CC, (Começo da personalidade), aduz que: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Embora, o nascituro, diante da definição do art.66, n.1, do CC, não tenha personalidade, e assim, não são sujeito de direitos, a lei os reconhece direitos, mesmo sendo dependentes do seu nascimento com vida.²²²

Como é o caso do art. 952, CC, o qual permite fazer doações aos nascituros concebidos e não concebidos, e se defiram sucessões, sem restrições aos concebidos (art. 2033, n.1 do CC) e testamentária e contratualmente, quanto aos não concebidos (art. 2033, n.2 do CC). Além de admitir, o reconhecimento de filhos concebidos fora do matrimônio (art. 1847, 1854 e 1855, do CC).²²³

No Direito Brasileiro, em seu art. 2 do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O Código Civil Brasileiro, como o Português, entende que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, mas põem a salvo os direitos do nascituro. E além disso, no o próprio Código Civil, possui artigos direcionados a figura do nascituro. Como no caso do art. 542, CC, que prevê doação feita ao nascituro; o art. 1609, CC, que permite

²¹⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p.142.

²²⁰VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., p. 68.

²²¹VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p.142. Essa questão de uma prole eventual, segundo Silvio Venosa: “Remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiário em testamento o ainda não concebido”.

²²²PINTO, Carlos Alberto da Mota, op. cit., p. 203.

²²³Ibidem. p.202.

reconhecimento de filho antes do nascimento; art. 1.798, CC, legítima sucessão hereditária para os já concebidos no momento do falecimento do autor da herança.

Podendo ainda, em caso de estar em risco a sua vida ou seu patrimônio, o nascituro pode, em caso de incapacidade mental da genitora, tendo pai falecido, o juiz nomeará um curador para o nascituro, que será o mesmo da mãe (art. 1779 do CC), e também, no caso da mãe que não prover seu sustento, e conseqüentemente, do nascituro, pode esta, pedir alimento, no caso “alimentos gravídicos”, ao pai, para suprir as necessidades da mãe e assim prover desenvolvimento ao nascituro.²²⁴

Podemos classificar os nascituros, portanto, como seres em desenvolvimento intra-uterino, o qual vive em situação transitória, e que após seu nascimento, adquire os direitos e deveres com o nascimento com vida.

A lei, como demonstrado, garante alguns direitos, em sua maioria patrimoniais aos nascituros, mas estes só são concretizados com seu nascimento com vida.

LUIS A. CARVALHO FERNANDES, designa duas situações diferentes: a dos nascituros em sentido próprio (*stricto sensu*) que são os entes não nascido, mas já concebidos, e a dos concepturos, entes ainda não concebidos, mas que se espera o nascimento²²⁵.

Semelhante a figura do nascituro, temos o concepturo, semelhante porque a doutrina o classifica como direito sem sujeito. No entanto diferente, pois, diferente do nascituro, que já é um ser humano em desenvolvimento, o concepturo, ainda se encontra numa expectativa de concepção. É uma esperança, alguém que pode vir a nascer.

²²⁴LOBÔ, Paulo. op. cit., p. 95. “A Lei n. 11.804/2008, instituiu os chamados “alimentos gravídicos”, para hipóteses de paternidade ainda não determinada, podendo a mãe os requerer judicialmente ao suposto pai “para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto”. Mas o titular, segundo a lei, não é o nascituro e sim a mulher grávida, que também arcará com as despesas proporcionais aos seus próprios recursos”.

²²⁵FERNANDES, Luis A. Carvalho. op. cit., p. 202. “São nascituros *stricto sensu* os entes ainda não nascidos, mas já concebidos. Dizem-se concepturos os entes que nem sequer estão concebidos, no momento em que está em causa a atribuição de direitos, mas que se espera venham a nascer de uma pessoa determinada”.

3.1.1 Concepturo

Concepturo, do latim *concepturos*, é o termo usado para definir aqueles que não estão concebidos²²⁶. São mera construção legal, uma hipótese de ser. Os direitos a eles são pontuais e se restringem ao campo patrimonial²²⁷.

É um ser futuro, ainda não concebido, não inseminado ou implantado no ventre materno, que não deve ser confundido com o nascituro – este já concebido e em desenvolvimento no ventre materno, porém ainda não nascido²²⁸.

Mesmo ainda não concebidos, a Lei permite que sejam destinadas algumas atribuições patrimoniais, para o caso de serem gerados.²²⁹

No Direito Civil Brasileiro, em seu artigo 1.799, estabelece que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão. O Código Civil, deu amparo ao concepturo²³⁰.

No Direito Civil Português, no art. 952 possibilita a doação a concepturos – filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador. O art. 2033, n.2 al. a), admite a sucessão testamentária e contratual de concepturos, nas mesmas circunstâncias, mas não à sucessão legítima e legítima. Além disso, os art. 2240²³¹, n.1 e

²²⁶ASCENSÃO. José de Oliveira. op. cit., p.43. Nascituros são pessoas ainda não nascidas, mas que poderão nascer de progenitor ou progenitores determinados. Usa-se por vezes a palavra barbárica “concepturo” para designar dentro dos nascituros tal como os definimos, os que não estão concebidos ainda. É preferível distinguir simplesmente entre nascituros concebidos e não concebidos.

²²⁷SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 281.

²²⁸CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 167.

²²⁹VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., p.68.

²³⁰PAULIN, Milson Fernandes. Nascituro e Concepturo no Direito das Sucessões. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTE0OA>>. Artigo Virtual. Acesso em: 18 de abril de 2017.

²³¹Art. 2240 do CC: (Administração da herança ou legado a favor de nascituro) 1. O disposto nos artigos 2237.º a 2239.º é aplicável à herança deixada a nascituro não concebido, filho de pessoa viva; mas a esta pessoa ou, se ela for incapaz, ao seu representante legal pertence a representação do nascituro em tudo o que não seja inerente à administração da herança ou do legado. 2. Se o herdeiro ou legatário estiver concebido, a administração da herança ou do legado compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido.

2237 a 2239²³² preveem um complexo sistema de administração da herança ou legado a favor do concepturo²³³.

Os direitos reconhecidos aos concepturos dependem do seu nascimento, o que, segundo Capelo de Sousa, traduz numa condição legal suspensiva²³⁴, ou seja, para que o concepturo tenha os seus direitos condidos, necessita ser gerado e nascer com vida, antes disso, ficam, seus direitos, suspensos.

CAPELO DE SOUSA, afirma ainda que, o concepturo não é objeto da tutela juriscivilística do art. 70 do Código Civil Português²³⁵, pois não possui qualquer forma de vida humana, não é uma personalidade humana.²³⁶

Por não possuírem uma realidade biológica, não possuem sequer uma personalidade jurídica parcial, pois, possuem apenas, meras construções legais aptas a servir interesses excepcionais e pontuais.²³⁷

Pelo dito, entende-se que o concepturo é uma construção legal, uma hipótese de que poderá a vir a ser. E os direitos a ele dado pela lei, dependem de seu nascimento com vida.

Tanto o concepturo, como o nascituro são considerados como entes despersonalizados. Cabe assim, exemplificar melhor o que seriam estes sujeitos de direitos e porquê a figura do nascituro e do concepturo se encontram entre os entes despersonalizados.

²³² Art. 2237 do CC: (Administração da herança ou legado) 1. Se o herdeiro for instituído sob condição suspensiva, é posta a herança em administração, até que a condição se cumpra ou haja a certeza de que não pode cumprir-se. 2. Também é posta em administração a herança ou legado durante a pendência da condição ou do termo, se não prestar caução aquele a quem for exigida nos termos do artigo anterior. Art. 2238 do CC: (A quem pertence a administração) 1. No caso de herança sob condição suspensiva, a administração pertence ao próprio herdeiro condicional e, se ele a não aceitar, ao seu substituto; se não existir substituto ou este também a não aceitar, a administração pertence ao co-herdeiro ou co-herdeiros incondicionais, quando entre eles e o co-herdeiro condicional houver direito de acrescer, e, na sua falta, ao herdeiro legítimo presumido. 2. Não sendo prestada a caução prevista no artigo 2236.o, a administração da herança ou legado compete àquele em cujo interesse a caução devia ser prestada. 3. Contudo, em qualquer dos casos previstos no presente artigo, o tribunal pode providenciar de outro modo, se ocorrer justo motivo. Art. 2239 do CC: (Regime da administração) Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, os administradores da herança ou legado estão sujeitos às regras aplicáveis ao curador provisório dos bens do ausente, com as necessárias adaptações.

²³³ SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p.281/282.

²³⁴ SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 282.

²³⁵ Artigo 70 do Código Civil Português (Tutela geral da personalidade): 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

²³⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 282.

²³⁷ Ibidem, p. 283.

3.1.2 Sujeitos de Direitos e Entes Despersonalizados

Toda pessoa²³⁸, independentemente de sua origem, é o ente suscetível de direitos e obrigações²³⁹, pois é sujeito de Direitos²⁴⁰. O sujeito de Direitos²⁴¹ é o que possui dever jurídico, pretensão ou titularidade jurídica, que tem o poder de intervir na produção da decisão jurídica^{242 243}.

PAULO LOBÔ afirma que, o conceito de sujeito de direito é mais amplo que o de pessoa, pois, existem sujeitos de direito que não são pessoa físicas ou jurídicas, mas todo direito é de alguém. Afirma ainda que a pessoa é um sujeito de direito em sua plenitude, ou seja, de capacidade ilimitada na ordem civil.²⁴⁴

Já os entes não personalizados são sujeitos de direito dotados de capacidade civil limitada à sua proteção ou à consecução de seus fins. Destaca ainda, que são sujeitos de direitos não personalizados os seres humanos concebidos ou não, aos quais o direito

²³⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 305. “Vale observar que os animais e os seres inanimados, estão, naturalmente, afastados do conceito de pessoa natural e, por conseguinte, não são sujeitos de direitos, mas objeto das relações jurídicas. De qualquer sorte, não são sujeitos de direito, mas objeto das relações jurídicas. De qualquer sorte, não se ignore a proteção especial, dedicada por legislação específica, à tutela jurídica dos animais, decorrente da própria tutela do meio ambiente. A respeito da proteção jurídica da fauna, vale fazer menção ao art. 225, §1, VII, da Carta Magna e o Decreto-lei n. 221/67 – Código de Pesca, além da Lei n. 5.197/67 – Código de caça, que disciplinam a matéria, regulamentando a proteção dos animais”.

²³⁹VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.128.

²⁴⁰DINIZ, Maria Helena op. cit., 113.

²⁴¹Cfr. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 305. “A denominação pela qual é designado o ser humano como sujeito de direitos, todavia, não é pacífica, pertencendo à área cinzenta do direito (auctores ultraque trahunt). O nosso Código Civil adotou a expressão pessoa natural, considerando que decorre da própria natureza humana: o ser humano nascido com vida. Já o Código Civil argentino, sob a influência de Teixeira de Freitas, optou pela terminologia ente de existência visível, a quem se contrapõe o ser de existência ideal, que seria a pessoa jurídica. No Direito francês e no italiano adotou-se a nomenclatura pessoa física, expressão também acolhida pela nossa legislação tributária do Imposto de Renda, embora seja imprecisa, por desnaturar o homem, realçando aspectos materiais, desconsiderando o espírito e moral – elementos que também integram a personalidade. Criticável, ou não, a opção do legislador brasileiro, o certo é que seria possível apresentar censura a todas as denominações cabíveis.

²⁴²DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 114.

²⁴³Cfr. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 114.; encontra-se uma outra concepção de pessoa no seguinte trecho: “Para Kelsen o conceito de sujeito de direito não é necessário para descrição do direito, é um conceito auxiliar que facilita a exposição do direito. De forma que a pessoa natural, ou jurídica, que tem direitos e deveres, é um complexo destes direitos e deveres, cuja unidade é, figurativamente, expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação dessa unidade. Assim sendo, para esse auto a pessoa não é, portanto, um indivíduo ou uma comunidade de pessoa, mas a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos. Logo, sob o prisma kelseniano é pessoa uma construção da ciência do direito, que com esse entendimento afasta o dualismo: direito objetivo e direito subjetivo”.

²⁴⁴LOBÔ, Paulo. op. cit., p. 96-96.

empresta consequências jurídicas ou tutela. Não há necessidade, nesses casos de atribuir personalidade²⁴⁵.

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, afirma que em algumas situações parecem só pode ser juridicamente enquadradas na categoria de direitos sem sujeito²⁴⁶. No entanto, explica, que existem situações como a atribuições de bens, por doação ou por sucessão mortis causa, a um nascituro ou até um concepturo (art. 952²⁴⁷ e 2033²⁴⁸ do CC Português), em que parece existir um direito sem um titular ativo entre o momento da doação ou da morte e o nascimento do beneficiário²⁴⁹.

No Direito Brasileiro, usando a divisão feita pelo doutrinador PAULO LOBÔ, o qual divide os entes não personalizados em quatro categorias, com base na legislação: a) o nascituro (CC, art. 2²⁵⁰) b) os embriões excedentários²⁵¹, concebidos *in vitro* e ainda não implantados no útero da mulher crioconservados até três anos da concepção, desde que aptos

²⁴⁵ Ibidem, p. 97.

²⁴⁶PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 196. Acrescenta ainda: “Toda relação jurídica, trazida do lado activo num poder e do lado passivo numa vinculação (dever jurídico ou sujeição), tem de estar conexcionada com o sujeito. O poder pressupõe um titular, um portador; a vinculação ou obrigação um onerado suporte”.

²⁴⁷Art. 952 do CC : (Doações a nascituros) 1. Os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador. 2. Na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário.

²⁴⁸Art. 2033 do CC: (Princípios gerais)1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei. 2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade: a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão; b) As pessoas colectivas e as sociedades.

²⁴⁹PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 196.

²⁵⁰Art. 2 do CC: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

²⁵¹LOBÔ, Paulo. op. cit., p. 97/98, “O art. 1.597, IV, do CC denomina “excedentários” os embriões que não foram implantados no ventre materno, resultantes de descarte de reprodução medicamente assistida. Segundo a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), que regula a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, esses embriões devem ser crioconservados por até três anos, ou em prazo menor, se foram considerados totalmente inaptos para a procriação. O destino desses embriões descartados ou excedentários tem construído um dos mais delicados problemas relacionados com a reprodução assistida, especialmente quando os cônjuges ou companheiros não têm interesse em conceber outros filhos, nem permitem que sejam utilizados em outras mulheres. O CC apenas trata da presunção de concepção em relação ao embrião que tiver sido introduzido no útero da mulher, silenciando quando ao destino dos demais que permaneceram na condição de excedentário. O STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.501, após consultar a comunidade científica em audiência pública sobre quando começa a vida do ser humano, considerou constitucional o art. 5 da Lei de Biossegurança, permitindo a utilização dos embriões inviáveis em pesquisas e tratamentos médicos com as células embrionárias; segundo o relator, Min. Carlos Britto, a pessoa humana é a que se contém entre o nascimento e a morte cerebral. A doutrina condena a exigência da Lei n. 11.105 do “consentimento dos genitores” para a utilização dos embriões congelados para fins de terapia e pesquisa, pois o “mero dador de gametas não é juridicamente progenitor”, atuando fora dos processos naturais e de qualquer projeto de paternidade, tudo se esgotando no fornecimento de material para reprodução que realiza, como na hipótese de procriação heteróloga (Ascensão, 2007, p.8).

à procriação (CC, art. 1.597, IV²⁵²); c) os ainda não concebidos (*noum concepti*), entes humanos futuros ou prole eventual, destinatários de sucessão testamentária (CC, art. 1.799, I²⁵³), ou de outros negócios jurídicos unilaterais, ou estipulações em favor de terceiro; d) as futuras gerações humanas, como titulares de preservação do meio ambiente (CF, art. 225²⁵⁴)²⁵⁵.

No direito Português, CAPELO DE SOUSA classifica os entes sem personalidade em duas categorias os nascituros concebidos e os concepturos. Os nascituros concebidos, ou simplesmente nascituros, são os que já foram concebidos mas que tem o nascimento provável, e os nascituros concepturos são projetos de concepção de seres humanos, cuja concepção e nascimento são possíveis.²⁵⁶

²⁵²Art. 1.597 do CC: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²⁵³Art. 1.799 do CC: Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

²⁵⁴Art. 225 da CF: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

²⁵⁵LOBÔ, Paulo. op. cit., p. 96.

²⁵⁶SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p.265. “Os nascituros são seres humanos ou projetos de concepção de seres humanos, cujo nascimento futuro se antevê como provável ou possível, podendo, pois, ser concebidos ou tão só concepturos. Os nascituros concebidos são seres humanos já concebidos, mas ainda

MOTA PINTO explica que a posição de direitos sem sujeito ainda diverge entre os autores, e entende que este problema é apenas uma questão conceitual, pois, trata-se apenas de enquadrar a situação e solução na Lei, e que estas figuras fazem parte do ordenamento jurídico e vivem em uma situação provisória.²⁵⁷

Existe admissibilidade de relações jurídicas sem sujeito, que são o caso do nascituro, ente não nascido mas concebido, e do concepturo, ente não concebido, (art. 66, n.1 do CC), a quem a lei atribui alguns direitos, e o da herança jacente, a herança ainda não aceite, nem declarada vaga para o Estado (art. 2046, do CC)²⁵⁸.

Em qualquer desses casos apontados, CARVALHO FERNANDES, entende não que exista qualquer entidade para assumir qualidade de sujeito correspondente a poderes e vinculações. E assim conclui, com base no Direito Português, que não existe pessoa antes do nascimento completo e com vida, e o mesmo, à herança jacente, a qual não é atribuída a qualidade de pessoa coletiva.²⁵⁹

CARVALHO FERNANDES continua, que não se pode atribuir existência de um direito subjetivo ou de vinculação sem estarem atribuídos à uma pessoa, “já não se vê razão de ordem técnico-jurídica para não se admitirem situações transitórias de indeterminação do seu titular”, desde que o Direito tenha meios próprios de assegurar uma tutela aos seus interesses.²⁶⁰

A diferenciação dos sujeitos de direitos e dos entes despersonalizados é de suma importância para demonstrar a problemática da personalidade jurídica do nascituro, se ele a

não nascidos, sendo o respectivo nascimento provável. Os nascituros concepturos são projetos de concepção de seres humanos, cuja concepção e nascimento se prevê possível”.

²⁵⁷PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 196/197. Alguns autores (p. ex., B. Widscheid) afirmam a existência, nestes casos, de direito sem sujeito. Mota Pinto afirma que: Outros autores (Lehman, Manuel de Andrade) negam a possibilidade lógica dos direitos sem sujeito; trata-se-ia de um absurdo lógico, dado que o poder, em que o direito subjectivo se traduz, tem de pertencer a alguém, similarmemente se devendo discorrer para a obrigação (todo o poder implica necessariamente um titular; todo o dever pressupõe um suporte). As situações correspondentes aos exemplos dados seriam estados de vinculação de certos bens, em vista do surgimento futuro de uma pessoa com um direito sobre eles. O objecto possível de um direito não estaria integrado, nessas hipóteses, em nenhuma relação jurídica, mas também não estaria livre; estava a ser objecto de uma tutela jurídica adequada que o reserva para um provável direito futuro. Finalmente, há quem entenda não haver inconveniente ou obstáculo lógico na admissibilidade dos seus direitos sem sujeito. Não são casos de permanente inexistência do sujeito; são situações provisórias, durante as quais a relação se mantém numa forma imperfeita ou há uma indeterminação transitória do titular. Este é problema é uma questão conceitual. Trata-se de enquadrar dogmaticamente (conceitualmente) situações e soluções acolhidas na Lei.

²⁵⁸FERNANDES, Luis A. Carvalho. op. cit., p. 127.

²⁵⁹Ibidem, p. 127.

²⁶⁰Ibid, p. 127-128.

tem ou não personalidade. Pois, ao colocar o nascituro e o concepturo em posições diferentes aos sujeitos de direito, podemos notar que estes não são igualados à pessoas.

Como tais figuras jurídicas são diferenciadas da posição de pessoa, o ordenamento jurídico atribuiu ao nascituro certos direitos.

3.2 Referências Legais

Demonstrado nos tópicos anteriores os posicionamentos da doutrina em relação ao início da personalidade, importa apurar que direitos o Código Civil, tanto de Portugal quanto do Brasil, reconhece aos nascituros.

O Código Civil Português foi mais detalhado na defesa dos interesses patrimoniais do nascituro concebido: o artigo 952 do CC, no qual alega que os nascituros podem adquirir por doação, sendo filho de pessoa determinada, viva ao tempo da doação, presumindo-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até o nascimento do donatário.²⁶¹

O artigo 1878 do CC atribui aos pais o poder de representar legalmente os filhos, ainda que nascituros; e os art. 1847, 1854 e 1855 permitem a perfiliação do nascituro *stricto sensu*, “o nascituro (*stricto sensu*) goza ainda da proteção jurídica reflexa que resulta de a mãe grávida ter direito a alimento (art. 1484, n.1)”²⁶².²⁶³

O artigo 2033 n.1 do CC reconhece a capacidade sucessória a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão; artigo 2240 n.2 do CC atribui a administração da herança do nascituro já concebido a quem administraria seus bens, se ele já tivesse nascido.²⁶⁴

No caso de sobrevivência muito curta do nascituro e de morte da mãe durante o parto, o filho e o pai, casado com a mãe, herdaram da mãe (art. 2133, n.1, al. a, do CC) e depois o pai sucede ao filho (art. 2133, n.1, al. b, do CC). Diferente ocorre, se o feto não chegasse a nascer completamente e com vida, mesmo que morresse dois da mãe, herdariam da

²⁶¹SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 268.

²⁶²FERNANDES, Luis A. Carvalho. op. cit., p. 202.

²⁶³Ibidem, p.202. Interfere também nesta matéria, de modo relevante, o regime penal do aborto, fixado nos art. 140 a 142 do CPen. Importa aqui sobretudo ter em conta a não punibilidade de certos casos de interrupção voluntária da gravidez, regulados no art. 142 do CPen.

²⁶⁴SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 268.

parturiente falecida e seu marido e também os seus pais (art. 2133, n.1, al. b e art. 2142, n.1).²⁶⁵

O art. 70 CC acolhe uma proteção geral da personalidade física e moral dos nascituros concebidos. CAPELO DE SOUSA²⁶⁶, diz que “a *ratio legis* do art. 70 vale também para os concebidos, porque também carentes de uma proteção geral contra ofensas à sua personalidade, não só para nascerem como vida e ilesos, mas também pra que a própria gestação se processe no modo próprio”.²⁶⁷

Passamos a analisar o conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro concebido. O nascituro concebido merece integral proteção da lei, independente de se configurarem tutelas especiais sobre alguns elementos ou manifestações da personalidade do concebido.

Neste sentido, de acordo com o n.2 do art.70 CC e os art. 878 e seguintes do CPC, as ofensas ou simples ameaças de ofensa, desde que ilícitas, à personalidade física ou moral do nascituro são susceptíveis de serem legalmente combatidas através de requerimento de providências cíveis adequadas às circunstâncias do caso, com a finalidade de atenuar os efeitos da ofensa cometida ou de evitar a consumação da ameaça. Além disso, nos termos do art. 70, n.2 e art. 483 e seguintes, do CC, tais violações geram responsabilidade civil, e obrigação de indenizar, nos casos em que o lesante tenha agido com dolo, com mera culpa ou com risco em que tenham resultado danos a personalidade do nascituro²⁶⁸.

Assim, é tutelável a vida do nascituro concebido, sendo ilícito e indenizável o aniquilamento da sua vida, fora os casos admitidos taxativamente de interrupção de gravidez fundada em justa e tempestiva indicação legal, também a integridade física do nascituro merece proteção legal, à danificação da saúde do nascituro em virtude de administração de

²⁶⁵SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 268.

²⁶⁶SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 270. “Assim, mesmo se admitirmos a legitimidade da ideia de um *numerus clausus* de direitos reconhecidos aos nascituros, isso não impede a validade e a eficácia da tutela prevista na nossa lei do bem da personalidade física e moral dos nascituros concebidos, para além de entendermos que um dos direitos legalmente reconhecidos ao nascituro concebido é justamente, nos termos daquelas disposições legais, o direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, nomeadamente, o direito à omissão contra ofensas ou ameaças à vida e à sua saúde, pois, como vimos, ele, embora não tenha personalidade jurídica plena, é, para efeitos do art. 70, um indivíduo – e, até mais do que isso, uma pessoa – e tem uma personalidade física e moral.”

²⁶⁷Ibid, p. 269.

²⁶⁸Ibidem, p. 271. O artigo que Capelo de Sousa fazia referência em sua obra era o art. 1474 e seguintes do antigo CPC/1961, com a reforma do CPC, o artigo 1474, passou a ser o art. 878.

medicamentos ou drogas lesivas, de agressões diretas ou indiretamente ao concebido, radiação, entre outros²⁶⁹.

A tutela da personalidade do nascituro abrange a sua personalidade moral, podendo, por exemplo, ser civilmente indenizável por injúrias ou difamações ao nascituro. Tal tutela implica ainda à uma proteção do espaço e das fontes vitais do nascituro, pelo que as agressões ou maus tratos de que lhe resultem danos, deverão ser objeto de medidas cíveis eliminatórias ou atenuadoras e responsabilidade civil, de acordo com o art. 70, n.2²⁷⁰.

CAPELO DE SOUSA²⁷¹ ensina que “tutela em causa abrange não só a defesa do concebido contra ações violadoras da personalidade física ou moral mas também a defesa contra omissões ilícitas²⁷²”.

Nos termos gerais do art. 486 do CC, as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido. É irrecusável, que em face ao art. 1878, n.1 do CC, os pais tem um dever jurídico de cuidar da segurança e da saúde dos filhos, ainda que nascituros concebidos, fundado quer na responsabilidade pela procriação quem em razão de solidariedade social e familiar²⁷³.

O Código Civil Brasileiro prevê em seu artigo 2 que a personalidade jurídica da pessoa começa com o nascimento, no entanto a lei resguarda os direitos do nascituro que desde a sua concepção²⁷⁴. Sendo assim, segundo PAULO LOBÔ, garante ao nascituro a tutela de direitos que lhes serão transmitidos se nascer com vida e se converterá em pessoa²⁷⁵. É o direito expectativo que incide imediatamente ao início da gravidez²⁷⁶.

²⁶⁹SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p.271

²⁷⁰Ibidem, p. 273/274.

²⁷¹SOUSA, Rabindranath Capelo de. op. cit., p. 278. “A nossa tutela jurídica do concebido confirma a velha máxima romana nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur (o concebido é tido por nascido, sempre que se trate de interesse seus), germinada no Direito das Sucessões romano, que assim ultrapassou um dos antigos requisitos sucessórios, o qual exigia a personalidade jurídica plena do sucessível no momento da morte do autor da herança mas que colidia com a ideia de ser justo, em caso de morte de um progenitor, a sucessão do filho já concebido, a par dos outros filhos nascidos”

²⁷²Ibidem, p. 274.

²⁷³Ibid, p. 274.

²⁷⁴Código Civil Brasileiro, Artigo 2: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

²⁷⁵LOBÔ, Paulo. op. cit., p. 100.

²⁷⁶LOBÔ, Paulo. op. cit., p. 100/101. Lobô aduz que: o direito expectativo é resolúvel, pois se encerra com o parto (nascimento com vida ou morte do nascituro). Se nascer com vida, resolve-se o direito expectativo, sem qualquer transmissão ou aquisição. Exemplo de direito expectativo é a herança deixada pelo pai que

Para ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO, juntamente com o pensamento de Silmara Chinelato e Almeida, entende que, o reconhecimento dos direitos do nascituro corrobora a necessidade de tratá-lo juridicamente como pessoa, no qual possui os mesmos valores ontológicos e serem manifestações de vida humana.²⁷⁷

Nesse entendimento, ANA THEREZA ARAÚJO²⁷⁸ aduz que, o sistema normativo optou por determinar quais direitos são titularizados pelo nascituro. Até que não esteja presente a personalidade jurídica, seus direitos de personalidade serão resguardados.²⁷⁹

O Código Civil Brasileiro prevê situações específicas de direito expectativo do nascituro como: o nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único, CC e artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). Pode também, o pai ou a mãe, pleitear em seu nome o reconhecimento de paternidade ou maternidade e os direitos que lhe são inerentes.²⁸⁰

A doutrina e a jurisprudência brasileira tem admitido o direito de alimentos ao nascituro, também chamados de alimentos gravídicos²⁸¹, quando o pai abandona a mãe e esta não tiver meios de manter sua subsistência e os gastos da gravidez, neste caso, são admitidos os alimentos para as necessidades diretas da mãe e, consequentemente, do

faleceu antes do nascimento do filho (art. 1798, CC); se este nascer com vida herdará, mas se nascer morto a herança seguirá diretamente para os demais herdeiros (para outros filhos do pai pré-morto, se existentes, ou para os avós paternos, se não houver outros filhos, porque no direito brasileiro primeiro herdam os descendentes, depois os ascendentes, depois o cônjuge, depois os parentes colaterais). Lobô aduz que o nascituro é um sujeito de direito expectativo (existente), o que o legitima a ser defendido, inclusive em juízo, por seu representante legal; é diferente da titularidade como pessoa, se nascer com vida, e de natureza diferente serão os direitos que advierem desse fato. Expectativa de direito é algo distinto: diz respeito a direito que ainda não se constituiu; portanto, não é ainda figura do mundo do direito, porque é suporte fático que ainda não se completou.

²⁷⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p.229.

²⁷⁸ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p.229. O direito primaz, nitidamente assegurado pelo Ordenamento ao nascituro, foi o direito à vida, consoante se depreende do art. 2 do Código Civil, e do art.124 do Código Penal, que prevê pena privativa de liberdade para aqueles que pratiquem o crime de aborto, que é a interrupção da gestação, salvo as exceções autorizadas expressamente, que são os casos de risco de vida da gestante e gravidez decorrente de estupro, e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que autorizou a interrupção de gestação de fetos portadores de anencefalia.

²⁷⁹ Ibidem, p.229.

²⁸⁰ Ibid, p.233.

²⁸¹ Nesse sentido temos um posicionamento jurisprudencial, sobre a questão dos alimentos gravídicos: Ementa: Oferta de Alimentos gravídicos. Decisão que fixou os alimentos gravídicos em ½ salário mínimo. Insurgência. Admissibilidade. Agravante que atravessa gravidez de alto risco que a impossibilita de exercer qualquer atividade. Informação do próprio agravado que percebe em média R\$3.500,00. Alimentos gravídicos majorados, por ora, para 1 salário mínimo. Recurso provido em parte. (Agravado de Instrumento, n. 2251765-36.2016.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Fábio Quadros; julgamento: 29/06/2017)

nascituro²⁸². Os direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, serão adquiridos a partir do nascimento com vida.

Nesse sentido, o artigo 1.621 e art. 2 do ECA, diz respeito ao direito de adoção do nascituro, ou seja, uma vez feita a adoção, será necessária a garantia de desenvolvimento gestacional, assegurado pela concessão de alimentos até o nascimento com vida²⁸³. Com fulcro no art. 8 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dá direito a assistência pré-natal e, na Lei 11.804/2008, a qual disciplina o direito a alimentos gravídicos²⁸⁴, ou seja, alimentos ao nascituro²⁸⁵.

O nascituro pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais (art. 524, CC), bem como adquirir bens por testamento²⁸⁶, legitima à sucessão hereditária os já concebidos no momento do falecimento do autor da herança (art. 1798, CC)²⁸⁷.

Pode haver também, o exercício imediato de direito pelo nascituro, quando estiver em risco sua vida ou seu patrimônio potencial²⁸⁸. Deve-lhe ser nomeado curador se o pai vier a falecer estando a mulher grávida e não detiver pátrio poder (art. 1.779, CC). A representação do não nascido pertence à quem tem o poder familiar, caso um dos pais tenha sido destituído do poder familiar, deverá nomear um curador ao nascituro, para a defesa de seus interesses (art. 1779 do Código Civil e artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil)

²⁸² LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 101. “A lei n. 11.804/2008 institui os chamados “alimentos gravídicos”, para hipóteses de paternidade ainda não determinada, podendo a mãe os requerer judicialmente ao suposto pai “para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto”; mas o titular, segundo a Lei, não é o nascituro e sim a mulher grávida, que também arcará com as despesas proporcionais aos seus próprios recursos”.

²⁸³ PAMPLONA Filho, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. Revista Trimestral de Direito Civil. V.30, abr./jun.2007. Rio de Janeiro: Padma,2000, p.168, apud ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro*: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.234.

²⁸⁴ Esse entendimento podemos encontrar justificativa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidencia a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da excompanheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte (Agravio de Instrumento N. 70017520479, Sétima Câmara Cível; Tribunal de Justiça do RS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007).

²⁸⁵ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p.234.

²⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p.143.

²⁸⁷ LÔBO, Paulo. op. cit., p. 101.

²⁸⁸ Ibidem, p. 101.

até seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado um tutor (art.1.728 do Código Civil).²⁸⁹

Também, após o nascimento, pode a pessoa exercer pretensões em relação a acontecimentos que refletiram em sua condição de nascituro. Pode, por exemplo, pleitear reparação por deficiências físicas ou mentais, cujas causas foram, comprovadamente, atos ou atividades médicas ou hospitalares, provenientes de erros de diagnósticos, de omissões, de exames, de prescrições, etc²⁹⁰.

O nascituro também tem direito à reparação de danos, caso este venha nascer com vida, pois só com o nascimento com vida o dano pode ser consumado. O dever jurídico de indenizar está vinculado à existência de dano, não haverá responsabilidade sem danos, mesmo que ainda não haja culpa. O dano²⁹¹ seria a lesão a algum bem tutelado juridicamente, seja de cunho material ou patrimonial, ou também podendo ser moral.²⁹²

Desta situação, de reparação de dano, podemos destacar um caso, nomeado de “caso André Martins”, o primeiro caso de *wrongful life*²⁹³ que chegou ao Supremo Tribunal Federal de Justiça de Portugal.

Resumidamente, André Martins nasceu com malformações graves e irreversíveis nas duas pernas e na mão direita, as quais os pais apenas tomaram conhecimento no momento do nascimento do filho. Decorrente de uma negligência médica, pois o médico que conhecia o histórico da grávida, sabia que a gravidez era de risco e não dispendeu todos os cuidados necessário, e não detectou as malformações fetais nas análises das radiografias. Na alegação,

²⁸⁹ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p.234-235.

²⁹⁰LÔBO, Paulo. op. cit., p. 101/102.

²⁹¹Nesse sentido temos um posicionamento jurisprudencial, sobre a questão do dano: Ementa: RECURSO ORDINÁRIO - DANO MORAL - OFENSA AOS VALORES ÍNTIMOS DO NASCITURO - POSSIBILIDADE. O fato de o nascituro não deter personalidade jurídica não significa que não possa sofrer danos em sua intimidade, até porque o desenvolvimento emocional e a formação do psiquismo do feto são fortemente influenciados pelos sentimentos e emoções transmitidos pela mãe, em face das situações que vivencia. E se o nascituro não pode exigir a reparação desses danos antes do nascimento com vida, após o nascimento. (TRT-15 - Recurso Ordinário : RO 30052 SP 030052/2011; Rel. Luiz José Dezena Da Silva. Publicado: 20/05/2011).

²⁹²ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.229.

²⁹³SILVA, Marta Santos, *Sobre a (in)admissibilidade das ações por “vida indevida”(WRONGFUL LIFE ACTIONS) na jurisprudência e na doutrina: O arrê e o caso André Martins*, in: ANDRADE, Manuel da Costa (coord.). *Direitos de personalidade e sua tutela*. Volume 1 da coleção “Estudos selecionados do Instituto Jurídico Portucalense”. Porto; Rei dos livros, 2013, p. 125. A expressão *wrongful life* (“vida indevida”), em que a própria criança pode intentá-la, com base no fato de ter nascido com deficiência, e assim pedir para ser indenizada.

a mãe aduziu que poderia ter interrompido a gravidez se tivesse conhecimento das malformações do feto. Com três anos de idade, representado pelos pais, intentou uma ação civil contra o médico e a clínica de radiologia, pedindo a condenação dos réus à indenização de danos patrimoniais e não patrimoniais ocorridos devido a condutas deles. Em primeira instância foram absolvidos. Em 2001, o STJ confirmou as decisões das instancias precedentes, recusando ambas as indenizações, “alegando estar em causa um direito de existência, que não tem consagração legal”. Alegou ainda o STJ, que estava em causa um direito que somente com a maioridade, o filho, poderia reivindicar, não podendo os pais, em nome dos filhos, decidirem sobre o direito de não existência; e, com relação aos danos patrimoniais, aduziu que o direito pedido, deveria ter sido impetrado pelos pais de André, pois a esfera violada se encontra nos genitores. O Supremo Tribunal de Justiça deixou em aberto a hipótese de uma futura *wrongful birth action*²⁹⁴ ou de uma ação por *wrongful life*, quando André atingisse a maioridade.²⁹⁵

O caso não diz respeito à um direito dado enquanto a criança ainda era nascituro, mas a uma situação que poderia ser evitada, caso os exames médicos tivessem diagnosticado o problema, e os pais poderiam diante de uma deformidade ou deficiência, optar por aborto. Deixada esta hipótese, de uma possível ação futura de *wrongful life*, é conceder o direito de pedir reparação aos danos causados enquanto era um nascituro.

No entendimento de ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO, sobre os direitos do nascituro, reconhece que estes como um ocupante da condição de sujeito de direito, sem prejuízo, considerando que o art. 2 do Código Civil, o diferenciou das pessoas naturais.

É bem verdade que pelo que foi tratado, e pela colocação de ANA THEREZA MEIRELLES, que o nascituro, por conta de sua condição, teve uma colocação diferenciada no código civil. Denota-se que todos os direitos em nome do nascituro dependem de seu nascimento para que sejam concretizados.

A questão dos alimentos grávidos, dados a gestante para que ela possa dar todo o sustento para o desenvolvimento do feto. Também a questão da indenização por danos

²⁹⁴ SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 134 et. seq. *Wrongful birth action*, segundo Maria Santos Silva, correspondem ao nascimento de uma criança portadora de deficiência cuja gestação poderia ter sido evitada ou interrompida, se tivesse o diagnóstico correto e antecipadamente efetuado.

²⁹⁵ SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 134 et. seq.

causados, apenas será feito se o feto nascer vivo, caso contrário, nem podemos falar em indenização.

Podemos notar, que o nascituro só é colocado no mundo jurídico com o nascimento, que mesmo com todos esses direitos assegurados, ele é uma figura diferenciada, a qual merece proteção, pois deve-se garantir seu direito à vida, mas não sabe se este nascerá com vida.

3.3 Da Problemática em face da Personalidade Jurídica do Nascituro

Muito foi discutido sobre o posicionamento da doutrina em face da questão de quando se inicia a vida e quando devemos atribuir ao nascituro a sua personalidade. Sabemos que, pela lei, os direitos de personalidade se iniciam no nascimento com vida. E, que para se ter personalidade, basta nascer.

A figura do nascituro, como visto, é uma questão que levanta muitas dúvidas. O nascituro, é um ser em desenvolvimento no ventre materno, com expectativa de vida ao nascer.

De acordo com o que foi demonstrado, a personalidade, perante a lei, tanto brasileira como portuguesa, se inicia no nascimento com vida, e ao nascituro são resguardos certos direitos, que quando ele vier a nascer, serão assumidos por ele.

PAIS DE VASCONCELOS entende que a vida humana tem início na concepção por comunicação da vida de ambos os pais. Afirmar ainda, que o nascituro se desenvolve progressivamente e de maneira ininterrupta. Conclui que o nascimento é apenas mais um fato relevante na vida da pessoa²⁹⁶.

Já MARIA HELENA DINIZ afirma que, aquele que há de nascer – nascituro, tem seus direitos a salvo pela lei. A doutrinadora entende ainda, que os nascituros possuem uma personalidade jurídica formal, no que diz respeito a seus direitos de personalidade, e que “permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida”²⁹⁷.

²⁹⁶VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., p. 69. Não há grande diferença entre a véspera do nascimento e o dia seguinte. A vida é a mesma e algumas funções vitais tornam-se mais autônomas da mãe. O recém-nascido fica numa situação de maior fragilidade do que antes de nascer e continua a depender da mãe para quase tudo. A sua natureza como ser humano não se altera.

²⁹⁷DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 3v. p. 334.

Pensar que vida tem início em sua concepção é entendível, pois é difícil negar que o feto tenha seu desenvolvimento sem haver vida. Mas dizer que o feto tem vida, não quer dizer que seja pessoa.

Como já abordado, não ser pessoa, não quer dizer que não seja um ser humano. A definição de pessoa, para o meio jurídico, é para aquele que nasceu com vida e assim adquiriu seus direitos de personalidade.

Pensar que o nascituro, pode ser pessoa, sem poder se interagir com o meio exterior, sem ter autonomia ou qualquer certeza de seu nascimento com vida, pode ser uma definição muito prematura.

Para PAIS DE VASCONCELOS, a relevância da pessoa no Direito é interpessoal, por isso o nascimento tem relevância jurídica. Ainda que o ser não venha nascer, ela deve ser relevante ao Direito. Pois, afirma, que a natureza humana mantém-se a mesma, apenas sua situação jurídica modifica-se.²⁹⁸

De certo, que a natureza humana continua a mesma, pois desde sua concepção não há dúvidas, que se vier a nascer, será um ser humano. No entanto, deve-se esperar o nascimento para que seja considerado pessoa.

O nascituro é um ser humano, em desenvolvimento, que pode vir a ser pessoa. Mas até seu nascimento não podemos lhe atribuir todos os direitos de personalidade, e muito menos lhe garantir todos dos direitos de uma pessoa.

É discutível se o nascituro é uma pessoa virtual, um cidadão em germe²⁹⁹. Mas, de qualquer modo, o feto é uma expectativa de vida humana, ou seja, em estado de formação. E, com base nessa certeza, a lei não pode ignorá-lo. Seus eventuais direitos devem ser preservados.³⁰⁰

O artigo 2 do Código Civil Brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, o qual, nega ao nascituro a personalidade civil, mas garante-lhe proteção para os direitos de

²⁹⁸Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. op. cit., p. 70. A relevância da pessoa no Direito é sobretudo interpessoal. Por isso, o nascimento tem uma muito grande relevância jurídica. Mas nem por isso a pessoa deixa de existir e de ser relevante para o Direito antes de nascer. A natureza humana é a mesma, a sua situação biológica continua a evoluir, a sua situação jurídica modifica-se de acordo com a natureza das coisas.

²⁹⁹SINISCALCHI, Carolina. op. cit., p.03.

³⁰⁰GASPAR, Walter. *Resumo de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 41.

que possa ser titular. Deste modo, a lei exige que o recém-nascido dê sinais de vida, para que sejam reconhecidas a personalidade civil e se torne sujeitos de direitos, mesmo que venha a falecer logo após.

O mesmo entendimento no Código Civil Português, em seu art. 66, o qual admite que a personalidade se inicia com o nascimento completo e com vida, e ao nascituro, os direitos a ele garantido, deve aguardar seu nascimento.

Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³⁰¹, defensor da teoria da personalidade condicional, aduz que, se a criança morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe e nem transmite direitos. Se nasce com vida, ainda que efêmera, recobre-se de personalidade, adquire e transfere direitos³⁰².

O problema da personalidade condicional é que ela, mesmo garantindo os direitos do nascituro desde sua concepção, aguarda seu nascimento para que possa ser pleno. Tal conceito se confunde com a teoria natalista, que assume a personalidade com o nascimento. Em contrapartida, a teoria concepcionista, vai em caminho contrário, admitindo que o nascituro, desde sua concepção é pessoa.

Admitir que o nascituro seja pessoa desde sua concepção, requeria uma reforma não só do código civil, mas da legislação como um todo. Pensar na questão do aborto, legalizado até a décima semana pelo Governo Português, a mulher estaria cometendo um crime, e não exercendo um direito de escolha, em prosseguir com a gravidez ou não.

A solução da problemática da personalidade do nascituro se encontra no próprio texto de lei, o qual, admite, tanto no Brasil como em Portugal, o início da personalidade com o nascimento com vida³⁰³.

³⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral: de acordo com o novo código civil*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 61, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. Vol. 1. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p 80. “Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é ocorra o nascimento com vida. Por assim, dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade”.

³⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit., p. 60-62.

³⁰³ No Brasil, podemos exemplificar, em decisão uma apelação civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJ/SC, foi negada a personalidade jurídica do nascituro, alegando que o nascituro só passa a ter personalidade com o nascimento com vida, vejamos: Ementa: CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT)- ACIDENTE DE VEÍCULO - AUTORA QUE EM DECORRÊNCIA DO SINISTRO SOFRE ABORTO - GESTAÇÃO NO SEXTO MÊS - NASCITURO QUE

Dizer que o nascituro não tem personalidade, não lhe tira o direito à vida, garantia constitucional a todo ser humano. Agregando este pensamento, temos o acórdão do STJ de Portugal, o qual se discute sobre a incompatibilidade da não atribuição de personalidade jurídica ao nascituro com o direito à vida:

PROVA TESTEMUNHAL, LEGITIMIDADE ACTIVA, NASCITURO, PERSONALIDADE JURÍDICA, DIREITO À VIDA, INDENIZAÇÃO; CONCEDIDO PARCIALMENTE. Sumário: I – As seguradoras podem demonstrar o cumprimento do ónus de envio do aviso de recepção da carta registada comunicando a suspensão da garantia decorrente do seguro por meio de prova testemunhal. II – O co-devedor solidário não tem legitimidade para pedir a condenação do outro devedor, dado que a existência deste não mitiga a sua obrigação de prestar, ao contrário do que sucede do lado activo, em que um maior número de devedores reforça a garantia patrimonial do crédito. III – Numa sociedade pluralista, multicultural e constitucionalmente agnóstica, não é possível adoptar um conceito de dignidade humana, de origem metafísica, segundo o qual o ser humano tem uma essência espiritual presente desde o momento da concepção. IV - O artº 66º nº 1 do C. Civil, ao atribuir a personalidade jurídica, apenas ao nascido com vida, não é incompatível com o artº 24º nº 1 da Constituição, quando diz que a vida humana é inviolável, uma vez que o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa. V – Assim, não há lugar à reparação por perda do direito à vida de um feto que faleceu em consequência de acidente de viação. VI – É equilibrado atribuir € 100,000,00 de indemnização pelo dano patrimonial futuro a um lesado que tinha 20 anos e ficou incapaz de desenvolver a actividade donde obtinha um rendimento diário de € 25. VII – Não se justifica baixar uma indemnização por danos não patrimoniais de € 30.000,00, sendo € 20.000,00 pelo sofrimento físico derivado das lesões e pelas suas sequelas permanentes e € 10.000 pela perda do filho ainda não nascido. VIII – As indemnizações calculadas com base na equidade têm de ser entendidas, salvo expressa menção em contrário, como actualizadas, pelo que vencem juros a partir da primeira decisão condenatória. (Processo: 07B4692, n. Convencional: JSTJ000, Relator: Bettencourt de Faria, n. do Documento: SJ200810090046922, Data do acórdão 09/10/2008, Revista).

O acórdão traz a questão: se o direito à vida, uma garantia constitucional, se confunde com os direitos de personalidade, em relação ao nascituro? O relator usou como base os art. 66, n.1 do CC e o art. 24 da Constituição de Portugal. Aduz, que não há incompatibilidade entre o art. 24 da Constituição Portuguesa com o art. 66, n.1 do CC, pois a vida humana é um bem inviolável, e não é necessário atribuir a figura de pessoa ao nascituro para que este tenha proteção constitucional, pois o que está protegendo é o direito à vida, neste caso a vida

SOMENTE COM O NASCIMENTO COM VIDA IRÁ ADQUIRIR PERSONALIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO SE ENQUADRA NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 3º DA LEI 6.194 /74 (MORTE DE PESSOA DECORRENTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO O nascituro passa a ter personalidade jurídica material com seu nascimento com vida, a partir de quando será sujeito de direitos cuja aquisição até então ficara sob condição suspensiva. Consequentemente, não tem a mulher que sofre aborto em decorrência de acidente de trânsito o direito à percepção da indenização por morte prevista no art. 3º da Lei 6.194 /74 (seguro obrigatório para o beneficiário da vítima fatal). (Apelação Cível: AC 390289 SC 2005.039028-9, 3 turma, Rel. Marcos Túlio Sartorato, J. 29.06.2006).

uterina. Não precisa ser caracterizado como pessoa, para que haja proteção, pois, nas palavras do relator, “o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa”.

Sobre este acordo, podemos entender que, da maneira que explicou o relator, fica claro que a Constituição, ao proteger o direito à vida, não distingue qual vida irá proteger, pode ser de um nascido ou de um ser que tem vida uterina, é uma garantia constitucional, a qual não existem outros requisitos para esta proteção.

E assim, pelo texto deste acordo, que segue o texto de lei como apoio para sua decisão, pode-se entender que o nascituro, neste caso, é visto como um ser sem personalidade, mas com proteção constitucional, garantidor de direito à vida.

Sobre este acordo, podemos entender, que é desnecessário atribuir a personalidade jurídica ao nascituro, quando o assunto a ser defendido é o direito à vida, pois este é uma garantia constitucional que independe se é pessoa ou não.

Um outro acordo, também do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, sobre um acidente de aviação, no qual o nascituro pede o reconhecimento da personalidade, afim de receber indenização por morte do genitor:

ACIDENTE DE AVIAÇÃO, MORTE, DIREITO À INDENIZAÇÃO, NASCITURO, PERSONALIDADE JURÍDICA, CAPACIDADE JURÍDICA, DANOS NÃO PATRIMONIAIS, DANOS PATRIMONIAIS, NEXO DE CAUSALIDADE, CÁCULO DA INDEMNIZAÇÃO, JUROS DE MORA, ACTUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CONCEDIDA EM PARTE A REVISTA DA AUTORA. NEGADA A REVISTA À RÉ. Sumário: I - Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai. II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica. IV - Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação. V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria

criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992). VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124). VII - Considera-se justa e adequada a quantia pedida pela Autora (filha da vítima) de € 20 000,00, a título de danos não patrimoniais próprios decorrentes da perda do seu pai. VIII - Na fixação do quantum indemnizatório por danos patrimoniais futuros, a utilização de critérios matemáticos contidos em diplomas legais não se mostra proibida – desde que se mostrem facilitadores do cálculo para a determinação da pensão justa –, mas não substitui a devida ponderação judicial com base na equidade. IX - Os arts. 805.º e 566.º do CC, ao estatuírem sobre o cálculo da indemnização e efeitos da mora, não fazem qualquer distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, razão pela qual os juros serão devidos desde a sentença ou desde a citação apenas e tão somente com base na existência, ou não, na sentença de um raciocínio actualizador. (Processo: 436/07.6TBVRL.P1.S1, 2ª Secção, Relator: Álvaro Rodrigues, Data do Acórdão: 03/04/2014, Revista)

O citado acórdão traz a discussão sobre o direito de receber os danos patrimoniais e não patrimoniais que a criança alega ter sofrido, enquanto nascituro, requerendo o reconhecimento de sua personalidade para assim igualar os valores concedidos em danos indemnizatórios do outro irmão. Pois bem, o nascituro tem direito de pedir indemnização sobre danos a ele causado enquanto estava no ventre, mas esse direito só lhe é concedido após seu nascimento.

O art. 66, n. 2 garante ao nascituro que seus direitos são devidos com o seu nascimento. E assim se baseou a decisão deste acórdão, pois o direito de serem indemnizados pelos danos causados pela morte do genitor, apenas se concretizam com o nascimento com vida, pois só assim o dano se consuma.

Não foi preciso adquirir personalidade ao nascituro para que assim que ele receba os mesmos valores concedidos ao irmão já nascido na época de falecimento do pai. O nascituro, nasceu 18 dias depois do acidente do pai, e assim havia sido diferente o valor a ele concedido em sede de indemnização.

No entanto, a justificativa do relator, em igualar os irmãos, foi em sede constitucional, pois não foi preciso atribuir uma personalidade ao nascituro para que este receba o quantum

indenizatório, foi com base no conceito constitucional de igualdade, no qual coloca em mesmo grau os descendentes do mesmo genitor, que gerou o resultado da indenização.

Explica o relator que as lesões sofridas pelo nascituro se tornaram lesões própria da criança, ou seja, assim que nasceu, o dano sofrido foi consumado, pois, se não tivesse nascido com vida, o dano jamais existiria. Assim, nascendo com vida, o nascituro, agora criança, um ser com personalidade, adquiriu o direito de pedir indenização sobre danos causados por conta da perda do pai.

Sendo assim, as duas jurisprudências, acima apresentadas, não dão personalidade jurídica ao nascituro, buscaram em outras matérias do ordenamento, a justificativa para garantir o direito que lhes foi pedido judicialmente.

Assumir uma personalidade ao nascituro, implicaria em uma igual posição aos concepturos, o que segundo CARVALHO FERNANDES, seria inadmissível, pois iria atribuir uma personalidade a um ser que sequer foi concebido³⁰⁴.

Reforçando a ideia da personalidade jurídica, seja adquirida com o nascimento com vida, o próprio texto de lei, entende-se que se o nascituro vier a nascer seus direitos serão admitidos, no entanto, nascendo morto, não chega a os adquirir.³⁰⁵ Ou seja, se não nascer, nunca teve personalidade, e os direitos a ele guardados não mais existem.

Outro ponto, a questão da indenização, não impõe à atribuição de personalidade jurídica do nascituro, nem aos concepturos, visto que, este direito só pode ser concedido quando a lesão se consuma, mesmo a ação seja anterior ao nascimento, pois caso o nascituro não venha a nascer não existe o dever de indenizar³⁰⁶.

O nascituro não pode ser considerado pessoa, pela definição jurídica, como dito, ele é ser humano e, embora não seja um sujeito de direito civil, está protegido constitucionalmente.³⁰⁷

Personalidade jurídica e pessoa humana são conceitos distintos, a personalidade se adquire com o nascimento com vida, e a pessoa humana, é a espécie humana. Não é

³⁰⁴FERNANDES, Luis A. Carvalho. op. cit., p.204.

³⁰⁵Ibidem, p.205.

³⁰⁶SILVA, Carlos Alberto B. Burity. op. cit., p.224.

³⁰⁷AZEVEDO, Fábio de Oliveira. op. cit., p. 131.

necessário que se tenha personalidade para se ter proteção constitucional do ser humano, sob pena de se submeter à hierarquia constitucional.³⁰⁸

A título de exemplo, OLIVEIRA AZEVEDO aduz que: uma grávida, de nove meses, prestes a dar à luz a uma vida extra-uterina, não significa que a vida intra-uterina não seja uma vida humana. Esse nascituro, que ainda não tem participação nas relações civis (personalidade jurídica), já é merecedor de proteção constitucional. Pois, segundo o autor, trata-se de uma proteção direta, suficiente e necessária.³⁰⁹

Sendo assim, a personalidade advém do nascimento com vida. O nascituro é um ser em desenvolvimento, o qual possui vida intra-uterina, e seu nascimento é esperado e não confirmado. Se vier a nascer com vida será pessoa.

O tratamento da proteção constitucional, nada tem a ver com a personalidade, é um direito inerente ao direito civil.

Portanto, com força da lei e pela teoria natalista, o nascituro é um ser humano. No entanto, o mesmo não tem personalidade jurídica, deve-se aguardar seu nascimento para que este venha a ser pessoa, e assim adquirir personalidade.

3.4 Apontamentos da Figura do Nascituro perante o ordenamento estrangeiro

Várias são as posições a respeito do início da personalidade jurídica em sede de direito comparado. Particularmente, na doutrina norte-americana e francesa, tem surgido a questão de um suposto “direito à não existência” ou “direito de não nascer”, que se tornou conhecida a partir do caso *Perruche*.³¹⁰

Resumidamente, o caso *Perruche de wrongful life*, ocorreu em 17 de novembro de 2000, na França, em que de Nicolas Perruche nasceu com graves malformações por conta de uma rubéola contraída pela mãe. O Tribunal da Cassação, reunido em assembleia plenária, decidiu que a criança tinha direito a uma indenização porque as faltas cometidas pelo médico e pelo laboratório tinham impedido a possibilidade de a genitora de interromper a gravidez

³⁰⁸Ibidem, p. 132.

³⁰⁹Ibid, p. 132.

³¹⁰SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 122.

e assim evitar o nascimento do filho. Foi a primeira vez, que um tribunal superior concedia uma indenização à uma criança deficiente pelo fato dela ter nascido.³¹¹

A *wrongful life*, do caso Perruche é um dos tipos de ações que podem ser propostas, com base no “direito à não existência”. Podem ser distinguidas em três categorias: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Segundo MARTA SANTOS SILVA, as questões jurídicas colocadas por estas três categorias, prendem-se com o nascimento de uma criança, já os dois últimos casos (*wrongful birth* e *wrongful life*), se distinguem, especialmente pela identidade do autor.³¹²

As ações classificadas como *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy* (concepção indevida), são propostas pelos pais contra o oficial de saúde e/ou laboratório médico procedente ao nascimento de uma criança saudável, mas que fora indesejada, em virtude de uma esterilização ou procedimento abortivo executado impropriamente.³¹³

Segundo SANTOS SILVA, a reparação de danos resultante de uma criança nascida saudável e sem deficiência tem-se restringido aos custos derivados do procedimento mal executado ou falhado e aos custos decorrentes da gravidez e do parto, excluindo as despesas do sustento da criança.³¹⁴

Já as ações de *wrongful birth* (gravidez indevida), correspondem ao nascimento de uma criança com deficiência, cuja a gestação poderia ter sido evitada ou interrompida, caso o diagnóstico tivesse sido correto e antecipadamente efetuado³¹⁵.

Sendo assim, é um tipo de ação judicial que pode ser proposta pelos pais em virtude de não terem sido informados acerca de doenças graves que o feto possuía, sendo eles privados do direito de abortar ou mesmo de terem uma criança saudável³¹⁶.

³¹¹SIMÕES, Fernando Dias. *A Vida Indevida? Ação por wrongful life e a dignidade da vida humana*. Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review, 2010, Vol VIII, n.13, p. 187-203 – ISSN: 1645-9911. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a10.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2017, p.190.

³¹²Marta Santos, op.cit., p. 122.

³¹³VICENTE, Marta de Sousa Nunes, Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche, in “Lex Medicinæ”, Ano 6, 2009, n. 11, p. 123, apud SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 122

³¹⁴SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 123

³¹⁵Ibidem, p.123.

³¹⁶CAMARGO, Caroline Leite de; *Teoria do “direito de não nascer” e a sua aplicação no direito civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1eff77814e0b3238>>. Acesso em: 20 de maio de 2016. p.04/05.

Os pais são indenizados dos danos patrimoniais sofridos e compensados os danos morais que resultaram da privação da possibilidade de praticar, lícitamente, a interrupção da gravidez, angústia emocional e outros danos que entenderem ter sofrido por conta do nascimento da criança.³¹⁷

Por meio de tal medida é possível que os pais possam requerer o reconhecimento judicial do direito a uma indenização, seja por danos materiais, seja por danos morais, com a opção de cumular esses pedidos, em virtude do nascimento de um filho com problemas graves de saúde, que deveria ter sido diagnosticado ou mesmo os pais informados durante o período de gestação para que, caso entendessem necessário, decidissem os pais pela interrupção da gravidez³¹⁸.

Por fim, as ações de *wrongful life* (vida indevida), ação proposta pela própria criança, nascida com grave deficiência. Se tais atos ou omissões levaram à morte do nascituro, os pais têm legitimidade para fazê-lo³¹⁹.

A ação, que é intentada pela própria criança, legalmente representada, nascida com malformações ou lesões, para obter indenização pelo dano de existir. Podendo ser propostas contra os médicos, por estes não terem prestado aos pais as informações necessárias, que poderiam possivelmente interromper a gravidez, evitando assim o nascimento. A criança ainda pode, propor a ação, contra um ou ambos os genitores, com o fundamento, por exemplo, de terem prosseguido com a gravidez, mesmo com contra indicação médica.³²⁰

Trata-se, essencialmente, de casos de crianças nascidas com deficiências mentais ou físicas, com o pressuposto que preferiam não existir, a existirem com tais circunstâncias³²¹.

O posicionamento da doutrina Portuguesa, no que diz respeito ao erro do médico ou do estabelecimento hospitalar em passar o diagnóstico correto da deficiência, que acaba por impedir os pais de optarem por interromper ou prosseguir com a gestação, neste caso, o casal terá direito à indenização por todos os danos sofridos, sejam eles, patrimoniais ou morais. Neste caso, o que médico descumpriu seu dever de passar o diagnóstico correto sobre o

³¹⁷SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 124.

³¹⁸CAMARGO, Caroline Leite de, op. cit., p. 05.

³¹⁹LÔBO, Paulo. op. cit., p. 102.

³²⁰SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 125/126.

³²¹Ibidem, p.126.

estado do feto fica obrigado a indenizar no âmbito da responsabilidade civil contratual (art. 789 e ss, do CC/Português)³²². Os progenitores podem também reclamar uma indenização pelo desgosto e sacrifício que pode representar o nascimento de uma criança deficiente.³²³

No Brasil, os pais podem ser indenizados em virtude de falha nos métodos contraceptivos, procedimento de esterilização que não funcionou, pois nestes casos exemplificados, os pais foram privados do seu direito constitucional garantido do planejamento familiar, os quais ocorreram por circunstâncias alheias a sua vontade.³²⁴

A aplicação de ações de “vida indevida”, ferem os princípios basilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o principal deles: o direito à vida. Não podem ser realizadas, uma vez que a interrupção da gravidez só pode ocorrer se estiverem descritas no art. 128³²⁵ do CP ou em virtude anencefalia³²⁶, conforme decisão em 2012, pelo STF – Supremo Tribunal Federal.³²⁷

Segundo ROBERTO JOÃO ELIAS³²⁸, prevalece no Brasil o “direito de nascer” e não o “direito de não nascer”, uma vez que pune o aborto criminoso, e por isso, a vida deve ser mantida, ser garantida.

No âmbito internacional, podemos notar que no ordenamento Português e no Brasileiro, tem se influenciado na doutrina americana e francesa, com relação às ações de *wrongful life* (vida indevida) e suas derivações, principalmente em relação às indenizações por danos causados ao nascituro.

³²²SILVA, Marta Santos, op.cit., p. 143.

³²³PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, apud SIMÕES, Fernando Dias. op. cit., p.191.

³²⁴CAMARGO, Caroline Leite de, op.cit. p.04.

³²⁵Art. 128, CP/Brasileiro - Não se pune o aborto praticado por médico; Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

³²⁶O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, na ADPF 54. Julgamento em inteiro teor em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>

³²⁷CAMARGO, Caroline Leite de, op.cit. p.03.

³²⁸ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 09, apud CAMARGO, Caroline Leite de, op.cit. p.04.

CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe através de suas diversas pesquisas bibliográficas um maior conhecimento a respeito do tema, além da visão crítica quanto ao assunto abordado.

Foram colocadas em primeiro momento, três hipóteses de solução da problemática, quais sejam: Primeira das hipóteses de solução do problema, seria uma adequação da legislação, do Brasil, fundamentada no art.2 do Código Civil e de Portugal, no art. 66 do Código Civil, os quais dizem respeito ao início da personalidade jurídica, juntamente com a teoria natalista, e os conceitos de pessoa, capacidade e personalidade jurídica, fazer uma conclusão sobre o tema, na qual o nascituro não possui personalidade jurídica; segunda hipótese de solução, seria, entender como correta uma das teorias apontadas pela doutrina, no caso a concepcionista, e modificar os conceitos de pessoa e adaptá-lo ao nascituro, admitindo, baseado nos conceitos da doutrina que o nascituro possui personalidade jurídica desde sua concepção; e terceira hipótese é juntar o texto de lei, e a teoria da personalidade condicional e ver como a lei e esta teoria se enquadram para dar personalidade ao nascituro, mas que seus direitos ficam em condição suspensiva até o momento de seu nascimento.

Após a abordagem do tema, pode-se chegar à conclusão da primeira hipótese apresentada, a qual tinha como base relacionar o texto da lei, tanto de Portugal como o Brasil, e fundamentá-lo em uma das teorias que envolvem a personalidade jurídica do nascituro: A teoria natalista.

A figura do nascituro é vista pelo ordenamento jurídico com uma expectativa de vida extra-uterina, podendo vir a nascer com vida ou não. Seguindo esta definição, e com base nos princípios que norteiam os direitos de personalidade, entende-se que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento, o qual vive em uma situação provisória, no útero materno, e com seu nascimento com vida, adquirirá personalidade.

Para se adquirir personalidade jurídica é necessário o nascimento com vida, o nascituro ainda não nasceu, não pode atribuir a ele todos os direitos que uma pessoa teria ao nascer, pois, como já dito, seu nascimento é incerto.

Para se ter personalidade jurídica é preciso ser pessoa, e para ser pessoa precisa-se nascer com vida. O nascituro ainda não nasceu, portanto, não é pessoa. Sendo assim, entende-se que o nascituro não possui personalidade jurídica.

A teoria natalista, juntamente com o que está escrito nos textos dos códigos civis que dizem respeito ao início da personalidade, aduzem que a personalidade se inicia com o nascimento com vida.

Além disso, os direitos conferidos ao nascituro dependem do seu nascimento. A questão da indenização por danos causados na gravidez, tende-se esperar o nascimento para que o nascituro possa ter direito a eles, ou seja, já não é mais um nascituro. E se vier a morrer, antes de nascer, o direito se esvai.

Além disso, com relação ao direito à alimentos durante a gestação, que no Brasil damos o nome de Alimentos Gravídicos, estes são dado à mãe em prol do nascituro, não porque ele tem direito de personalidade, mas porque, é garantido pela constituição seu direito à vida.

Outra questão chamou a atenção, os concepcionistas afirmam que se é ser humano será pessoa, mas pelo conceito jurídico de pessoa, não podemos usar dessa afirmativa. Porque pessoa, como já dito, é aquele que nasce com vida e assim, adquire os direitos de personalidade. Antes disso, o nascituro é um ser humano, dotado de proteção constitucional.

A teoria da personalidade jurídica condicional, coloca o nascituro também em uma situação suspensiva, admite que este tenha personalidade. No entanto, seus direitos ficam suspensos até seu nascimento com vida.

A base legal, tanto do artigo 2 do Código Civil Brasileiro, o qual admite que a personalidade jurídica será adquirida com o nascimento com vida, e colocar a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, não torna o texto menos natalista. Colocar a salvo, é apenas uma garantia, que se o nascituro vier a nascer, o que ele tinha direito, em relação aos bens patrimoniais ou relações em que ele, direito sem sujeito, fez parte, será seu por direito.

Com mesma base legal, com poucas diferenças na elaboração do enunciado, temos o texto do art. 66 do Código Civil Português, que da mesma maneira que o Brasileiro, requer o nascimento com vida para a obtenção de personalidade, com uma ressalva, o nascimento deve ser completo. No número 2, desse mesmo artigo, aduz que os direitos dado ao nascituro,

dependem do seu nascimento, deixando assim claro que o nascituro não é pessoa, e deve esperar que este venha a nascer com vida.

Os textos de ambos os ordenamentos são de caráter natalista, de maneira explícita afirmam, que a personalidade será adquirida apenas com o nascimento com vida.

Sendo assim, com base no que foi apresentado e fundamentado, entendo que, tanto o ordenamento jurídico português, tanto o brasileiro, tem a base na teoria natalista, e assim, nega a personalidade jurídica do nascituro.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa (coord.). *Direitos de personalidade e sua tutela*. Volume 1 da coleção “Estudos selecionados do Instituto Jurídico Portucalense”. Porto; Rei dos livros, 2013.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no Direito Brasileiro: Embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Parte Geral, introdução, as pessoas e os bens*. Vol. 1. Coimbra, Coimbra editora, 1997.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRITO, Diogo Lorena. *A vida pré-natal na jurisprudência do tribunal constitucional*. Porto: Coimbra Editora, 2007.

CAMARGO, Caroline Leite de; ARÊA Junior, Teófilo Marcelo Leão. *Teoria do “direito de não nascer” e a sua aplicação no direito civil brasileiro*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1eff77814e0b3238>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

CAMPOS, Diego Leite de. *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*. Artigo Virtual. Disponível em: < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0445_0454.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CAMPOS, Fátima C. Da Motta. *A tutela dos Direitos dos nascituros à luz da doutrina concepcionista*. 2012. 52f. Orientadora: Esp. Amanda Aparecida Tostes de Oliveira Sangoi. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. *A tutela dos Direitos da personalidade no Brasil e em Portugal*. Revista RIDB, Ano 2 (2013), n.3, p.1778-1820 – ISSN: 2182- 7567. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_017_79_01820.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

CASALI, Nely Lopes. *O nascituro no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Jurídica Cesumar Mestrado. V.4, n.1 (2004). Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/363/427>>. Acesso em: 03 de março de 2017.

CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. *Da Tutela dos Direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade*. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, V.12, n.2 p.657-677, jul/dez 2012 – ISSN 1677-64402.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLTRI, Marcos. *Supremo reconhece direito de nascituro a ser indenizado*. Artigo Virtual. Disponível em: < <http://direitomedico.blogspot.pt/2016/07/supremo-reconhece-direito-de-nascituro.html> >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

COSTA, Eva Dias; CAMPOS, Mônica Martinez de. *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa*. Cadernos de Dereito Actual, Num. 3 (2015). Disponível em: < <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/38> >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do Direito Civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONO, João Soares Silva. *Teoria Geral do Direito Civil*. Angola: Escolar editora, 2014.

FALCÃO, Rafael de Lucena. *A personalidade jurídica do nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-personalidade-juridica-do-nascituro,40202.html>>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil: Parte geral e LINDB*. Vol.1 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil I: Introdução, pressupostos da relação jurídica*. 5 ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

FIGO, Tiago. *Tutela juscivilística da vida pré-natal: o conceito de pessoa revisitado*. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *A Protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto do embrião*. Artigo Virtual. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=112472&ida=112751>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

FREITAS, Lúcio. R. O. *A personalidade jurídica do nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte geral*. Vol.1. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 8 ed. ver. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. Vol. 1. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1 Esquematizado: Parte geral, obrigações e contratos*. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Vida Humana Pré-Natal, aborto e constituição: perspectivas de direito constitucional e de direito regional*. Lisboa: Edual, 2009.

LANDO, Giorge André. *Direitos da Personalidade: a classificação dos direitos do nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1045-3404-1-pb.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

LIMA Junior, Paulo Gomes de. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *O direito à dignidade do nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e15cc11f979ed25>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

LOBÔ, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOURO, Célio Monteiro da Silva; DUTRA, Vera Carmem Avila. *Direitos e garantias do nascituro*. Jornal Eletrônico, Faculdades Integradas Vianna Júnior, Ano VII – Edição II –

agosto 2015. Disponível em: < http://portal.viannajr.edu.br/files/uploads/20150916_081849.pdf >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

MACHADO, Wilson Pantoja. *A tutela juscivilística do nascituro e as problemáticas relativas às wrong actions*. Artigo Virtual. Disponível em: < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_1423_1461.pdf >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

MANSANO, Josyane. *Direitos do Nascituro*. Revista Espaço Acadêmico – n.121 – junho de 2011. Mensal – Ano XI – ISSN 1519-6186.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MOREIRA, Natanielle da Silva; FURTADO, José Augusto Paz. *A personalidade jurídica do nascituro e o direito à reparação civil por danos morais*. Artigo Virtual. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=4035> >. Acesso em: 03 de março de 2017.

MOURA, Alessandro. *As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional*. Caderno virtual n.22, v.1 – jul-ago/2011. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380> >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

NADER, Paulo. *Cursos de Direito Civil: Parte geral*. 10 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.1

PAGANINI, Juliano Marcondes. *Nascituro: da personalidade jurídica à reparação de danos*. 2008. 103f. Orientador: Dr. Eduardo de Oliveira Leite. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

PAULIN, Milson Fernandes. *Nascituro e Concepturo no Direito das Sucessões*. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTE0OA>>. Artigo Virtual. Acesso em: 18 de abril de 2017.

PAZ, Lilian da. *STJ de Portugal reconhece personalidade jurídica do nascituro*. Artigo Virtual. Disponível em: < <http://www.leigos.pt/index.php/noticias/113-stj-de-portugal-reconhece-personalidade-juridica-do-nascituro> >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

PICCININI, Fernanda Konrad; CHEMIN, Beatris Francisca. *Direitos Cíveis do Nascituro*. Revista Destaques Acadêmicos, vol. 6. N.2, 2014 – CCHS/UNIVATES.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2 reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

PUSSI, William Arthur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos ao nascituro, uma postura em defesa do direito à vida*. Artigo Virtual. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/109.pdf >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

RIBEIRO, Ana Luiza Boulos. *O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil*. 2010. 124f. Orientadora: Professora. Dra. Titular Silvana Juny de Abreu Chinellato. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RODRIGUES, Liz Helena Silveira do Amaral. *Breves considerações a respeito das teorias relativas ao reconhecimento da personalidade jurídica e sua aplicabilidade à proteção do ser humano em gestação*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP – Lex Humana, Petrópolis, v.5, n.1, p.119-135, 2013 – ISSN 2175-0947.

RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. *Comentários a acordo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca dos direitos decorrentes da união estável, relativamente aos alimentos, bem como os seus reflexos processuais quanto ao nascituro*. Revista Jurídica Cesumar Mestrado. V.7, n.2 (2007). Disponível em: < <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/590/506> >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

SÁ, Luis Manuel Bulhões Correia de. *A condição jurídica do nascituro e o aborto*. 2012. 126f. Orientadora: Professora Dra. Mônica Martinez Leite de Campos. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito da Universidade Portucalense.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SIMÕES, Fernando Dias. *A Vida Indevida? Ação por wrongful life e a dignidade da vida humana*. Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review, 2010, Vol VIII, n.13, p. 187-203 – ISSN: 1645-9911. Disponível em: < <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a10.pdf> >. Acesso em: 05 de julho de 2017.

SILVA, Carlos Alberto B. Burity. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição da Faculdade de Direito da UAN. Coimbra, ed. Luanda, 2004.

SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. *Direito do nascituro*. Revista Eletrônica, justiça e Cidadania. V.2, n.1 (2011). Disponível em: < http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

SINISCALCHI, Carolina. *O nascituro no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651 >. Artigo Virtual. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Coimbra ed, 1993.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1. Coimbra, Coimbra editora, 2003.

SOUZA, João Luiz Pinheiro de. *Personalidade Pré-Natal: Fundamentos Teóricos e Referenciais Jurídicos*. Artigo Virtual. Disponível em: http://www.uni7setembro.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/personalidadeprenatal.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. Vol.1. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas,

JURISPRUDÊNCIA

A decisão do Agravo de Instrumento n. 2251765-36.2016.8.26.0000, do TJ/SP da Comarca de Limeira/SP, Brasil, pode ser encontrada em seu inteiro teor no site do TJ/SP, em livre consulta e *download* no website oficial da instituição: <www.stj.jus.br> - indicamos acessar o link “jurisprudência” e pesquisar pelos números fornecidos neste trabalho.

A decisão do Tribunal de Justiça Santa Catarina- TJ/SC - Apelacao Civel : AC 390289 SC 2005.039028, pode ser encontra em Inteiro Teor em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5403791/apelacao-civel-ac-390289-sc-2005039028-9/inteiro-teor-11725397>>. Acesso em: 07 de junho de 2017.

A decisão do Tribunal Regional do Trabalho, da 15ª Região – TRT/15 - Recurso Ordinário : RO 30052 SP 030052/2011, pode ser encontra em Inteiro Teor em: <<https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18984302/recurso-ordinario-ro-30052-sp-030052-2011>>. Acesso em: 04 de julho de 2017.

O acórdão do STJ – Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, do Processo 07B4692, está disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/85c29156697c872d802574dd003e92dd?OpenDocument>>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

O acórdão do STJ – Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, do Processo 436/07.6TBVRL.P1.S1, está disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>>. Acesso em: 03 de julho de 2017.