



**A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

THE LEGAL PERSONALITY OF THE UNBORN IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Marcio Maciel Martins

Graduando (a) do Curso de Direito do Centro Universitário São José.

Gláucio Castelo Branco

Titulação Acadêmica: Gláucio Castel Branco - Prof. Esp. Em Direito Penal.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar se o nascituro possui personalidade e direitos no mundo jurídico. Não obstante, no ordenamento jurídico interno, existe uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da aplicação da personalidade jurídica do nascituro, se tais direitos se aplicam antes ou após o seu nascimento. Nesse contexto, três teorias adotadas no Brasil balizam como tais direitos se enquadram na vida do embrião ou do feto, sendo eles: teoria natalista, concepcionista e teoria da personalidade condicionada. A discussão acerca do tema ocorre desde séculos passados, onde gregos, romanos e posteriormente, a Igreja Católica tratavam o nascituro de forma bastante divergente. Finalizando, o Direito Comparado norteia as diferenças e similaridades do assunto ao redor do mundo e explana a nova inclinação adotada por alguns Ministros da Corte Suprema.

Palavras-chave: nascituro, personalidade jurídica, teorias.

ABSTRACT

The present work aims to study whether or not the unborn child has personality in the legal world. However, in the domestic legal system, there is a great doctrinal and jurisprudential divergence regarding the application of the legal personality of the unborn child, whether such rights apply before or after their birth. In this context, three theories adopted in Brazil guide how such rights fit into the life of the embryo or fetus, namely: natalist theory, conceptionist theory and conditioned personality theory. The discussion on the topic has been going on since past centuries, where the Greeks, Romans and later, the Catholic Church treated the unborn child in very divergent ways. Finally, Comparative Law guides the differences and similarities of the subject around the world.

Keywords: unborn child, legal personality, theories.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como escopo investigar o momento no qual o nascituro dispõe de direitos, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, e determinar os pontos divergentes acerca do assunto, a seguir definidas.

Pretende-se analisar o assunto apresentado com enfoque nos limites impostos pelas teorias que disciplinam o início da capacidade postulatória do nascituro, sendo elas: a teoria Natalista, a teoria Conceptionista e a teoria da Personalidade Condicionada.

Pretende-se ainda, levantar os pontos dissonantes entre o dispositivo legal acerca do início da personalidade jurídica do nascituro e o entendimento dos Tribunais Superiores que disciplinam as últimas decisões a respeito das garantias de direitos dos fetos e embriões, haja vista que a evolução do direito objetiva sempre a pacificação social, funcionando assim como um instrumento de mudança da sociedade.

De uma maneira geral, a capacidade processual está intrinsecamente relacionada à personalidade jurídica, não obstante o ordenamento jurídico pátrio possibilita a composição de litígios a entes despersonalizados, desde que sejam passíveis de serem representados. O tema é bastante delicado e controverso pela inexistência de uma lei específica que ampare todos os direitos direcionados ao nascituro, independentemente de representação ou não de seus pais.

Essa pesquisa é de cunho bibliográfico e seu referencial teórico será amparado em códigos, livros, jurisprudências, outros trabalhos acadêmicos e sites de relevante reconhecimento técnico no mundo jurídico, convergindo assim o maior número de informações para assim, chegar a um denominador comum; o método dedutivo, que se utiliza de conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude de sua lógica para atingir um objetivo.

Inicia-se o primeiro capítulo com as definições e conceitos gerais do termo nascituro e sua diferenciação de *feto* e *embrião* e a definição do que seria personalidade jurídica no ordenamento jurídico interno.

Logo a seguir, será tratado dos fatores históricos da capacidade civil do nascituro, definindo sua origem e como a evolução do direito contribuiu para a evolução do tema em comento.

Segue-se ponderando sobre as teorias referente à personalidade civil do nascituro, bem como sua capacidade postulatória, e as suas limitações que implicam na insegurança jurídica ante a ausência de legislação específica que resguardaria os seus direitos.

Para finalizar, utilizaremos o direito comparado para fazer uma confrontação do direito interno com o ordenamento jurídico de nações que influenciaram a proteção do nascituro em outros países, juntamente com uma abordagem das principais questões práticas pertencentes ao nascituro.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O tema abordado nesse artigo científico é de extrema importância para o estudo do Direito. Embora não seja tratado com o devido cuidado merecido, a Magna Carta brasileira em sua parte inicial, aborda de forma inquebrável os direitos raízes, os indisponíveis e que pertencem a todos, inexistindo uma hierarquia entre ambos, porém vale ressaltar que dentre os cinco mencionados no corpo do texto, o direito à vida é um dos que se destaca.

Com tantas divergências e falta de pacificação por qual teoria ser utilizada para a proteção dos indivíduos em estado de gestação, algo que deve ser observado é o momento no qual se inicia a vida, para que o nascituro possa ser sujeito de direitos.

Tamanha incongruência e discussão sobre a personalidade civil do nascituro deve-se ao fato de o Código Civil brasileiro (lei 10.406/02), em seu artigo 2º prescrever: **“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002)**, não sendo um dispositivo precisamente claro, dando margem para inúmeras divergências, possibilitando que uma ou outra teoria possa ser adotada. Tal desacorde perdura desde o século passado, com a instituição do primeiro código civil brasileiro, o Código Bevilacqua (lei 3071/1916).

Na primeira parte do artigo, o legislador de forma expressiva categoriza o nascituro como uma pessoa, definindo que a personalidade civil se inicia com vida, atribuindo a esse indivíduo a capacidade de exercer direitos e contrair deveres; já a segunda parte, põe a salvo as proteções, mesmo que concebidos, gerando um imbróglio entre os principais civilistas do país, abrindo margem para julgamentos assimétricos entre o STF e o STJ.

Menciona Carlos Roberto Gonçalves a respeito do nascituro o seguinte:

Há no Código Civil, embora a personalidade comece do nascimento com vida, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade. Assim é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art.1.799); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art.1.609, parágrafo único); pode receber doação (art.542) e ser contemplado em testamento (art.1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art.8º). O direito penal também o protege, penalizando o aborto. E a Constituição Federal de 1988 assegura a todos, sem distinção, o direito à vida (art. 5º). (GONÇALVES, 2013, p.105).

Não há de se negar a importância do estudo da personalidade jurídica no direito brasileiro, bem como as teorias que giram em torno deste; a defesa e o entendimento dos principais doutrinadores acerca do assunto, bem como os respectivos direitos do nascituro.

Complementando a informação do dispositivo jurídico do Código civil brasileiro, para que exista personalidade civil, são necessários dois requisitos essenciais: o “nascimento” e “com vida”.

Nascimento é o vento marcado pela saída do nascituro para o mundo exterior, não precisando, necessariamente da separação do corpo do filho ao corpo da mãe (corte do cordão umbilical), podendo ser feito por meio natural ou cirúrgico, desde que o nascimento se dê a termo (40 semanas) ou não, a depender das condições da mãe e do filho.

O termo “com vida”, depende da troca gasosa que o indivíduo faz com o ambiente, pela entrada de ar nos pulmões. Depreende-se pela respiração – se entrar ar nos pulmões, se respirou fora do ventre materno, ele adquiriu personalidade jurídica,

tornando-se nesse momento um sujeito de contrair obrigações e adquirir direitos. Caso haja alguma dúvida quanto a ocorrência de respiração ou não, é viável a utilização de exames médicos legais e o mais comum é a Docimasia Hidrostática de Galeno, onde um pequeno pedaço do pulmão é retirado e colocado em solução hidrostática e ocorrendo flutuação desse fragmento de pulmão, é porque houve respiração, ao contrário, se afundar, é pôquer não houve respiração, e a criança nasceu sem vida.

A importância de tais exames é de suma importância para que os atos registrais sejam feitos de acordo com a condição da existência ou não de vida. Nota-se que a lei de registros públicos (Lei 6.015/1973) disciplina, em seu art. 53, a diferença dos atos de registro caso o nascimento se dê com vida ou quando se tem a figura do natimorto (criança nascida sem vida), justamente distinguindo as situações pela ocorrência de respiração. Tem-se na literalidade:

Art. 53, Lei 6.015/1973: No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. § 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem. § 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.

Por conseguinte, se a criança morrer logo após o parto, serão feitos dois registros: nascimento e óbito. Se não nascer com vida, tratando-se de natimorto, será feito apenas o Termo de Registro de Nascimento, no chamado livro "C Auxiliar".

A contradição anotada anteriormente nos termos do art. 2º do Código Civil brasileiro, põe em ameaça, a literalidade de sua primeira parte, que há muito está arraigada na doutrina que adota a chamada teoria natalista, pelo qual a personalidade civil só se inicia a partir do nascimento com vida.

O CONCEITO DE NASCITURO

Quando se inicia a vida?

O estado gravídico é o resultado da fecundação do gameta feminino (ovócito) pelo gameta masculino (espermatozoide). Normalmente, ele se dá dentro do útero, após a corrida das células masculinas pela tuba uterina em direção à célula feminina, onde o encontro de ambas formam uma única célula, o zigoto, que consiste na formação de uma estrutura única com informações do DNA de pai e mãe.

Esse fenômeno ocorre no interior da tuba uterina (trompas de falópio), a partir da união de ambos os pronúcleos, correspondendo à primeira etapa da vida e, logo após se deslocar ao útero - ou seja - o termo nascituro ocorre na transição das trompas ao útero.

Conforme Kottow, em seu artigo científico denominado “ A bioética do início da vida”, podemos entender como se inicia a vida biológica de um indivíduo, conforme a seguir:

A perspectiva mais radical e intransigente insiste que a vida humana pessoal se inicia ao se produzir a união do óvulo com o espermatozoide, em um processo de fusão de membranas denominado singamia. A partir dessa união, começam a recombinação genética e a evolução de um novo ser humano, que, por ter uma dotação genética completa e definitiva, é uma pessoa humana. Os traços ainda não-detectáveis são tidos como potencialmente presentes e a eles se atribui o mesmo status moral que receberão quando vierem a se materializar.

Por fim, conclui-se que o início da vida sob o prisma biológico inicia-se com a fecundação do gameta masculino e feminino, tendo como subproduto uma recombinação genética de um novo ser.

Definição de Nascituro

Etimologicamente, o termo nascituro advém do latim *nasciturus*, “aquele que há de nascer”. Conforme o direito civil, é o ser humano desde a concepção até o nascimento com vida, cujos direitos a lei põe a salvo. (SIDOU,2016). Segundo a notável civilista Maria Helena Diniz, nascituro é definido como:

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ 1998, p. 334.).

Ao nascituro cabem alguns direitos que estão elencados na lei geral, mas que até o presente momento não foram bem definidos por ausência de uma lei específica, porém estatui Silvio de Salvo Venosa em sua obra, o direito do nascituro é concreto, ele ultrapassa a expectativa de direito, seus direitos provenientes de lei são legítimos.

Neste diapasão, assinala o nobre autor, que o nascituro:

Poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento. Essa situação nos 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 beneficiado em testamento ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição do nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

Destarte, mesmo o Código civil não considerando o nascituro uma pessoa natural, mas confere a ele proteção legal os seus direitos desde a concepção, sendo eles: titular de direitos personalíssimos, pode receber doação, pode receber legado ou herança, tem direito a teste de DNA para aferição de paternidade, dentre outras.

Nascituro X Feto X Embrião

Segundo o dicionário Michaelis de língua portuguesa, o termo **nascituro** é sinônimo de **feto**, ou seja, corresponde ao ser, fruto de uma fecundação, a partir da oitava semana (2 meses) de vida até o dia de seu nascimento, *in verbis*:

1 MED Na espécie humana, ser em desenvolvimento no útero, após a oitava semana e até o momento do parto: “Quando vês algo que te repugna ou assusta, fechas depressa a janela e te refugias no fundo da tua famosa cidadela interior, guardada por uma milícia secular, e lá ficas quieto e encolhido como um feto no ventre materno...” (EV).

2 ZOOLOGIA Embrião de qualquer animal vivíparo, especialmente dos vertebrados, após adquirir aparência semelhante à do adulto, ainda na fase intrauterina.

ETIMOLOGIA *lat foetus*.

Diferentemente do termo anterior, o termo **embrião** corresponde a recombinação genética de espermatozoide com óvulo, gerando um novo ser, porém em seu estágio inicial; do zigoto ao segundo mês de vida intrauterina. Literalmente, segundo nosso vernáculo:

1 ZOOLOGIA Ser vivo nas primeiras fases de desenvolvimento, antes da eclosão ou do nascimento.

2 EMBRIO Ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, que compreendem as oito primeiras semanas de vida intrauterina.

3 BOTANICA Organismo rudimentar formado dentro da semente; germe, gêmula, plântula.

4 FIGURA Qualquer coisa em seu estado inicial.

ETIMOLOGIA *gr émbryon*.

Concluindo as definições acima expostas, o termo nascituro possui duas fases: a primeira, até o segundo mês de vida é denominada de embrião e a segunda, que corresponde ao período do segundo mês até o nascimento, denomina-se feto.

Tais conceitos não trazem embaraços apenas no meio biológico e médico, mas também no mundo jurídico. A discussão acerca da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto) foi discutida antecipadamente com a ADPF 54/04 (abortamento eugenésico do feto), em favor da gestante, onde a Corte Suprema adotou o resultado de que “não deve ser considerada como aborto a interrupção médica da gravidez de um feto sem cérebro” em consideração ao preceito da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III), embora mesmo sendo resguardado essa “benesse” para o casal, o STF resguardou o direito de escolha da gestante, de levar a gestação até o seu termo, fazendo nascer o feto anencéfalo – mesmo não possuindo expectativa de vida considerável, adquire personalidade jurídica e todos os direitos dela emanados (deve ocorrer o registro).

Não obstante, também são exceções à proteção do direito à vida do nascituro as exceções legais do tipo penal previsto nos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, nos

casos de gravidez resultante de estupro (aborto humanitário) ou para o resguardo da vida da própria gestante (aborto necessário). Desse modo, veja a jurisprudência:

PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA SÍNDROME DE PATAU. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. NESSE CASO, OLIGOFRENIA ACENTUADA E FREQUENTES CONVULSÕES. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM. 68 Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outra anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social. Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e frequentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo. APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime nº 70006088090, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 02/04/2003).

Do ponto de vista científico, a vida inicia-se muito antes do nascimento de um ser. Sob o ponto de vista biológico, qualquer célula é uma porção de matéria viva, tanto as células humanas quanto as não humanas (*eucariontes e procariontes*). Transferindo tal pensamento para o direito, qualquer matéria viva, inclusive gametas masculinos e femininos, seriam considerados vida do ponto de vista legal, mas não é assim que

acontece. O direito brasileiro defende a ideia de que, para haver vida, deve existir a junção de gametas, donde resulta a formação do embrião humano.

Do ponto de vista legal, considera-se o embrião humano sujeito de direitos, uma pessoa constituída? Assim foi o posicionamento da Suprema Corte na ADI 3510-DF, segundo o voto do ministro Aires Brito:

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Através dessa decisão do Douto Ministro, conclui-se que o embrião, simplesmente, ainda não é considerado pelo Direito como vida, portanto não é pessoa; já o feto, é o embrião que ganha este nome após atingir oito semanas de vida embrionária até o parto.

Nesse período, já pode ser observado os membros superiores, inferiores, olhos, nariz e boca. Pela decisão do STF, o momento decisivo para que o embrião deixe de ser um mero bem a ser protegido, passando a ser pessoa (sujeito a possuir direitos e contrair obrigações) é o da aquisição de terminações nervosas, pois segundo o ministro, é a partir da possibilidade de percepção sensorial é que a vida surge no palco de características humanas.

Por essas razões, uma decisão tomada por um membro da Suprema Corte gerou bastante estranheza no ordenamento jurídico interno – a Ministra Rosa Weber, até então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), votou pela descriminalização da

interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, indo totalmente de encontro com o que se define sobre personalidade jurídica do embrião, que perde esse *status* a partir da oitava semana (2 meses), sendo que a ministra com seu voto, estendeu esse período para 12 semanas (3 meses). Ela é a relatora da Arguição de Preceito de Descumprimento Fundamental (ADPF) 442 que descriminaliza o aborto e foi provocada no Supremo pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), autor da ação, e chegou a ser objeto de audiência pública em 2018 convocada pela ministra Rosa Weber. Por ser um assunto de extremamente delicado e controverso, tal julgamento foi suspenso por outro ministro (Luiz Roberto Barroso), e até o presente momento, não foi discutido.

A definição de personalidade jurídica

Personalidade Jurídica e Personalidade civil são termos sinônimos e entende-se que é a aptidão que toda pessoa tem de exercer direitos e contrair deveres.

Ulteriormente, o art. 2º do Código Civil brasileiro diz que o nascituro não possui personalidade civil, porém a lei põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos.

A doutrinadora Maria Helena Diniz, em sua obra, diferencia os conceitos de personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material:

O embrião ou nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Com relação aos direitos que as pessoas naturais podem exercer, deve-se pontuar a capacidade de direito, que é aquela que tem por exigência a figura da pessoa, o ser humano (TARTUCE, 2019). É inerente a todos, ou seja, é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres, ou seja, de ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada. Já a capacidade de fato, é a aptidão para exercer pessoalmente atos da vida civil, o que não é possível para os absolutamente e relativamente incapazes (art. 3º e 4º do Código Civil), deve existir viabilidade para essa pessoa. Em regra, todos possuem a primeira capacidade, mas não possuem a segunda.

Capacidade jurídica do Nascituro ao longo da história

A ideia de personalidade jurídica nasceu na Grécia antiga, berço da civilização ocidental, especificamente na cidade de Creta, no século XX a.C. Com o surgimento das *Polis*, houve uma grande variação na sua formação político-jurídica – com fortes tendências a um governo monocrático, influenciado pelos macedônios, outras democráticas, como ocorreu em Atenas. Na capital, com o surgimento de instrumentos capazes de reger o povo, surgiu as leis de Drácon (magistrado grego – deu origem ao termo “leis draconianas”), datada de 621 a.C, foi a primeira legislação com importante relevância no mundo, ela pôs fim a solidariedade familiar, objetivando transformar a cidade no centro da vida social e política do país.

Anos após (593 a.C), um novo código foi instituído por Sólon (estadista e legislador), considerado por muitos como um dos fundadores da democracia, deu início ao surgimento dos direitos raízes, os mesmos direitos indisponíveis, os situados no art. 5º da CRFB.

Tal código sofreu grande influência dos egípcios, que levaram para a região uma grande reforma institucional, social, econômica que contribuiu para a hegemonia do povo ateniense.

Na Grécia, o nascituro teve grande aparato normativo, graças aos estudos sobre embriologia, que na época concederam grande importância ao embrião humano, considerando este, uma pessoa. Vale lembrar que a Medicina se iniciou na Grécia há 2.500 anos, também influenciados por povos egípcios.

Recebendo grande influência dos povos gregos, o Direito Romano é considerado a mais importante fonte histórica do Direito (século XII), influenciando, dessa forma, o ordenamento jurídico de inúmeras outras nações. Nasceu ali, a cultura greco-romana.

Em Roma, para que existisse o reconhecimento existencial de uma pessoa, seriam necessários três requisitos: nascer vivo, possuir forma humana (qualquer mal formação não era admitida, podendo o pai sacrificar o próprio filho considerado como monstro) e ser viável (ter a possibilidade de viver – os prematuros, antes dos seis meses, não possuíam personalidade jurídica).

Após esses três requisitos preenchidos, ainda seriam necessários mais três elementos: possuir o *status libertatis* (ser livre), o *status ciuitatis* (ser cidadão) e o *status familiae* (pater família).

Passados alguns séculos, aproximadamente em 476, d.C., o período denominado Idade Média – a Igreja Católica possuía grande influência no pensamento social e cultural na época. No campo filosófico, o Teocentrismo imperava no continente europeu, onde tal doutrina colocava Deus como o centro do universo, criador de todas as coisas e, tal doutrina, preconizava o direito à vida.

No ano de 1869, a Igreja Católica tornou o aborto como uma prática criminosa, devendo a mãe e o partícipe de tal prática, serem condenados à pena de morte.

Com relação ao Direito nacional, como o Brasil foi colônia portuguesa por 322 anos, a legislação utilizada em solo em nosso território foi a legislação lusitana. Naquele momento, em Portugal, o indivíduo só adquiria personalidade civil a partir do seu nascimento com vida. Sendo assim, após a Proclamação da Independência de 1822, que surgiu entre nós uma ideia de codificação de direito, com o surgimento da primeira constituição (1824), que mesmo sendo outorgada, empregava ao povo uma “sensação” de proteção de seus direitos. Porém, ainda continuou a vigorar no território

nacional as Ordenações Filipinas, com ressalva que vigoraria até a criação do primeiro Código Civil brasileiro.

No ano de 1865, um jurista brasileiro, chamado Teixeira de Freitas, esboçou o primeiro Código Civil interno, contendo mais de cinco mil artigos, contudo o projeto não foi aprovado pela comissão revisora. Mesmo após inúmeras tentativas, apenas após a Proclamação da República (1889) um novo código entrou em vigor no Brasil, sendo este elaborado por Clóvis Bevilacqua no ano de 1916, recebendo bastante influência do Código Civil alemão e francês.

TEORIAS ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Teoria Natalista

Teoria resultante da interpretação literal do art. 2º do Código Civil, definindo que a pessoa natural só passa a possuir direitos e contrair obrigações a partir de seu nascimento com vida, embora a lei ponha salvo esses direitos desde a concepção. O nascituro não possui direitos, nem personalidade jurídica, mas mera expectativa de direitos, estando condicionada ao seu nascimento com vida.

Tal teoria apresenta questionamentos, dentre eles seria a dúvida do que seria um nascituro, já que ele não é considerado pessoa. Nesse caso ele seria considerado um objeto? Para os natalistas, essa proposição seria verdadeira, partindo-se do ponto que, enquanto estiver no ventre da mãe, não há de se falar em personalidade. Alguns doutrinadores se arriscam a tratar essa teoria como antiquada e ultrapassada, mas isso não é pacificado.

Outro ponto distante a respeito da teoria natalista seria o fato de sua distância 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 conceito natalista, ao ponto de vista prático nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.

Excede o professor e civilista Silvio Salvo Venosa:

poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento. Essa situação nos 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 beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição do nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

O STF, adotou, de certa forma a teoria natalista ao julgar a ADI 3510/DF e vem adotando desde então. Naquele momento, o Ministro Aires Brito afirmou que:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicionada”)

Podemos citar, como adeptos dessa teoria: **Sílvio Rodrigues, Silvio de Salvo Venosa, Pablo Stolzer Gagliano e Rodolpho Pamplona Filho.**

Teoria Concepcionista

Teoria de origem francesa, supõe que a personalidade jurídica da pessoa natural se inicia com a concepção, onde se conclui que se adotado tal sistema, o nascituro, mesmo antes de nascer, já adquire direitos. Na referida teoria, os direitos absolutos inerentes a personalidade (vida, integridade física e saúde), não dependem do nascimento com vida (ZAINAGHI, 2007). Sustentada por **Clóvis Bevilacqua, Silmara Chinelato e Almeida, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Carlos Roberto Gonçalves, Francisco Amaral Santos e Flávio Tartuce.**

Embora, alguns doutrinadores considerem a civilista Maria Helena Diniz como adepta da teoria natalista, ela, em sua obra Novo Código Civil Comentado (2010), classifica a personalidade jurídica no nascituro como forma e material. A primeira está relacionada com os direitos de personalidade, que o nascituro tem desde a concepção

e a segunda relaciona-se com os direitos patrimoniais, que serão adquiridos após o nascimento com vida. Elucida a autora:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, ais. 22, 1.609, 1.779 e parágrafo único e 1.798), como o direito à vida (CF, art. 52, CP, ais. 124 a 128, 1 e II), à filiação (CC, ais. 1.596 e 1.597), à integridade física, a alimentos (RT 650/220; RJTJSP 150/906), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança (CC, ais. 1.798 e 1.800, § 3~), de ser contemplado por doação (CC, art. 542), de ser reconhecido como filho etc. Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro, e na vida *extrauterina*, tem o embrião, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos da personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n. 7 do Conselho da Europa), passando a ter a *personalidade jurídico material*, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3o). Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Mesmo que para a corrente concepcionista o nascituro tenha personalidade jurídica e seja considerado um sujeito de direitos, há que se observar que ele possui capacidade de direito, mas não possui capacidade de fato, ou seja, ele não possui aptidão para exercer pessoalmente os atos da vida civil, o que enseja que este seja devidamente representado. Aduz, nesse sentido o STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.1- Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - **Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intrauterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da**

dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. (BRASIL - STJ, 2010).

Teoria da Personalidade Condicionada

Essa teoria considera o nascituro com sujeito de direitos desde a concepção, mas se trata de personalidade sujeita a uma condição suspensiva, ou seja, o nascimento com vida. Entende-se que o nascituro é uma pessoa virtual, condicionando seus direitos.

O entendimento dessa teoria acaba indo de encontro com o a atual legislação, pois para ela os direitos à personalidade só passariam a existir , após o nascimento com vida, porém o art. 2º do Código Civil, deixa claro que existem desde a concepção.

Segundo Flávio Tartuce, essa corrente apresenta contrariedades, pois ela é apegada a questões patrimoniais, deixando de lado os apelos de direitos pessoais ou da personalidade face ao nascituro. São adeptos dessa linha, dentro outros, **Arnold Wald e Serpa Lopes.**

A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO E O DIREITO COMPARADO

O Direito Comparado é o ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e as similaridades entre diversos ordenamentos jurídicos ao redor do planeta. Caso a lei interna deixe alguma lacuna em um possível caso em concreto, pode haver consulta a outras legislações de culturas e tradições semelhantes para servir de referência, a exemplo disso, um país onde impera um estado democrático de direito, utilizará como base uma nação com os mesmos fins, e não uma nação autocrática.

O direito brasileiro, na criação de sua legislação, sofreu uma forte influência do estilo romano-germânico, denominado Civil Law, que se baseia na lei positiva e codificada (escrita), porém com o passar dos anos, foi adotado também o sistema norte americano, calcado na Common Law.

Durante o período colonial, as normas de pacificação social utilizadas no Brasil eram as Ordenações Filipinas utilizadas em Portugal, mesmo durante a outorga da primeira constituição nacional (1824), que serviu apenas como argumento da existência de uma lei com caráter nacionalista. Somente após a Proclamação da República, em 1889 é que um novo código entrou em vigor no Brasil, no ano de 1916, influenciado pelo Código Civil alemão e francês.

Grande parte dos doutrinadores afirmam que o primeiro Código Civil esboçado por Teixeira de Freitas, que foi rejeitado, no ano de 1865 foi o precursor da Teoria Concepcionista, pela previsão constante do art. 1º da sua Consolidação das Leis Civis, pelo qual as pessoas consideram-se como nascidas apenas as formadas no ventre materno, sendo que a lei lhes conserva o seu direito de sucessão ao tempo de nascimento (FREITAS, 2003), bem diferente do que foi adotado pelo Código Civil português de 1867, que tinha como exigência o nascimento com vida e forma humana para o início da personalidade jurídica da pessoa natural (Teoria natalista). Enquanto a mãe estivesse ligada à criança pelo cordão umbilical, ela não seria sujeito de direitos e obrigações. Apenas no ano de 2014 que o STJ português atribuiu personalidade jurídica ao nascituro. A afirmação de Pedro Pais de Vasconcelos, professor da faculdade de Direito de Lisboa, foi usada como fundamento que o bebê tem direito a receber indenização por danos morais por seu pai ter morrido antes dele nascer. Descreve o professor: “O nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria a pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe”.

Já o Código Civil francês não expressa o início da personalidade jurídica do nascituro, mas existem dispositivos que já servem de base para posições doutrinárias. Como no Brasil, existe uma dualidade entre duas teorias. Para alguns, a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida, desde que exista viabilidade desse novo ser (mínimo de aptidão física para viver), já para outros, tanto o nascer com vida ou o ser viável seriam condições para eficácia dos direitos, dando ensejo a personalidade condicionada.

O Código civil Italiano, datado de 1942, em seu primeiro artigo já prevê que a capacidade jurídica se conquista no momento do nascimento, e que a ele são

subordinados os direitos que a lei reconhece a favor do concebido, adotando, como no Brasil, a teoria natalista.

O Código Civil espanhol, influenciado pelo Direito Romano bem como o francês, datado de 1889, aduz em seu texto que, além do nascimento com vida, faz-se necessário a forma humana e a viabilidade para que ele seja sujeito de direitos e obrigações. Mesmo determinando que a personalidade é condiciona-se ao nascimento com vida, fixa-se no artigo 30 da lei que o requisito necessário para que uma pessoa se considere nascida são: nascer com forma humana e viver 24 horas após o seu nascimento.

Já o Código Civil argentino determina que a personalidade jurídica do nascituro se inicia na concepção (teoria natalista). O Código diz que o nascituro possui personalidade jurídica, porém este é declarado como incapaz. Neste passo, o nascituro é equiparado aos menores impúberes, aos ausentes e aos surdos-mudos que não saibam se expressar por escrito. Mesmo adotando a teoria concepcionista, no ano de 2020 o aborto foi descriminalizado pela aprovação da lei 27.610, onde a interrupção voluntária da gravidez , autoriza quaisquer mulheres a abortarem na 14ª semana de gestação, sem explicar o motivo e com o apoio e auxílio do Sistema Único de Saúde. O primeiro país latino-americano a descriminalizar o aborto voluntário pode servir de influência para outras democracias que discutem a viabilização de tal ato, como ocorre no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo abrangente sobre a personalidade jurídica do nascituro no ordenamento jurídico interno, como um Estado Democrático de Direito garante a proteção do feto e do embrião e se os doutrinadores e os tribunais superiores estão alinhados aos mandamentos legais. É de suma

importância definir o momento em que começa a vida, sob o prisma biológico e jurídico para definir o momento em que o novo ser se torna sujeito de direitos.

O Direito, em sua concepção sociológica, é um subproduto de múltiplas influências da sociedade e tudo que agir sobre a sociedade, produzirá também reflexo sobre o Direito. Fatores derivados da alteração econômica da sociedade, fatores políticos, que exercem influência diretamente tanto no Direito público quanto privado, fatores culturais que acompanham os aspectos culturais de um povo e em consonância a isso, se ajustam para uma melhor pacificação social e fatores religiosos fizeram com que o legislador brasileiro adotasse a teoria natalista com oportunidade na lei de aplicação da teoria concepcionista.

Até o presente momento, o STJ em suas decisões vem adotando a segunda teoria, a mais moderna, atribuindo ao embrião muitos direitos absolutos, como o direito à vida, a integridade física. Para a corrente, o nascituro desde a concepção possui capacidade de direito e com relação à sua capacidade de fato, entende o tribunal que este pode ser representado por seus pais para que possa exercer pessoalmente seus atos da vida civil. Reconheceu também o tribunal o direito a reparação por dano moral ao nascituro pela morte do seu genitor.

Em contrapartida, a Corte Suprema que sempre alternou em adotar tanto a Teoria Natalista quanto a Concepcionista, ultimamente vem divergindo em suas decisões e seguindo preferencialmente a teoria adotada pelo Código Civil.

O Ministro Aires Brito, na ADI 3510-DF (2005) não atribuiu capacidade civil ao embrião (oito semanas) mas não mediu esforços para expor em sua decisão que, a partir desse período de oito semanas, por existir forma humana e terminações nervosas, ele seria reconhecido como feto e, conseqüentemente, o momento decisivo para que o embrião deixasse de ser um mero bem a ser protegido, passando a ser pessoa (sujeito a possuir direitos e contrair obrigações) é o da aquisição de terminações nervosas.

Indo de encontro a essa decisão, 17 anos após, a Ministra Rosa Weber, relatora da ADPF 442, votou pela descriminalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, sendo que a partir da oitava semana, já com a existência de terminações nervosas e forma humana, a transição de embrião para feto

já ocorreu e nesse caso ele já é reconhecido o como sujeito de direitos pelo mesmo tribunal.

O julgamento da ADPF foi suspenso, então por seu colega, o Ministro Luiz Roberto Barroso, por se tratar de um assunto extremamente delicado e que divide posição da opinião pública brasileira. Essa discussão foi provocada no STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e chegou a ser objeto de audiência pública no ano de 2018, convocado pela própria Ministra. Essa aceitação por parte da Corte Suprema só serve para mostrar que a teoria concepcionista e a segunda parte do art. 2º do Código Civil “ **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”, vem sendo negligenciada por parte de seus componentes. Até o presente momento, o assunto encontra-se em aberto.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Douglas. **O nascituro**. 24/03/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-nascituro/176047250> Acesso em 21jul. 2023.

Dicionário brasileiro de língua portuguesa Michaelis. **Significado de feto**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/FETO/>. Acesso em 24out. 2023

Dicionário Online de Português. **Significado de Embrião**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/embriao/> Acesso em 16set. 2023

DINIZ, Maria Helena. **Novo Código Civil Anotado**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva|Jur, 2017.

FRANTZ, Nilo. **Saiba como ocorre a fecundação humana e seus sintomas**. 18/01/23. Disponível em: <https://nilofrantz.com.br/fecundacao-humana-entenda-o-processo/#:~:text=A%20fecunda%C3%A7%C3%A3o%20humana%20%C3%A9%20um,corrida%20at%C3%A9%20a%20tuba%20uterina>. Aceso em 20set 2023.

HENRIQUE, Layane. **Afinal, o que é o estatuto do nascituro?** 27/06/2023. Disponível em: <https://www.politize.com.br/estatuto-do-nascituro/> Acesso em 29set. 2023

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **Natureza jurídica do embrião**. 22/07/19. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/311435/natureza-juridica-do-embriao>> Acesso em 23out. 2023

JurisHand. **Direitos do Nascituro**. Disponível em: <https://jurishand.com/civil/conceito/direitos-do-nascituro>> Acesso em 22.set 2023.

KOTTOW, Miguel. Título: **História da ética em pesquisa com seres humanos. 2008. 12 f.** Dissertação – Universidade do Chile, Chile, 18/12/2008.

NETO, S. *et al.* **Manual de Direito Civil.** 4ª edição. Salvador, BA: JusPODIVM, 2015.

Significados. **Significado de nascituro.** Disponível em:
<<https://www.significados.com.br/nascituro/>> Acesso em 13 nov. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil/ parte geral.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Wikipedia. **Significado de nascituro.** <Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Nascituro>> Acesso em 16 ser. 2023