

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

CURSO DE DIREITO

DAVI PADILHA DE AGUIAR

**A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIA CONCEPCIONISTA E A
TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

SANTA RITA

2017

DAVI PADILHA DE AGUIAR

**A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIA CONCEPCIONISTA E
A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

SANTA RITA

2017

Aguiar, Davi Padilha de.

A283c A condição jurídica do nascituro: teoria concepcionista e a tutela dos direitos da personalidade / Davi Padilha de Aguiar – Santa Rita, 2017. 58f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

1. Nascituro. 2. Teoria Conceptionista . 3. Personalidade Jurídica. 4. Direitos da Personalidade. 5. Proteção do Nascituro I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.

BSDCJ/UFPB

CDU – 347.65

DAVI PADILHA DE AGUIAR

**A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIA CONCEPCIONISTA E
A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 10/05/2017

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

Prof^ª. Dr^ª. Ana Paula Correa de Albuquerque da Costa

Prof^ª. Ms. Roberta Candeia Gonçalves

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primordialmente, por tudo que Ele me deu desde a minha concepção. Sempre fui agraciado pela sua bondade infinita, rodeado por pessoas amorosas, que sempre cuidaram de mim, como uma expressão do cuidado dEle comigo.

Grande e eterna gratidão reservo também, aos meus pais, André e Eulina, que me educaram no caminho da verdade, pautando a formação do meu caráter na caridade, na fé e na esperança, sempre na defesa do valor fundamental do bem ao próximo. Além disso, todo apoio emocional e financeiro, que me propiciaram todas as oportunidades que tive até hoje. Muito obrigado.

Um agradecimento especial ao Escritório Aguiar Advogados Associados, grandes responsáveis pela formação do meu pensamento jurídico, na pessoa do meu pai, André, e da minha amada tia, Angeliana, que ao longo de todo curso e da feitura desta tese, contribuíram com grandes conselhos. Porém, reservo especial agradecimento ao meu avô João Aguiar, professor nato, que concedeu valiosos conselhos para minha vida pessoal e profissional, um homem a qual guardo grande admiração.

Aos meus familiares. A quem destaco especialmente, meus irmãos, Igor e João Luiz, amigos que preservo para o resto da minha vida. E, sempre em minha memória, minhas amadas avós, Joana D'arc e Lúcia, que sem o suporte de ambas, não teria chegado onde cheguei. Da mesma forma, ao meu avô Zenildo Padilha (*in memorian*), que hoje é um intercessor para mim, grande exemplo de integridade e inspiração para me manter no caminho da retidão.

À minha amada namorada, Priscilla, a quem possuo imensa gratidão pois não só me ajudou com o suporte durante o meu curso, sendo a paz necessária para me dar o discernimento para tomar as melhores decisões, mas sempre foi uma fiel ajudante na produção deste trabalho, com fontes e conselhos pertinentes para o entendimento melhor da matéria.

Aos meus fiéis amigos, juristas, que contribuíram com livros e conversas ricas, que abriram a minha mente para novos horizontes, aos quais cito: Italo Hardman, Igor Aguiar, André Andrade e Erlon Grisi.

Por último, mas de fundamental importância neste trabalho, agradeço ao meu orientador Adriano Godinho, que me auxiliou além do dever de um professor, foi um verdadeiro mestre, cuidando para que eu não caísse em armadilhas que meu próprio pensamento montou, alertando-me do necessário para construir uma boa tese. Professor, durante todo o curso, o senhor foi uma grande inspiração para que um dia eu também possa lecionar e inspirar outras pessoas. Deus te abençoe.

Meu muito obrigado a todos!

RESUMO

O nascituro que é a pessoa que ainda está por nascer, já carrega desde à concepção material genético próprio que anuncia a sua natureza humana, o que lhe atribui, por conseguinte, existência de vida e de pessoa. Ainda desamparado no Direito brasileiro, não sendo reconhecido de forma integral a sua condição de pessoa, o nascituro por vezes é ignorado na esfera jurídica, tendo assim os seus direitos mais básicos desassistidos. O presente trabalho versa sobre o início da personalidade jurídica desde a concepção, ocorrendo, por consequência, a proteção do nascituro, que desde o momento em que é concebido, já é titular de direitos da personalidade, quais sejam, o direito à vida, à honra, ao nome, à imagem, e à integridade física e psíquica. Todos estes são direitos fundamentais para o respeito da dignidade da pessoa humana, e para o cumprimento do ordenamento constitucional, sendo imprescindível o seu reconhecimento para as pessoas ainda não nascidas. Este trabalho tem como objetivo delimitar os direitos do nascituro dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da defesa da teoria concepcionista.e do reconhecimento de condição humana ao nascituro, reconhecendo-lhe a tutela dos direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro. Teoria Concepcionista. Personalidade Jurídica. Direitos da Personalidade. Proteção do nascituro.

ABSTRACT

The unborn child, who is still to be born, already carries from the very conception of his own genetic material that announces his human nature, which therefore attributes to him the existence of life and person. Still helpless in Brazilian law, not being integrally recognized as a person, the unborn is sometimes ignored in the legal sphere, thus having their most basic rights unassisted. The present work deals with the beginning of the legal personality from the moment of conception. Consequently, the protection of the unborn child, which from the moment in which it is conceived, is already the holder of personality rights, namely, the right to life, Honor, name, image, and physical and mental integrity. All these are fundamental rights for the respect of the dignity of the human person, and for the fulfillment of the constitutional order, being indispensable its recognition for the people not yet born. This work aims to delimit the rights of the unborn within the Brazilian legal system, from the defense of the conception theory and recognition of the human condition to the unborn child recognizing the protection of the rights of the personality.

KEYWORDS: Unborn child. Conceptionist theory. Legal personality. Rights of the Personality. Protection of the unborn child.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O VALOR DA VIDA HUMANA.....	11
2.1 O valor da pessoa humana perante o Direito	11
2.2 Dignidade da Pessoa Humana	16
1.3 O valor Ontológico da vida	19
1.4 O valor da vida do Nascituro	22
3. TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	25
3.1 Teoria Natalista	26
3.2 Teoria da personalidade condicional	28
3.3 Teoria Concepcionista.....	29
3.3.1 A teoria concepcionista no ordenamento jurídico brasileiro como aplicação dos direitos fundamentais	34
3.3.2 Aplicação da teoria concepcionista por meio do controle de convencionalidade.....	36
4. A PROTEÇÃO DO NASCITURO E O RECONHECIMENTO DE SEUS DIREITOS DE CARÁTER EXISTENCIAL	40
4.1 O direito à vida.....	40
4.2 A aplicação da teoria concepcionista nas leis	43
4.3 Decisões judiciais em favor da tutela do nascituro	45
5. CONCLUSÃO	51
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo se insere em um contexto de crise de valores, onde não se sabe ao certo quais preceitos regem a sociedade, tão polarizada atualmente. Vive-se o reinado da fugacidade, da imprecisão do que é a verdade. Nega-se todo tipo de certeza, para se dar lugar a incerteza, que para muitos é sinônimo de riqueza, e para outros de insegurança.

A pluralidade de ideias na sociedade hodierna possui grande estima para a construção da democracia, porém chega-se num ponto em que se deve definir qual a diretriz que a humanidade tem de trilhar, para assim favorecer o seu próprio bem. E, quando se fala em ideias para o Direito, importante se faz a definição, pois haverão consequências críticas na realidade social.

Por isso, se constroem longas discussões sobre os mais variados assuntos, na tentativa de se chegar em um denominador comum, para que assim seja cumprida o valor eterno da justiça, ainda plenamente inalcançado pela compreensão humana, visto a sua complexidade e abstração.

Dentre os grandes debates, a ciência jurídica atual conta com discussão sobre qual a condição do nascituro no Direito, dado à controvérsia existente sobre o início da vida, sobre qual o marco inaugural da condição de ser humano, fazendo assim perdurar a incerteza sobre qual o momento em que o Direito tem a incumbência de tutelar.

O nascituro que é a pessoa que ainda está por nascer, já carrega desde a concepção, material genético próprio que anuncia a natureza humana, o que lhe atribui, por conseguinte, existência de vida e de pessoa.

Importa salientar que tendo em vista a sua fragilidade, sendo incapaz de defender a si próprio, necessita de uma maior proteção, de garantias legais que assegurem o cumprimento de direitos constitucionais, que lhe são inerentes em razão de sua condição humana.

Ainda desamparado no Direito brasileiro, não sendo reconhecido de forma integral a sua condição de pessoa, o nascituro por vezes é ignorado na esfera jurídica, tendo assim os seus direitos mais básicos desassistidos.

Para que haja a tutela dos direitos do nascituro, necessário se faz o reconhecimento da sua condição de pessoa para o direito. No entanto, o Código Civil Brasileiro, no que toca a personalidade jurídica, determinou que esta se inicia com o nascimento com vida, portanto, desconsiderando a personalidade da pessoa que ainda está por nascer.

O presente trabalho versa sobre o início da personalidade jurídica desde à concepção, ocorrendo, por consequência, a proteção do nascituro, que desde o momento em que é concebido, já é titular de direitos da personalidade, quais sejam, o direito à vida, à honra, ao nome, à imagem, e à integridade física e psíquica. Todos estes são direitos fundamentais para o respeito da dignidade da pessoa humana, e para o cumprimento do ordenamento constitucional, sendo imprescindível o seu reconhecimento para as pessoas ainda não nascidas.

Esta tese se divide em três capítulos: o valor da vida humana; as teorias sobre o início da personalidade jurídica; e a proteção do nascituro e o reconhecimento de seus direitos de caráter existencial.

O primeiro trata do valor da vida humana, de modo a fazer uma análise do significado do que é vida no âmbito do Direito em diálogo com outras áreas do conhecimento. Destaca o reconhecimento de vida a partir da valorização do indivíduo, que em sendo um ser único, merece proteção desde a concepção.

O segundo cuida das teorias do início da personalidade, quais as suas nuances e consequências na aplicação dos direitos da personalidade, a partir de uma visão de valorização dos preceitos constitucionais. Reserva, assim, enfoque à teoria concepcionista, que aplica de forma mais adequada à proteção da dignidade da pessoa humana.

E, por último, o terceiro, ocupa-se de falar da proteção do nascituro corporificada no Direito, na lei e na jurisprudência, revelando que já há um reconhecimento de direitos da personalidade ao nascituro, face a sua condição humana,

inclusive, podendo configurar como parte em processo judicial para pleitear seus direitos.

A metodologia utilizada no trabalho é a bibliográfica dialética, a partir de análise da doutrina que trata das teorias sobre o início da personalidade, fazendo uma crítica por meio da visão concepcionista. Além disso, foi utilizado o estudo de caso em decisões judiciais que corporificam a prática da tese concepcionista nos tribunais.

2. O VALOR DA VIDA HUMANA

Valor é o conjunto de características que definem algo, de modo que se preceitue qual a importância de determinada coisa. A vida, em sua importância para a humanidade, possui valor inestimável, difícil de se auferir, e portanto, sempre é polêmica a discussão quanto aos limites e significados da valoração da vida, mais especificamente, da vida humana.

Ainda mais, pode-se depreender das diversas ciências, uma pluralidade de valorações da vida do homem, que criam inclusive certo conflito sobre o seu real significado. Tal fato, gera incerteza que, por via de consequência, ameaça a própria vida humana.

Para isso, se faz necessária uma união de conceitos, que de forma conjunta comunguem para um único entendimento, a valorização da vida dos seres humanos.

2.1 O valor da pessoa humana perante o Direito

A vida é um valor fundamental para a sobrevivência da sociedade, tendo em vista que a sua preservação é salutar para que ela não se destrua, evitando catástrofes sociais, que em outros tempos já ameaçaram a existência da humanidade. É um valor intrínseco, que transcende o próprio tempo.

Saliente-se que o significado de pessoa humana para a sociedade varia de acordo com os contextos sociais que se apresentam, e que se apresentaram ao longo do tempo. A vida, para a compreensão social, sofreu diversas mudanças por medida de entendimento filosófico e ideológico, refletindo assim para o próprio Direito.

O conceito de pessoa para a Roma Antiga não é o mesmo da Grécia Antiga, tendo em vista que a significação posta pela lei romana, produto da cultura e das ideias vigentes em Roma, são diferentes do ordenamento jurídico vigorante na Grécia. Da mesma forma, no Brasil contemporâneo a compreensão de pessoa é diferente do Brasil

Colônia. Esta variação de conceitos é demasiadamente perigosa, fruto da relativização da vida, pois coloca em xeque a dignidade das pessoas, em detrimento de questões de raça, sexo, poder financeiro, entre outros, fatores estes que nada contam para o real sentido do que é vida humana.

Apenas para ilustrar, no Direito Romano, para que o indivíduo adquirisse personalidade jurídica, ele deveria nascer perfeito, ou seja, sem deformações físicas, e possuir *status* de cidadão romano. A cidadania romana tinha como pressuposto três elementos primordiais: liberdade, cidade e família. A liberdade era a qualidade de homem livre, não escravo; a cidade era o atributo de possuir cidadania romana; e por fim a família era a condição chamada “*sui juris*”, que era quando não possuía ascendente homens que eram “*pater familias*”¹.

O Direito, em seu aspecto normativo, estatui conceitos por meio da lei, qualificando o significado do que são ou não vida e pessoa. De certa forma, este aspecto revela um risco para a humanidade, pois abre a possibilidade de que ideias perversas se revistam do manto da lei para ganharem legitimidade perante a sociedade, a exemplo de regimes totalitários, como o nazismo, onde cerca de 6 milhões de judeus foram mortos, inclusive, com dissecação de corpos vivos, torturas, e as mais diversas crueldades, que revelam aonde pode chegar o entendimento do homem quando se fala em degradação do que é vida humana.

Sob a perspectiva clássica das ciências jurídicas, pessoa é todo indivíduo capaz de contrair direitos e deveres, resumindo assim o conceito de personalidade jurídica como a mera capacidade.

Neste prisma, leciona Carlos Roberto Gonçalves² sobre a personalidade jurídica:

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

¹ JÚNIOR, F. L. T., **Direito à vida do Nascituro**. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

² Gonçalves, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral** / Carlos Roberto Gonçalves. — 10. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

Sabe-se que esta compreensão não encontra guarida nos preceitos constitucionais, pois resumiria o conceito de vida humana à capacidade de adquirir bens, de se relacionar no mundo jurídico, quando na verdade se refere muito mais a um aspecto existencial, sendo o ser humano a razão orientadora do Direito. Se assim o fosse, um recém-nascido incapacitado pelo seu caráter impúbere seria menos pessoa que um adulto de 30 anos, dotado de toda a capacidade para adquirir direitos e deveres, o que certamente, é uma compreensão bastante equivocada.

Tal concepção acaba por subjugar pessoas em diferentes condições pelo degrau da capacidade jurídica, o que permitiria, inclusive, que indivíduos com menor aptidão cognitiva, a exemplo dos deficientes mentais, tivessem o seu caráter de pessoa diminuído em relação a outros que não possuíssem tais limitações.

Não que essa fosse a intenção dos autores clássicos do Direito Civil, os quais merecem o devido respeito, mas sim porque esta compreensão se mostra limitada, e não satisfaz por completo a necessidade de conceituar e proteger a vida, como ela deve ser tutelada.

No entanto, percebe-se que este é um caminho duvidoso, que merece a reconsideração sobre o real significado do que é pessoa para o direito, para uma comunhão maior com a dignidade do ser humano, valor fundamental para ordem constitucional. Tal entendimento encontra abrigo no conceito construído por um raciocínio Civil-Constitucional.

O Direito Civil-Constitucional, que defende a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, interpreta a lei Civil com fundamento nos mandamentos constitucionais, partindo de um ponto de união entre os direitos privado e público. Não mais se resume a pessoa ao “ter”, mas valoriza-a pelo “ser”. Esta metodologia jurídica demonstra um segmento mais fiel à hierarquia normativa, e ao respeito dos princípios constitucionais, tão caros para o ordenamento jurídico. Sob este entendimento, é que se entende por uma compreensão mais humana do Direito, pela defesa da vida desde o seu início.

No que se refere ao conceito de personalidade jurídica, adeptos da linha Civil-Constitucional, lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³:

Evidencia-se, pois, que a personalidade jurídica não pode estar aprisionada no conceito simplório de sujeito de direito. Há de ser mais do que isso.

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova ideia de personalidade jurídica. Com esteio em avançada visão civil-constitucional, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e *reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade*.

A personalidade jurídica é, assim, muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

A personalidade jurídica, lida segundo a Carta Magna, adquire uma compreensão mais ampla e completa, não limitada à capacidade de obter direito e deveres, mas fundamentada pelos valores constitucionais, em principal o da dignidade da pessoa humana.

É sabido que o ordenamento Constitucional prevê a defesa do direito à vida e a preservação da dignidade da pessoa humana, no entanto, não define em qual momento esta tutela se inicia, ou quando a vida começa, deixando assim para a lei esparsa a incumbência de definir.

Todavia, a lei penal, no seu art. 124 tipifica o crime de aborto, sendo assim a interrupção da gravidez desde a sua concepção prática condenável como crime contra a vida, construindo a coerência legal de que o Direito Brasileiro considera o início da vida a partir da concepção, merecendo assim o nascituro, a tutela jurídica de seus direitos.

Além de que, partindo-se da lógica constitucional que garante o direito à vida, podemos concluir que o silêncio da constituição pende para, na dúvida, garantir a tutela do nascituro, que além de todas as evidências e estudos que indicam pela presença de vida, ou no mínimo potencial de vida, o zigoto, em sua essência, é um ser humano em formação, o que já lhe concede o *status* de proteção da vida humana.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 178-179

É notório que há um dissenso no que tange ao início da vida, tanto no campo biológico, como filosófico, não havendo assim um entendimento unificado e certo sobre qual fator revela o início da vida. A dúvida e o questionamento predomina o debate, restando assim à incompreensão de ambos os lados.

Entretanto, mesmo se supormos um hipotético empate resulta em proporção igual de 50% de chance de existência de vida no feto, e 50% de chance de inexistência, o que revela o resultado de 50% de chance de que a desconsideração de inexistência de vida no feto pode levar ao caminho contrário da defesa do direito à vida, e no caso de aborto, de 50% de chance de ser um homicídio. Seria o mesmo que estar com um revólver de frente para uma caixa onde não se tem a certeza se existe uma pessoa ou não, o que para resguardar a vida, é melhor não atirar, seria jogar à sorte a vida de um ser humano⁴.

Neste sentido, afirma Mário Emílio Bigotte Chorão⁵:

Mas mesmo no caso de subsistirem dúvidas sobre a identidade pessoal do nasciturus, impõe-se tratá-lo ‘como se fosse pessoa’, por força do princípio ético fundamental: *in dubio, pro persona*. Assim se previne o risco de atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Não se pode deixar ao bel prazer do legislador a definição do que é vida, nem a questões e ideias sociais, que em nada alcançam a essência do que é um ser humano. A vida humana, como valor maior, é o início e o fim do direito⁶, e, portanto, não pode ser subjugado pela Lei, nem tampouco reduzido pela incerteza, ou pior, pela inverdade.

No que tange à vida humana e o Direito, acertadamente afirmou Diogo Leite de Campos⁷:

“Desenvolverei também uma abordagem “realista” do problema. A vida humana, o ser humano, não são, nem podem ser, construções linguísticas ou sociais, São *verdades* e *objectos* da ciência Não variam com as épocas

⁴ CARVALHO, Olavo de, **O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota**/ Olavo de Carvalho; organização Felipe Moura Brasil – 5. Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 384

⁵ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. **Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro**. Revista de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 1999. p. 286

⁶GODINHO. Adriano Marteleto. **Direito ao próprio Corpo**. 1ª Edição. Curitiba. Juruá Editora. 2015. p. 22

⁷CAMPOS, Diogo Leite de. **O estatuto jurídico do nascituro**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999. p. 224

sociais. O que pode variar é o tratamento que se lhes dá; e a pedra de toque da evolução social está na melhoria e aprofundamento desse tratamento.”

Neste diapasão, compreende-se que a vida não é algo tangível pela lei, mas sim definidor da lei. Não deve ser, a vida é. E, por isso, que deve o ordenamento jurídico se orientar pelos valores essenciais do ser humano, para que não fuja da essência própria que surge o Direito, que é a proteção do próprio homem.

2.2 Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo entendido como alicerce da Constituição, adquiriu espaço na aplicação da Lei Civil com o advento da Constitucionalização do Direito. Como já mencionado, tal fenômeno veio trazer uma releitura do direito, segundo as lentes da Constituição, reinterpretando os institutos em consonância com os princípios basilares da ordem constitucional, visando efetivar plenamente os direitos fundamentais do cidadão.

A Dignidade da Pessoa Humana tem o caráter de proteção dos direitos fundamentais do ser humano, priorizando a essência humana do “ser”. Nega, em determinadas situações, o “ter”, quando este vai de encontro com o próprio ser humano, sendo mais importante garantir valores como vida, liberdade, igualdade, entre outros, em detrimento de valores patrimoniais.

Tão basilar é a sua posição na ordem constitucional, que é considerado fundamento da República Federativa, segundo determina o art. 1º, III, da CRFB/88⁸, possuindo assim o condão de fundamentar todos os demais princípios da Constituição, pois dele surge a lógica que rege a Carta Magna, tendo como cerne preservar o ser humano em sua completude, ou seja, em sua dignidade, valor este que representa a preservação da integridade física e psicológica do indivíduo.

⁸Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

O significado da palavra dignidade está relacionado a uma qualidade de honra e respeito, sendo toda pessoa humana merecedora desta condição. Por certo, este conceito é volátil, e pode ser interpretado de várias formas, porém, ainda é cerne principal para orientar um “mínimo ético” ou “mínimo existencial”, como se referem os autores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves⁹:

Surge, pois, em razão dessa nova perspectiva jurídica proporcionada pela *Lex Mater*, um conceito contemporâneo de personalidade jurídica, desenhada a partir de um “mínimo ético” e de um “mínimo existencial”, que não podem ser violados nem pelo Poder Público, nem pelos demais membros da sociedade privada. Portanto, a personalidade jurídica não mais pode estar represada na ideia pura e simples de aptidão para ser sujeito de direito. Muito mais do que isso, a personalidade jurídica, atenta ao valor máximo da dignidade humana, diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente.

Nestes termos, podemos auferir que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana resignifica o conceito de personalidade jurídica, e, portanto, do que é pessoa para o Direito, pois não limita a compreensão de capacidade de adquirir direitos e deveres, de contrair obrigações, ou poder participar de relações jurídicas. Eleva o entendimento do que é pessoa para um olhar mais humano, sendo assim pessoa todo aquele que possui a qualidade de portar direitos, não ligado mais a uma realidade de poder ter direitos, mas de ser um indivíduo receptor de direitos.

Sendo assim, a Dignidade Humana coloca o indivíduo em outro patamar, destaque-se, mais elevado, impedindo que interesses alheios possam deturpar o conceito de pessoa, e, por conseguinte, vilipendiar direitos caros para a humanidade. Tem assim um caráter heteronômico, limitador de direitos.¹⁰

Noutro norte, a Dignidade da Pessoa Humana muitas vezes é incompreendida, por ter um significado abstrato e amplo, sendo assim interpretada de forma equivocada. Em certas ocasiões, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como que uma máxima que fundamenta qualquer razão, acaba por ter o seu uso prostituído, como se

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 173-174

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais, 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>> Acesso em: 4 de março de 2017.

fosse a panaceia dos problemas jurídicos. No entanto, a deturpação do real significado da Dignidade da Pessoa Humana resulta na sua utilização, inclusive, para fins torpes.

Como exemplo disso, temos os discursos pró-aborto, que utilizam como fundamento a dignidade da pessoa humana, alegando que a mulher tem a sua liberdade sobre o próprio corpo violada, e, por consequência, a sua dignidade diminuída. No entanto, a prática de aborto, em si, é um processo cirúrgico que gera grandes danos físicos e psicológicos à mulher¹¹, que afetam diretamente a sua integridade, e, portanto, a sua dignidade. Ainda, há de se convir que se o feto fosse uma extensão do seu corpo (o que cientificamente é inconcebível), seria uma automutilação, ferindo mais uma vez, diretamente, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que não permite ao indivíduo diminuir a sua própria dignidade por meio de depreciação da própria integridade física.

Para compreender o referendado princípio, necessário se faz saber também o que é um ser humano, que de forma bem simplória, é o animal que pertence à espécie “*homo-sapiens*”, carregando em si um genoma específico que caracteriza a forma do seu corpo e o seu intelecto (racionalidade).

Nesta esteira, todo ser humano é dotado de dignidade, sendo uma condição inerente a sua existência, conforme afirma Paulo Otero¹²: “a simples circunstância de ser um indivíduo humano, enquanto realidade biológica possuidora de genoma humano, envolve que possua dignidade”. Ou seja, a qualidade de ser humano, necessariamente implica na presença da sua dignidade.

No entanto, o presente trabalho busca refletir sobre qual o momento que o direito delega o início da pessoa, e assim, quando a Dignidade da Pessoa Humana nasce, pois se ela é intrínseca ao ser humano.

No que se refere essa questão, Adriano Godinho cita a lista das zonas de certeza da dignidade, elencadas por Paulo Otero¹³: “a) O ser humano, desde a

¹¹ RIBEIRO, Barbosa Thais et BOLPATO, Marieli Basso. **Aborto provocado: consequências físicas, psicológicas e as implicações para a assistência de enfermagem**. Interdisciplinar: Revista Eletrônica da Univarp. n.9. 2013. p. 139. Disponível em:<<http://www.univarp.edu.br/revista/index.php/interdisciplinar/article/view/69>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

¹² OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**, v. I. Coimbra: Almedina, 2007. P. 546-547

¹³ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio Corpo**. 1ª Edição. Curitiba. Juruá Editora. 2015. p. 44

concepção até a sua morte, é sempre um fim em si mesmo, nunca podendo ser tratado como coisa ou instrumento (...)"

A dignidade em sendo um direito fundamental, é garantia, e portanto salvaguarda, protege. Não poderia a Dignidade da Pessoa Humana ser um direito que desassistisse uma condição do ser humano, qual seja, o feto, pois já possui em sua essência o caráter de pessoa, ainda em formação, como qualquer outra fase da vida humana, que nunca é completa, mas sempre está em transformação.

A vida humana é um ciclo, que possui começo, meio e fim, que surge em determinado momento, e desaparece em certo instante, mas que em toda fase tem algo em comum, a sua formação. A vida sempre está em desenvolvimento, em processo de construção, de renovação. As células humanas, desde o início (a concepção), se multiplicam e se renovam, demonstrando assim o sinal de vida, carregando sempre consigo os direitos inerentes a sua existência, sendo um deles, o de viver uma vida digna, e por conseguinte, de se formar, sendo assim compreendido o feto, de modo digno.

1.3 O valor Ontológico da vida

A vida, em seu valor Ontológico, se revela pela sua existência, pelo valor do seu ser. Como já mencionado anteriormente, o Direito Civil caminha para a valorização do ser, e assim, atribui importância à qualidade transcendental da vida, isto é, o caráter de ultrapassar a própria lei, e assim não mais ser definido por ela, mas defini-la.

Primeiramente, se faz mister destacar o conceito de Ontologia, definido por Aristóteles¹⁴ na sua obra *Metafísica*. Segundo filósofo clássico, a ontologia ou metafísica é o estudo do ser, isto é, a ciência de como as coisas são e funcionam no mundo concreto, quais as circunstâncias e implicações da realidade. Além disso, a

¹⁴ ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo. Abril S.A. Cultural, 1984. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

ontologia busca estudar a essência das coisas, para assim chegar no real sentido do que elas são.

Nesta via, o valor ontológico da vida é o significado do que ela é para a realidade, longe da lei, no mundo dos fatos. A vida, em sua essência, não resumida a um conceito, mas compreendida em sua natureza.

A vida, em sua essência, é a própria existência, sendo assim caracterizada pela viabilidade de vitalidade do ser, iniciando a vida humana a partir da fecundação, quando o desenvolvimento da vida humana se inicia e vai dando os seus primeiros passos. E, para a filosofia, definido por Aristóteles, em seu tratado “*Da Alma*”, a vida é aquilo pelo qual um ser se nutre, cresce e perece por si mesmo¹⁵. Constrói-se então uma visão natural do que é vida, compreendido como todo o desenvolvimento do ser.

O Direito, por meio da lei, se distancia da compreensão ontológica da vida, sendo assim uma visão idealista, como se refere Mário Emílio Bigotte Chorão¹⁶, que divide a compreensão da personalidade jurídica em duas: idealista e realista.

Segundo o mencionado autor português, a visão idealista deposita na lei a razão da personalidade jurídica, possuindo tão somente um aspecto cultural no seu conceito, pois criado pelo próprio homem. Por óbvio, este conceito degrada a dignidade da vida humana, visto que reduz a pessoa a um produto do Direito.

A arbitrariedade da lei, como se refere o autor¹⁷, cria a possibilidade de negação da personalidade a determinados grupos de pessoas, pois ficam à mercê do despotismo do homem. Destaque-se:

A ‘dessubstancialização’ e ‘desontologização’ do tema da pessoa leva inevitavelmente a que, sem pontos de referência firmes no coração da realidade, se incorra em opções relativistas e niilistas, se submeta a pressupostos gradualistas a aquisição da identidade pessoal e, enfim, se admita a possibilidade da existência de seres humanos que não são pessoas.

¹⁵ARISTÓTELES. **Sobre a Alma**. Lisboa. Biblioteca de Autores Clássicos. 2010. p.61-62. Disponível em < <http://www.obrasdearistoteles.net/files/volumes/0000000031.pdf> > . Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

¹⁶ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. **Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro**. Revista de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 1999. p. 266

¹⁷ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. **Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro**. Revista de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 1999. p. 270-271

Ao contrário, a visão realista tem uma perspectiva baseada no conceito ontológico da pessoa humana, partindo de uma premissa natural das coisas como elas são. Neste sentido, a pessoa humana ganha significado pleno, visto em sua essência, sendo um fim em si mesmo, preservando a sua dignidade por completo, tendo em vista que a compreensão de pessoa natural caminha junto com a de personalidade jurídica, surgindo ambas no mesmo momento.

No que se refere à definição metafísica da vida, leciona Mario Emílio Bigotte Chorão¹⁸:

Numa base metafisicamente forte e fortemente realista, estas definições exprimem o que é a pessoa, no seu núcleo ontológico mais profundo: ente *in se e per se*, dotado seu próprio acto de ser (*actus essendi*), indivíduo incomunicável do ponto de vista metafísico (não é parte de um todo substancial) e lógico (não é predicável de várias coisas), ente de natureza racional (racionalidade que é abertura do Ser, liberdade, alteridade, etc.), unidade substancial corpóreo-espiritual. Para o realismo substancialista ou personalismo ontológico todo o indivíduo da espécie humana tem a natureza de pessoa (*ubi homo sapiens, ibi persona*), enquanto reúne em si todos os referidos caracteres essenciais inerentes a essa condição ontológica, independente das circunstâncias acidentais do desenvolvimento biopsíquico ou da operatividade. Não é concebível a existência de seres de natureza humana que não sejam seres pessoais.

No que concerne à concepção de pessoa no sentido ontológico, grande contribuição foi dada pelo Cristianismo, que valorizou o entendimento do que é pessoa numa perspectiva de igualdade e fraternidade¹⁹, atribuindo valor absoluto a toda vida humana, por meio da didática da caridade.

Portanto, a vida, em seu valor ontológico, coloca a condição humana no pedestal do Direito, sendo assim a lei subjugada à condição real da pessoa humana. A vida humana, como égide do ordenamento jurídico, se coloca no centro de tudo, regendo a lógica sistemática da lei, isto é, sendo a fonte inspiradora para toda formação legal, seja pela interpretação ou pela produção do próprio Direito.

A vida, um fim em si mesmo, torna-se a finalidade de todas as coisas.

¹⁸ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. **Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro**. Revista de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 1999. p. 269

¹⁹GODINHO. Adriano Marteleto. **Direito ao próprio Corpo**. 1ª Edição. Curitiba. Juruá Editora. 2015. p. 27

1.4 O valor da vida do Nascituro

É sob essa ótica que se discute o valor da vida do nascituro, não sendo compreendido como mera coisa disponível, mas como pessoa dotada de direitos, inerentes a sua condição humana.

O nascituro, segundo preleciona Silmara Chinelato²⁰ é “a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno”. Ou seja, é a pessoa que se encontra em fase de gestação, ainda como feto humano.

A vida do nascituro se exprime pela sua natureza estritamente humana, possuidora de carga genética própria, única, que não se confunde nem com a do pai ou da mãe²¹, sendo assim uma pessoa *per si*, pois carrega toda informação necessária para o seu desenvolvimento físico e psíquico²². Dotado desde a concepção com material genético humano, já é vida, porém, no seu início.

Ocorre que a sociedade hodierna crescentemente vem caminhando rumo à desvalorização da vida do nascituro, entendendo ele não mais como pessoa, porém como *res* disponível à vontade alheia; em outras palavras, pode a sua vida ser eliminada ou não, a depender da vontade da mãe do feto, por meio da prática de aborto das mais diversas formas.

Aqueles que entendem pelo não reconhecimento da vida no nascituro, e por consequência, pela legalização do aborto, definem a vida de forma utilitarista, pois concebem o nascituro como coisa, e não como pessoa dotada de direitos. Sustentam-se sob a alegação de que o nascituro não possui autonomia própria, e, portanto, depende da sua genitora para sobreviver, sendo assim extensão do corpo dela.

No entanto, esta é uma visão equivocada, que viola diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual salvaguarda todo ser humano, sem reservas, seja qual for a sua condição, mesmo que em desenvolvimento. Sabe-se que toda redução de

²⁰ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Bioética e dano pré-natal**. Revista de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 17, 1999. p 303

²¹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 97, 1988. p 183

²² CAMPOS, Diogo Leite de. **O Estatuto Jurídico do Nascituro**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999. p 223

tutela de direitos é questionável, principalmente, quando se trata de preservação da vida humana, o bem mais valioso para o Direito.

Não merece prosperar o argumento de que a autonomia é o fato definidor do que é vida, visto que além de não científico, é ilógico. Se assim o fosse, toda criança que depende dos pais para andar, falar e comer, seria passível de ter o valor da sua vida diminuída. Ou será que o ser humano dependente ou doente, seria menos vida do que aquele que está em plenas condições de se manter sozinho? Certamente que não.

Apesar da vida da mãe nutrir o nascituro, ele já é ser humano em sua autonomia biológica e única, pois sobrevive pelo seu corpo também e se desenvolve pela sua natureza, herdada e de responsabilidade de ambos os pais. É vida por autoridade biológica e moral.

O filósofo espanhol Julián Marías²³ faz uma análise antropológica do aborto, com fundamento na compreensão do homem de si mesmo, que se vê como pessoa desde o ventre da mãe. Argumenta que o ser humano não é “o quê”, mas sim “quem”, não é “algo”, mas “alguém”.

Ademais, mais grave é a desconsideração da vida do nascituro, visto que é pessoa vulnerável, incapaz de defender a si mesma. Trata-se de uma violação covarde, pois atinge o fraco sem que ele mesmo tenha direito de tomar parte da própria vida.

Muitos alegam que o aborto seria melhor para o caso de “mães pobres”, que não terão condições de dar uma vida digna para a criança, sendo assim melhor a sua não existência, ou pior, em razão da condição miserável em que viverá. Tal argumento “salta aos olhos”, pois revela um pensamento de coisificação da vida, colocando os desejos e interesses, sejam eles financeiros ou sociais, de outros, sobre o valor da vida de um ser humano, que em muito supera os desejos alheios. Visão esta desnutrida de

²³ O filósofo Julián Marías em seu artigo “La question del aborto” afirma o seguinte: “Esta visión ha de fundarse en la distinción entre «cosa» y «persona», tal como aparece en el uso de la lengua. Todo el mundo distingue, sin la menor posibilidad de confusión, entre «qué» y «quién», «algo» y «alguien», «nada» y «nadie». Si se oye un gran ruido extraño, me alarmaré y preguntaré: «¿qué pasa?» o «¿qué es eso?». Pero si oigo unos nudillos que llaman a la puerta, nunca preguntaré «¿qué es», sino «¿quién es?»”. Este trecho retrata de forma clara a compreensão que todo ser humano entende a si mesmo como pessoa, ou seja, indo de encontro com a coisificação da vida, e portanto, a prática do aborto, que seria, portanto, um assassinato. MARIÁS, Julián. “La question del aborto”, Cuadernos de bioética, nº 11, 1992.p. 48-49. Disponível em < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2719389> >. Acesso em: 17 de março de 2017.

esperança, que condena para sempre a condição de um ser humano ao fracasso, não lhe dando a liberdade de viver e construir a própria vida.

Temeroso é o fato de que intenções eugênicas se expressam por meio de ideias abortistas, visto que muitas vezes são justificadas pela qualidade do ser humano que esta sendo gerado, geralmente por possuir algum tipo de deficiência.

Na Islândia, por exemplo, o número de crianças com síndrome de down nascidas no país diminuiu drasticamente, em razão da possibilidade de constatação da trissomia 21 a partir de exame pré-natal, que juntamente com a legalização do aborto, causou uma série de abortos eugênicos, chegando ao ponto de exterminar a existência de pessoas com síndrome de down, conforme afirmou o obstetra Peter McParland em palestra no *Nacional Maternity Hospital*²⁴. Segundo relatou, nos últimos cinco anos não nascera sequer uma criança com trissomia 21, pois todas teriam sido abortadas.

Por estas razões é que se compreende pelo valor da vida do nascituro, que em sua situação vulnerável necessita da tutela especial do Direito, sendo ele vida em início de formação, mas já dotado de essência necessária para que se caracterize a sua proteção e o título de direitos que lhe são inerentes, quais sejam, o direito à vida, o direito a uma vida digna e ao bom desenvolvimento.

²⁴ Em palestra, Peter McParland, a Islândia é a primeira nação a erradicar a síndrome de down, não pela descoberta da cura, mas pela eliminação pela via do aborto, de todas as crianças portadoras de trissomia 21. Disponível em: <<https://infovaticana.com/2017/03/15/islandia-primer-pais-llevar-cabo-exito-genocidio-los-sindrome-down/>>. Acesso em: 3 de março de 2017.

3. TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica é o atributo dado ao indivíduo para que ele seja considerado pessoa inserida no ordenamento jurídico, logo, titular de direitos da personalidade, que, segundo uma visão jus positivista, é uma característica que a lei concede ao indivíduo, dando-lhe a proteção do Estado com relação aos seus direitos, sobretudo, aos que se revelam fundamentais.

Os direitos da personalidade são àqueles direitos inatos, ou seja, que surgem com a vida, assim sendo características inerentes à pessoa humana, formados em sua constituição. Estes direitos merecem a proteção e a titularidade necessária para que não sejam sobrepujados em detrimento de interesses alheios e perversidades do próprio humano, que degradam a dignidade e a vida. São direitos que em si próprios carregam a formação, como o próprio nome diz, da personalidade.

No que tange aos direitos da personalidade, defende Carlos Alberto Bittar²⁵:

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

Como se pode observar, são direitos que correspondem com a estruturação da personalidade do ser humano, características essenciais para a sua dignidade enquanto ser, bem como para a preservação, em sentido amplo, da sua vida.

As questões que se discutem são: qual o momento que se inicia a personalidade jurídica, e por consequência, a tutela dos direitos da personalidade? Em que passo ocorre a formação da pessoa humana e com ela todos os direitos que lhe são inerentes? Quando o direito deve estar presente e vivo na vida do ser humano? Por fim, e essencialmente: qual a condição jurídica do nascituro?

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 11

A resposta para essas perguntas se subdividem em três teorias: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista, que serão expostas a seguir.

3.1 Teoria Natalista

A teoria natalista é aquela segundo qual a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida. Esta teoria é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do art. 2º do Código Civil de 2002, que determina: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida;”. Para os adeptos da referida corrente, o nascituro possui mera expectativa de direito, pois ainda não é pessoa.

Sustentam com fundamento na capacidade, argumentando que o nascituro não possui a qualidade de pessoa a partir do momento em que não pode adquirir direitos e deveres. No entanto, esta ideia confunde personalidade jurídica com capacidade jurídica, o que acaba por contradizer qualquer distinção que se queira fazer desses conceitos, pois se tornam um. É cediço que esse entendimento limita o conceito de pessoa para o direito, além de que reduz a tutela jurídica do indivíduo, algo que foge à própria noção ideal de Direito, que tem como cerne salvaguardar a vida humana.

Há que se observar que o próprio Código Civil já garante direitos para o nascituro, quando resguarda desde a sua concepção o direito à herança (art. 1.798), a receber doação (art. 542), à curatela (1.779) e ao reconhecimento de filiação (art. 1.597).

O que se observa é certa controvérsia por parte dos natalistas, no sentido de não saberem definir ao certo em que posição se encontra o nascituro. Admite-se que ele não é pessoa, mas ao mesmo tempo garante-se um espectro de direito, indefinido, em razão de uma condição futura que ele adotará. Chega-se ao ponto de encontrarmos contradições nos próprios defensores desta tese, que às vezes se confundem com as

teorias e não sedimentam de forma cristalina quais as definições da teoria natalista. Vejamos o que afirma Sílvio Rodrigues²⁶, que adota a tese mencionada:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Acertadamente se referiu Flávio Tartuce²⁷ com relação à tese natalista, quando levantou o seguinte questionamento:

O grande problema da *teoria natalista* 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 expectativa de direitos.

Podemos ainda destacar, que a visão natalista é ultrapassada para a atual tendência da doutrina Civil no Brasil, pois ela entra em total contradição com a Constituição Federal, que não só garante a autoridade do princípio da dignidade da pessoa humana, como prenuncia o direito à vida para todo indivíduo, sendo-lhe garantidos direitos inerentes a sua existência.

Tal concepção é limitada, pois reduz a personalidade jurídica à capacidade de “ter”, visto que já detém o “ser”, fugindo da referida visão constitucionalista do Direito Civil, que valoriza a vida humana sobre qualquer direito patrimonial que se queira sobrepor.

Daí, não ser devida a adoção da teoria natalista presente no art. 2º do CCB/02, tendo em vista que o próprio ordenamento constitucional nega este tipo de suposição a partir do momento em que defende a vida do ser humano como direito fundamental, irrevogável, inclusive, por interesses que se comuniquem tão somente com o patrimônio.

²⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, v.1: Parte Geral. 34ª Edição Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5ª edição. São Paulo. Método. 2015. p. 77

3.2 Teoria da personalidade condicional

Para esta teoria, a personalidade jurídica começa desde a concepção com a condição de que o indivíduo nasça com vida. Considera o nascituro como titular de direitos, porém estes permanecem suspensos até que ele venha a testificar a sua personalidade, ou, como se refere Limongi França²⁸, com a consolidação da sua capacidade jurídica. Confunde-se um pouco com a teoria concepcionista, pois na prática, possui semelhanças que os enleiam, porém com a diferença fundamental do momento em que há o reconhecimento da personalidade.

O nascimento com vida é, portanto, condição suspensiva para o nascituro, que é titular de direito eventual, com base no art. 130 do Código Civil que prevê: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”, sendo ainda, de certa forma, uma expectativa de direito a ser confirmada com o advento do evento futuro, o nascimento.

Poucos são os adeptos da teoria da personalidade condicional, visto que é mais recente em relação às outras teses, e de certo modo demonstra uma fragilidade advinda da indecisão conceitual se o nascituro é ou não pessoa para o direito. Dentre os defensores da tese condicionalista, destaca-se Washington de Barros Monteiro²⁹, que afirma:

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-la e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

É de bom alvitre afirmar que a incerteza sobre o significado de nascituro resguarda um pouco de redução da dignidade do ser humano, que em sua condição de pessoa, devendo ter os seus direitos tutelados pela ordem jurídica, ficam estes suspensos

²⁸ FRANÇA, Limongi, **Manual de Direito Civil**, v.1, 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48 apud JÚNIOR, F. L. T., *Direito à vida do Nascituro*. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 38º ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2003. Pág. 64

sobre a condição de nascer com vida. Esta ideia está em desacordo com a verdadeira tutela de direitos, especialmente, quando se fala em direitos fundamentais, que devem ser resguardados a todo custo.

A tese condicionalista possui tamanha ambiguidade, que, se o indivíduo nascer com vida, esta terá os mesmos efeitos da teoria concepcionista, todavia, se o nascituro for um natimorto, terá as mesmas implicações da teoria natalista, demonstrando assim uma tentativa de equilíbrio, mas que, infelizmente, beira a contradição.

A tese em apreço não assume um posicionamento concreto sobre qual o momento em que se inicia a personalidade jurídica, pois se reconhecesse desde a concepção, atribuiria direitos concretos, e não virtuais ao nascituro. Se é pessoa, qual a razão na suspensão destes direitos? Não há justificativa que chegue a uma ideia lógica.

A referida teoria tem, na verdade, um fim patrimonialista, pois subjugava a condição humana do indivíduo ao interesse patrimonial, dando prioridade à preservação de bens materiais, em detrimento de pessoas que são os nascituros. Foge, portanto, da lógica constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

3.3 Teoria Conceptionista

Em torno de todas as teorias, largamente debatidas, nenhuma se adequa melhor à proteção da vida humana do que a teoria concepcionista. É fato que o seu conceito, *per se*, não é suficiente para finalizar a contenda existente sobre o início da personalidade jurídica, mas, a partir de uma compreensão total do sistema de normas, bem como, da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, inerentes à pessoa, podemos chegar à compreensão conclusiva de que a personalidade jurídica se inicia no momento em que há a concepção, marcando assim o início da vida para o Direito.

A teoria concepcionista defende que a personalidade jurídica tem como marco inicial a concepção, não o nascimento com vida, ficando assim resguardados os direitos personalíssimos do nascituro desde o momento em que foi fecundado no ventre da mãe.

Caminhando para a definição da teoria concepcionista, destaque-se o conceito reverberado por Silmara Chinelato³⁰:

A terceira corrente doutrinária é por nós denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da Personalidade condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como morte, para os já nascidos.

Segundo informa Chinelato, a referida teoria tem como cerne garantir aqueles direitos que são considerados fundamentais para a pessoa, ou seja, que muito além de interesses patrimoniais, condizem com a dignidade da pessoa e dialogam com questões como filiação, vida, imagem, honra, integridade física, psíquica, moral, em suma, direitos extrapatrimoniais.

Pode-se levantar o questionamento quanto à capacidade do nascituro de adquirir bens e obrigações, sendo logicamente impossível que a pessoa em formação tenha a capacidade de firmar negócio jurídico. No entanto, esta mesma lógica se aplica a crianças recém-nascidas, que em mesmas condições atuam no mundo como seres ainda em formação, como a todo ser humano, sendo inválido este questionamento, visto que resume a personalidade do indivíduo à capacidade de contrair bens materiais, o que foge ao real sentido de pessoa.

Entretanto, no que condiz aos direitos patrimoniais, muito bem aponta Silmara Chinelato³¹, que faz a distinção entre direitos patrimoniais e personalíssimos:

Segundo pensamos, o nascituro tem personalidade desde a concepção. Quanto à capacidade de direito, que não se confunde com a personalidade, apenas certos efeitos de certos direitos, ou seja, os patrimoniais materiais, dependem do nascimento com vida, como o direito de receber doação e de receber herança (legítima e testamentária). Os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida.

³⁰ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Bioética e dano pré-natal**. Revista de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 17, 1999. p 307

³¹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 97, 1988. p 184

Nesta diapasão, ficariam os direitos patrimoniais resguardados pela falta de capacidade para adquirir bens, porém, em relação aos direitos da personalidade, que se comunicam com a condição de ser da pessoa, estes já são titularizados, sendo necessários para a preservação da dignidade humana e do bom desenvolvimento do nascituro.

Destaque-se, por oportuno, a segunda parte do art. 2º do Código Civil: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O trecho legal apontado denota sinais de direitos ao nascituro, que são colocados a salvo pela lei, demonstrando o reconhecimento de direitos, e, por conseguinte, de personalidade ao nascituro. No entanto, muito mais evidencia um ponto paradoxal na lei, que ao mesmo tempo em que determina o início da personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, reconhece direitos ao nascituro, fazendo pairar a dúvida.

Pertinente, inclusive, é o argumento suscitado por Silmara Chinelato,³² no que tange à atribuição de personalidade ao nascituro: “Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade”. Em outros dizeres, se a lei põe a salvo os direitos do nascituro, reconhece, desta forma, a sua personalidade, pois se institui direitos, atribui personalidade.

Ora, se a lei reconhece o direito a reivindicar alimentos, de nomear curador, direito à herança, esta admite o nascituro como pessoa para o Direito, não havendo mera especulação, mas reconhecimento concreto da titularidade de direitos.

Tanto isto é verdade, que todo o sistema jurídico brasileiro e internacional reconhece a titularidade de direitos ao nascituro, que em sua condição humana, necessita de proteção aos seus direitos fundamentais para que se desenvolva e venha a nascer.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 7º, observamos o direito à proteção à vida e à saúde da criança, bem como sendo assegurado à gestante, no art. 8º, o atendimento pré e perinatal, que apesar de nomear direito à mãe, protege o nascituro em face de estar sendo gerado, ou seja, vida a ser preservada.

³² SILMARA, J.A. Chinelato e Almeida. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 160

Ainda é relevante o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, muito embora defina o limite do que é considerado criança em seu art. 2º, sendo até os doze anos, é omissa quanto ao início da proteção da criança, deixando à interpretação sistemática do Direito, o método hermenêutico mais adequado para o caso, a conclusão de que o nascituro já é tutelado pela legislação que não só tem caráter de garantia de direitos fundamentais, mas tem como princípio fundamental a proteção integral da criança e do adolescente, levando a crer que o protege também a criança em sua fase pré-natal.

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro traz vários dispositivos legais que garantem não só ao nascituro direitos genéricos, mas específicos à realidade jurídica em que se encontra. A título de exemplo, podemos destacar a Lei dos Alimentos Gravídicos, nº 11.804/2008 e os dispositivos do Código Civil que garantem direito à herança, curatela, e filiação.

No âmbito internacional, acentue-se o Pacto de São José da Costa Rica³³, que em seu artigo 4º, quando trata do Direito à vida, determina: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Sendo assim, a direito à vida, e, conseqüentemente, os direitos personalíssimos, merecem proteção a partir da concepção, segundo firma a convenção da qual, inclusive, o Brasil é signatário, restando tão somente considerar, por força legal, a personalidade jurídica desde a concepção.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica foi recepcionado pelo Brasil, por meio do Congresso Nacional, possuindo assim natureza supralegal, estando assim acima da legislação infraconstitucional. Logo, o Código Civil, em se tratando de hierarquia legal, se apresenta em patamar inferior ao referido tratado internacional que considera o início da vida a partir da concepção, tendo assim resoluto, do ponto de vista legal, a questão quanto à proteção do nascituro, pois estaria clarividente a personalidade jurídica desde a concepção.

³³ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 de março de 2017.

Em mesmo sentido, seguem algumas jurisprudências que se sobressaem no sentido de reconhecer a personalidade jurídica do nascituro, atribuindo a estes o direito de pleitear a investigação de paternidade, além do mais, de restituição por dano moral que sofrem ofensas à sua honra ou à sua imagem, demonstrando a tendência pela adoção da teoria concepcionista no ordenamento jurídico.

É dos clamores judiciais que se escancaram os direitos não atendidos, por meio de pleitos petitórios que se expõem as necessidades de tutela do ser humano. É por isso que, mesmo com o não reconhecimento do nascituro como sujeito de direito é que várias decisões judiciais vêm reconhecendo a possibilidade de serem representados como parte demandante, exigindo direitos que mesmo não reconhecidos em lei, lhe são inerentes, e assim, provenientes de sua própria existência, gerados pela justiça.

Esta necessidade se dá em razão de fatos que fogem à lei. Ainda que se afirme a inexistência de verdades ou o relativismo total, o fato existirá. Vida não deixará de ser vida por vontade de lei ou de ninguém que a queira definir. A verdade que é construída a partir da experiência humana, da constatação lógica da realidade, reside na existência das coisas. O que foge da realidade, o que nega a existência, é, portanto, algo falso, ilusório e mentiroso.

Por óbvio que a compreensão do que é vida perpassa por questões conceituais, que se dividem em pontos de vista. No entanto, para se chegar a um denominador comum, devemos recorrer à lógica das coisas existentes. O nascituro, desde a sua concepção possui carga genética única, formada pela união do código genético do pai e da mãe. Não haverá na história, outro ser humano com a mesma informação genética, se não aquele que foi formado naquele momento. Isto é dotado de uma singularidade que nos leva a crer que há um indivíduo desde o momento da concepção. Além disso, conforme assevera o embriologista Cipriani³⁴, imperioso é o fato de que desde a formação do zigoto, há um contínuo processo de desenvolvimento, que avança sem interrupção, sendo o próprio embrião o regulador do seu processo de desenvolvimento, tão somente recebendo da mãe os elementos necessários para o seu crescimento, de acordo com as informações contidas no embrião.

³⁴CIPRIANI, Giovanni. *O embrião humano: na fecundação, o marco da vida*. São Paulo: Paulinas, 2007. p. 21-22 apud JÚNIOR, F. L. T., *Direito à vida do Nascituro*. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

Não podemos auferir em números ou equações qual o cálculo exato para o significado do que é vida. Tão somente dotamos de pouca sabedoria científica e filosófica, até o momento, para respondermos a estas questões. O que se tenta provar neste trabalho é que, no sentir dos adeptos da teoria concepcionista, as evidências hoje existentes, e a ordem constitucional, como hoje é posta, comungam de forma mais adequada para o reconhecimento da personalidade jurídica desde o momento da concepção, pois assim se estariam garantindo direitos fundamentais ao ser humano, desde o momento em que se inicia a sua existência. Não se escusando, portanto, de compreender realmente o que se impõe pelos fatos e pela lei, que muito mais vale proteger a pessoa em sua essência, do que subjugá-la a interesses patrimoniais.

Tudo isto, leva a crer que seria mais razoável para o Direito proteger a vida humana desde a concepção, pois assim salvaguardaria a vida de forma plena, completa em seu significado. Se há um questionamento sobre quando o Direito deve iniciar a proteção dos direitos personalíssimos, ou qual o marco que encerra esta proteção, é de bom conselho o entendimento de que na dúvida, deve-se garantir a forma mais ampla de proteção de direitos. Como bem levanta Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁵, quando se referem do “Tratamento Jurídico do Nascituro”: “enfim, *in dubio pro vita*, sempre”.

3.3.1 A teoria concepcionista no ordenamento jurídico brasileiro como aplicação dos direitos fundamentais

A teoria concepcionista vem obtendo espaço no Direito Brasileiro por meio de leis que garantem o direito do nascituro, bem como por decisões judiciais que reconhecem a sua titularidade de direitos. Porém, mais importante, é o fenômeno que vem a legitimar o acolhimento da referida teoria na lei civil, que é a Constitucionalização do Direito Civil.

O nascituro, sendo entendido como pessoa por nascer, mesmo estando em fase de formação, possui natureza humana, considerado assim como pessoa. Envolvem-se,

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 330

em torno do nascituro, vários direitos que garantem o seu desenvolvimento sadio, a sua integridade física, a sua imagem, e o seu direito à vida.

Por óbvio, apesar de o Código Civil dizer expressamente adotar a teoria natalista, em seu art. 2º, não conclui qual a condição real do nascituro para o ordenamento jurídico pátrio. Ao mesmo tempo em que afirma o início da personalidade a partir do nascimento com vida, salvaguarda direitos ao nascituro, sendo este um ser incógnito, pois ao mesmo tempo em que não é pessoa, possui direitos de uma pessoa.

É uma contradição que inflama o debate, tendo em vista que faz ressoar a incerteza. Talvez, indo além, seria uma falha do Código Civil de 2002, que teve a oportunidade de exaurir este imbróglio, mas tão somente repetiu o texto do Código de 1916.

Constata-se, portanto, que a lei civil não se atualizou para responder melhor às necessidades do indivíduo, que no início da sua vida, se encontra desamparado em sua proteção, em face da não titularidade de direitos personalíssimos.

A teoria natalista, que considera a personalidade jurídica a partir do nascimento, tão somente reconhece expectativa de direito ao nascituro. Sendo incomunicável este entendimento com a defesa dos direitos fundamentais, pois nega a natureza de pessoa a quem é pessoa, lhe concedendo uma simples perspectiva de tutela do Direito, que tanto pode lhe conceder, como negar o seu direito, dubiedade esta que não condiz com a proteção da vida humana. A personalidade jurídica a partir do nascimento é a negativa grosseira dos direitos da personalidade, essenciais à dignidade da pessoa humana, na contramão da Constitucionalização do Direito Civil.

Noutra via, a teoria condicional, não obstante considerar a personalidade jurídica a partir da concepção, determina como condição suspensiva, o nascimento com vida, ou seja, coloca em cheque a condição do nascituro, em face de uma condição. Nesta senda, não corresponde, da mesma forma, com o Direito Civil-constitucional, dado que impõe condição ao reconhecimento de direitos fundamentais, não sendo este o melhor caminho para a concretização dos direitos constitucionais.

Resta o entendimento cristalino de que a teoria concepcionista se adequa melhor a uma realidade de aplicação da Constituição no Direito Civil, pois não só

reconhece a personalidade jurídica desde a concepção, mas aplica os direitos fundamentais em sua integralidade, condição *sine qua non* para que se mantenha a ordem constitucional.

3.3.2 Aplicação da teoria concepcionista por meio do controle de convencionalidade

É notória a importância dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, no que toca principalmente, os Direitos Humanos. Estes possuem importância primordial na aplicação de direitos fundamentais reconhecidos em âmbito internacional, que visam proteger não só o indivíduo, mas a humanidade como um todo. Surgem da necessidade de combater regimes, ideias e atos perniciosos, que sobrepõem o homem ao interesse alheio, que geram genocídios e exterminam direitos fundamentais.

Neste sentido, o Brasil, no cumprimento dos preceitos constitucionais, notadamente, no art. 4º, II, da CRFB/88³⁶, tem como escopo o cumprimento dos Direitos Humanos nas suas relações internacionais, que se materializam por meio de convenções entre os países que acordam pela defesa de direitos vitais para o seu humano.

Além disso, a Constituição Federal entende no §2º do art. 5º³⁷ que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os preceitos adotados pelos tratados internacionais, o que implica necessariamente em uma comunhão de princípios entre a Constituição Federal e os tratados e convenções internacionais.

Ressalte-se a inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que adicionou o §3º ao art. 5º da CRFB/88³⁸, determinando que os tratados e

³⁶ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;”

³⁷ “Art. 5º -

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³⁸ “Art. 5º -

convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos respectivos membros em dois turnos, teriam status de emenda constitucional, tendo assim vigor total sobre o ordenamento jurídico brasileiro, se posicionando no topo da pirâmide legal.

Destaque-se, para o presente trabalho, o retromencionado Pacto de São José da Costa Rica, também nomeado de Convenção Americana de Direitos Humanos, que fora ratificado para o ordenamento jurídico brasileiro em 6 de novembro de 1992, por meio de decreto, ou seja, sem qualquer tipo de votação que pudesse ensejar o quórum suficiente para adquirir status de norma constitucional. Porém, discute-se qual a natureza dos tratados de Direitos Humanos que não estão conforme o §3º do art. 5º da CRFB/88.

Sendo assim, resumidamente, existem quatro vertentes: a que entende que o tratado possui status de norma supraconstitucional, acima da Constituição; outra que entende pela igualdade entre tratados internacionais e Constituição; a interpretação de que esses tratados possuem natureza de legislação ordinária; e, enfim, o entendimento de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos tem natureza de norma supralegal, abaixo da Constituição, mas acima da lei ordinária.³⁹

Todavia, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, em sede de Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP, por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de reconhecer a supralegalidade dos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, aplicando assim o Pacto de São José da Costa Rica como norma supralegal, pela inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel, face a proibição convencionada no tratado.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto **do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> >. Acesso em: 26 de março de 2017.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto **do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> >. Acesso em: 26 de março de 2017.

Com grande acerto, relatou o Ministro Gilmar Mendes⁴⁰ em trecho do seu voto:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Nesta diapasão, a Convenção Americana de Direitos Humanos ocupa lugar especial no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição Federal, porém, acima das normas infraconstitucionais, onde se inclui o Código Civil.

É sob esta perspectiva, que se avoca a aplicação da teoria concepcionista no ordenamento brasileiro por meio dos controles de convencionalidade e de legalidade. Justamente porque a Convenção Americana de Direitos Humanos do Pacto de São José da Costa Rica, como já mencionado, em seu art. 4º prevê a proteção da vida humana desde a concepção, reafirmando a ordem constitucional pela adoção da teoria concepcionista.

Ensino pertinente quanto à aplicação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro é dado por Valério Mazzuoli⁴¹, quando se refere ao controle de convencionalidade:

[...]é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> >. Acesso em: 26 de março de 2017.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro**. 2009. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Controle-de-Convencionalidade.pdf>> Acesso em: 30 de março de 2017

O controle de convencionalidade nada mais é do que a aplicação das normas internacionais ratificadas sobre o ordenamento jurídico nacional, de modo a fazer valer a aplicação destes. Ora, não se pode conceber a ideia de que os tratados e convenções internacionais possuam um papel figurativo, mas sim que são normas com força de aplicação naqueles que em sua soberania se tornaram signatários.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por possuir caráter de norma supralegal, pode ser utilizada a título de controle de convencionalidade no sentido de tutelar os direitos da personalidade para o nascituro, em face do ordenamento internacional, da mesma forma como ocorreu com a prisão civil do depositário infiel, hoje ilegal no Brasil.

No sentido da defesa dos direitos humanos, e da ordem constitucional, deve ser acolhida a teoria concepcionista, por força supralegal, acima do Código Civil, buscando uma unidade no ordenamento jurídico brasileiro, que não pode ser outro, se não, em favor do ser humano.

4. A PROTEÇÃO DO NASCITURO E O RECONHECIMENTO DE SEUS DIREITOS DE CARÁTER EXISTENCIAL

O nascituro merece, enquanto ser dotado de natureza humana, a tutela jurídica do Direito. Não se trata de reconhecer a este direitos de toda sorte, dada a sua incapacidade jurídica de agir por si próprio, mas sim, de outorgar-lhe direitos inerentes ao ser humano, quais sejam, os direitos da personalidade.

No entanto, maior atenção merece o nascituro quando se trata de proteção dos seus direitos, visto que, por ser pessoa vulnerável, impossibilitada de se defender, não possui as condições necessárias para preservar a si mesmo. O nascituro está à mercê da voz de outros, que cientes da condição humana do ser ainda em gestação, faz valer o seu valor perante a sociedade.

Por isso, necessária se faz a sua proteção, para que com o Direito exercendo o papel de tutela da vida humana, possa reconhecer a personalidade do nascituro, face à sua condição de pessoa humana.

4.1 O direito à vida

A vida é o bem maior do ser humano, pois dela surge toda a sua existência, todo o seu valor como ser. Não diminuindo a relevância de todos os demais direitos, como a liberdade, a igualdade ou a dignidade, mas sabendo que sem vida, não há que se falar em possuir liberdade, igualdade ou dignidade para o ser humano, pois não haverá existência que possibilite tais fatos.

Sendo um fim em si mesma, a vida é a razão da qual o ser humano age na realidade, é quem faz gerar todos os demais direitos indisponíveis, que juntos formam a cadeia de direitos fundamentais a personalidade humana.

Destaque-se, dentre os direitos da personalidade, o direito à vida, como muito bem pontua Silma Mendes Berti⁴²:

A vida é o bem maior na esfera natural e na esfera jurídica. Não é uma concessão da sociedade nem uma prestação do Estado. É um bem anterior do Direito que a ordem jurídica deve integrar. Assim, a Constituição Federal e também as leis ordinárias consagram em seus textos o direito à vida como o primeiro de todos os direitos atribuídos à pessoa humana. Naturalmente desde a concepção. Direito que o Estado tem interesse em garantir, como condição de sua própria existência, por ser o indivíduo um elemento indispensável e fundamental de sua organização social e política.

A partir deste trecho, é notável a importância que a vida, como direito, exprime na *práxis* jurídica, tendo em vista que afora o formalismo jurídico, o realismo das coisas revela que o ser humano tem como bem maior a sua própria existência, sendo assim, o primeiro direito a surgir, e, portanto, a origem dos demais. Nesta senda, pelo reconhecimento da vida desde a concepção pelo Estado, poder-se-ia proteger melhor a sociedade como um todo.

No que tange à positivação do direito à vida, preconiza o art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Como podemos observar, o direito à vida é consagrado como direito fundamental, e, por conseguinte, merecedor de proteção especial pelo ordenamento jurídico desde o seu surgimento. Possui tamanha importância, que não distingue sexo, raça ou nacionalidade, mas tão somente se preocupa com a preservação do gênero humano.

Para melhor compreender o direito à vida, necessário se faz beber da fonte do direito natural, mais especificamente, dos ensinamentos de Aristóteles e São Tomás de Aquino, que bem pontuam que o direito natural parte de uma perspectiva de observação

⁴² BERTI, Silma Mendes. **O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996. p. 108

dos fatos, ou seja, pela via experimental⁴³. Essa observação, apesar de variar de sociedade para sociedade, revelando uma mutação do direito natural conforme o tempo e as coisas que se apresentam, possuem pontos em comum, que devem caminhar sempre para o melhor direito, que proteja o ser humano em sua realidade.

Apesar de sofrer duras críticas por parte dos positivistas, o direito natural, como se refere Michel Villey⁴⁴, é a condição que dá razão ao direito positivo, que para formar as suas leis, recorre à experiência do ser humano para fundamentar-se.

Longe do monismo dos positivistas jurídicos clássicos, Villey propõe uma visão dualista do Direito, que por meio da significação do direito natural, o direito positivo formaliza a lei de modo a fazer valer os direitos dos indivíduos, em principal, os fundamentais. Se não for assim, incorre-se no perigo de termos injustiças legitimadas pela lei significada pela perversidade humana, como se refere o autor:⁴⁵

Não será de surpreender que o positivismo jurídico, agora meio confundido com o positivismo jurídico de Auguste Comte ou de seus discípulos, conheça novas versões. Euclides deixou de ser seu modelo; agora, são as ciências experimentais: ciência dos “fatos sociais” que registram as flutuações da prática jurisprudencial ou da opinião pública, a poder de pesquisas sociológicas. Esse é o mais alto grau de aviltamento da arte jurídica, momento em que o direito ameaça divorciar-se absolutamente da justiça, aliando-se com o fato existente (aborto, eutanásia...). Na medida, bem pequena, da influência do ensino das “ciências do direito” sobre os juizes, esse é seu efeito. Nossas teorias gerais das fontes do direito não são inocentes.

É sob esta perspectiva que se eleva a importância do direito natural para a vida humana, pois só a partir de uma compreensão real do significado de vida é que se alcançará uma verdadeira proteção do ser humano. Daí chegar-se à compreensão de que o nascituro, sendo humano, merece a defesa da sua vida, tão combatida por conceitos que se não apresentam uma solidez jurídica, filosófica e científica, encontram apenas em fatos sociais existentes, a razão para desconsiderar a sua proteção.

Por estas razões, o nascituro merece a proteção do seu direito à vida, que em caráter fundamental, não pode ser ignorado pela mera vontade dos homens. É um valor

⁴³ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 143

⁴⁴ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 192

⁴⁵ VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política**. 1ª Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2014. p. 134/

que transpassa a autoridade da lei, pois garantido como Direito Humano, deve ser protegido pela sociedade. É direito personalíssimo, e portanto, inalienável e inegociável. Só a partir da proteção integral da vida humana, que chegaremos a uma tutela jurídica plena dos direitos da personalidade, bem como dos direitos humanos.

4.2 A aplicação da teoria concepcionista nas leis

O destaque do direito à vida, dada a sua elevada importância, o nascituro possui outros direitos, uns implícitos, e outros já reconhecidos por lei, que configuram o ordenamento jurídico no sentido de proteger a criança em gestação. Muito embora o Código Civil tenha aparentemente se alinhado à teoria natalista, conforme se depreende do teor de seu art. 2º, alguns dispositivos do próprio Código e leis esparsas denunciam a adesão da linha concepcionista no Direito brasileiro.

Destaque-se, primeiramente, que o próprio Código Civil garante direitos ao nascituro, que refletem na via patrimonial, como exemplo, o direito a receber herança, garantido pelos artigos 1.798 e 1.799⁴⁶, colocando como legitimados para a sucessão aqueles já concebidos no momento da sua abertura. Isto possui razão pelo fato de que o nascituro, já sendo compreendido como pessoa, possui o direito de receber os bens da sua família, pois já criado, desde a concepção, o vínculo sanguíneo, e na maioria dos casos, afetivo. Além disso, possui direito de receber doação, com aceitação do representante legal do nascituro, o que delega personalidade ao nascituro, que com a representação, assim como um incapaz, pode receber doação, conforme prescreve o art. 542 do CCB/02.⁴⁷

Também, no que tange aos direitos patrimoniais, alude o art. 1.779⁴⁸ da lei civil à possível nomeação de curador ao nascituro, cujo pai tenha falecido. O instituto da

⁴⁶ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. 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;

⁴⁷ Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

⁴⁸ Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

curatela tem justamente a finalidade de proteger os interesses do curatelado, que, incapaz de consumir atos na vida civil, necessita de um curador para guardar os seus bens. Isto só revela o viés da lei civil em reconhecer a existência de personalidade no nascituro, que mesmo ainda não nascido, possui direito a ter os seus protegidos.

No que se refere às leis esparsas, pontue-se a lei 11.804/08⁴⁹, que disciplina o direito a alimentos gravídicos, ou seja, na constância da gestação, com vias a garantir o bom desenvolvimento da criança que necessita do suporte financeiro do pai e da mãe para poder nascer saudável. Os alimentos são fixados com a condição de que haja “indícios de paternidade”⁵⁰.

Destaque-se que a referida lei tem como finalidade principal a proteção do nascituro e o seu bom desenvolvimento. Apesar de colocar a mãe como beneficiária, tem como beneficiado fim o nascituro, que é o verdadeiro titular do direito. Há pleno reconhecimento de direitos da personalidade à criança não nascida por meio da lei de alimentos gravídicos, pois esta tem como escopo a preservação da vida e da integridade física do nascituro que é o verdadeiro destinatário do Direito. Tanto isto é verdade, que o nascituro pode figurar como parte, sendo representada pela mãe, para requerer o benefício dos alimentos.

Há também a lei 9.434/97, que regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, assegurando em seu art. 9º, §7º⁵¹, a proibição da gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes do seu corpo vivo, para que não haja ameaça à saúde do filho gerado no ventre da mãe. Sobre este dispositivo, leciona Godinho⁵²:

Apesar de ter recorrido ao emprego da expressão “feto”, ao invés de se reportar ao nascituro, não há dúvidas de que a norma impede que a

⁴⁹Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

⁵⁰GODINHO. Adriano Marteleto. **Direito ao próprio Corpo**. 1ª Edição. Curitiba. Juruá Editora. 2015. p. 33

⁵¹ § 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

⁵²GODINHO. Adriano Marteleto. **Direito ao próprio Corpo**. 1ª Edição. Curitiba. Juruá Editora. 2015. p. 34

disponibilidade do corpo da gestante, mesmo quando a finalidade residir no nobre ato de doação de órgãos para fins de transplante, ficará limitada pelo respeito que sói ter sobre a vida e a saúde do filho.

Sendo assim, o ordenamento jurídico, por meio do dispositivo ora mencionado, reconhece o direito do nascituro de proteção à sua vida e à sua integridade física, pois veda à gestante a possibilidade de dispor sobre o seu corpo, em vista do interesse do nascituro, que em sendo pessoa também, merece amparo nos seus direitos personalíssimos.

Ainda, para reforço de tese, enfatize-se a possibilidade de ocorrência de dano pré-natal, ou seja, de ofensa aos direitos da personalidade do nascituro, gerando desta forma, dever de reparação por estes eventuais danos. Ressalte-se a possibilidade, reconhecida na jurisprudência de reparação por danos à honra da criança não nascida, que será melhor tratado no próximo tópico.

Nota-se, que explicitamente e entrelinhas, o sistema legal brasileiro considera necessária a proteção do nascituro, não só em razão da sua vulnerabilidade, que exige maior proteção do direito, mas por possuir natureza de vida humana, e, portanto, caráter de pessoa para o direito.

4.3 Decisões judiciais em favor da tutela do nascituro

As decisões judiciais, muito além de possuírem a incumbência de cumprir a lei, têm a qualidade de fonte do Direito, e portanto, produzem novas perspectivas retiradas da interpretação do ordenamento jurídico, notadamente, em respeito à lógica sistêmica das leis. Jurisprudências que fujam ao Direito, natural e positivo, vão de encontro aos direitos fundamentais do ser humano, que devem ser sempre o cerne dos arbítrios dos juízes e tribunais.

Em se tratando de direitos da personalidade, grande destaque possuem os casos em que se discute o reconhecimento ou não da personalidade da pessoa ainda que está por nascer, dado ao imbróglio existente sobre qual o momento em que se inicia a

personalidade jurídica, bem como pela importância dos direitos personalíssimos, que não podem ser usurpados daqueles que são pessoas de fato, mesmo que não reconhecidas pelo Direito.

Sucedese, na jurisprudência brasileira, uma série de decisões judiciais que reconhecem a personalidade jurídica do nascituro, adotando, desta forma, a teoria concepcionista, com base, inclusive, no próprio ordenamento jurídico brasileiro, que de forma contraditória, declara aderir à teoria natalista.

Ocorre que, face à necessidade de proteção ao nascituro, inúmeros pleitos são provocados no judiciário com o intento de tutelar direitos à pessoa que mesmo não nascida, já possui características que lhe delegam direitos fundamentais. A exemplo do direito à vida, à integridade física, ao nome, à imagem, e ainda, à reparação por danos à honra do não nascido.

Antes de tecer análises sobre decisões proferidas em favor do nascituro, pertinente se faz destacar a capacidade postulatória da criança não nascida.

Apesar de, pela leitura literal que se faça do art. 2º do CCB/02, conclua-se pelo não reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, é inegável o fato de que o próprio dispositivo referido lhe confere direitos, o que bota em cheque a questão da sua capacidade postulatória. Entendem os tribunais e parte da doutrina, que a criança não nascida, por ter direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, tem, por conseguinte, capacidade para postular em juízo, pois se lhe é garantido o direito material, também deve ser garantido o direito processual para que se possa fazer cumprir os ditames legais em seu favor. Por óbvio, esta postulação será feita mediante representação, visto a incapacidade civil de agir por si próprio, da mesma forma que a criança nascida.

Neste sentido, em julgamento emblemático do caso Wanessa Camargo e Rafinha Bastos, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de reconhecer a capacidade postulatória do nascituro, onde se depreende do acórdão do tribunal paulista⁵³:

⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Voto do Ministro Relator Marco Buzzi no Recurso Especial nº 1.487.049 – SP.** Recorrente: Rafael Bastos Hoczman. Recorridos: Marcos Buaiz e Wanessa Godoi Camargo Buaiz. Relator: Marco Buzzi. Disponível em:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA - NASCITURO - ILEGITIMIDADE ATIVA –Inocorrência -Inteligência do art. 2º, do CC - Capacidade ativa, de ser parte; estar em juízo - Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial.

No caso referido, o humorista afirmou no programa CQC, da emissora Band, que faria relações sexuais com a atriz e com o nascituro juntos, seguidos de repetidas piadas nas redes sociais com o nascituro e a atriz, levando assim à responsabilização por dano à honra da atriz, do nascituro e do marido da atriz, no importe de R\$ 150.000,00, sendo R\$ 50.000,00 para José Marcus, ainda não nascido à época da propositura da ação.

Anote-se o reconhecimento dos direitos personalíssimos do nascituro no Superior Tribunal de Justiça, que consolidou sua jurisprudência no sentido de garantir reparação por danos advindos de violação a direitos da personalidade, caminhando assim pela aplicação da teoria concepcionista.

No que tange ao direito à vida, importante decisão foi proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, garantindo o seguro DPVAT por morte de nascituro em razão de acidente de trânsito⁵⁴:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI N. 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 n. 6.194/74 (arts. 3.º e 4.º).

5 – Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido

<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 5 de abril de 2017.

⁵⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1120676/SC**. Recorrente: Nivaldo da Silva e outro. Recorrido: Liberty Seguros S/A. Relator: Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-resp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 06 de abril de 2017.

Conforme se depreende do acórdão mencionado, fica reconhecida a proteção da vida do nascituro desde à concepção, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o que confirma a titularidade de personalidade jurídica à criança não nascida, sendo da mesma forma como um ser nascido, considerado morte por acidente de trânsito, que gera dores em mesma proporções aos familiares, que já reconhecem a vida da criança ainda em gestação. Tal entendimento foi sedimentado pela publicação do Informativo nº 547.⁵⁵

Insta destacar interessante caso de ação judicial em favor da vida embrionária de duas fecundações *in vitro* feitas pela atriz “hollywoodiana”, estrela da série *Modern Family*, Sofia Vergara e o seu ex-noivo, Nick Loeb. A ação foi promovida pelos dois embriões já titulares de nome, inclusive, Emma e Isabella, ambas congeladas em laboratório. Pleiteiam, com representação do pai, a possibilidade de serem geradas em “barriga de aluguel”, no entanto, existe um contrato entre Vergara e Loeb que só permite a disposição dos embriões com o acordo mútuo entre eles.⁵⁶

No que se refere o direito à reparação por danos morais, percebe-se jurisprudência já consolidada nos tribunais por todo o Brasil, sendo cediço o entendimento pela possibilidade de dano à honra do nascituro. Merece proeminência o acórdão de ordem do Superior Tribunal de Justiça, que adotou explicitamente a teoria concepcionista para aplicação de direitos ao nascituro⁵⁷:

⁵⁵ No que toca essa matéria, o Superior Tribunal de Justiça emitiu Informativo de nº 547 reconhecendo a natureza de pessoa ao nascituro, e, portanto, em caso de aborto provocado por acidente de trânsito, assiste direito à gestante de receber danos morais pela perda do filho que estava sendo gerado. Importante raciocínio se depreende do referido Informativo:

“É o caso do art. 6º do CC, o qual afirma que a existência da pessoa natural termina com a morte, e do art. 45, *caput*, da mesma lei, segundo o qual. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Essa circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à existência da pessoa natural. Se, por um lado, não há uma afirmação expressa sobre quando ela se inicia, por outro lado, não se pode considerá-la iniciada tão somente com o nascimento com vida. Ademais, do direito penal é que a condição de pessoa viva do nascituro embora não nascida é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a crimes contra a pessoa e especificamente no capítulo dos crimes contra a vida. Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”

⁵⁶ Disponível em: < http://www.theadvocate.com/new_orleans/news/courts/article_2cefaa72-0047-11e7-a8c9-f786595e9610.html> Acesso em: 6 de abril de 2017.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 150.297 – DF. Recorrente: Guarany Transportes e Turismo LTDA. Recorrido: B W DA S C, representado por M M DA SC. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em:

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

1. Considerando o dano moral como a lesão a direito da personalidade, deve-se admitir a caracterização de dano moral em relação ao nascituro, pois, além de seus direitos estarem resguardados (art. 2º, do CC/2002), à luz da teoria concepcionista, é o nascituro sujeito de direito. Precedentes do e. STJ.

2. Sendo devida pensão por danos morais no importe de 2/3 (dois terços) sobre o valor da remuneração da vítima, tendo em vista a presunção de que 1/3 (um terço) dirige-se aos gastos pessoais do falecido, deve-se deduzir a parcela já percebida pela viúva, para fins de se obter o percentual cabível à filha da vítima.[...]

Em razão do nascituro ter perdido o pai em acidente provocado, não só lhe foi conferido direito à reparação por danos materiais, pela sua ausência para o sustento, mas também a dor emocional de experimentar uma vida sem a figura do pai, o que lhe outorgou reparação por danos à sua honra.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, apesar de recentes decisões controversas em desfavor do nascituro, possui entendimento pela proteção do nascituro, com relação a sua integridade física, e da gestante, para reconhecer estabilidade provisória à empregada gestante, com fundamento no artigo VI da Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT de nº 103/1952.⁵⁸

Importante relevância na jurisprudência brasileira é o reconhecimento em sede de decisões judiciais do direito de reconhecimento de filiação do nascituro por meio de ação de investigação de paternidade, com notoriedade para decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito da criança não nascida de ter material genético coletado da mãe para que fosse feito exame de DNA, decisão citada pelos autores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves⁵⁹, nos seguintes termos:

reclamação.Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF... Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda...

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=39377706&num_registro=201302827340&data=20141006&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 7 de abril de 2017.

⁵⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.093**. Agravante: União. Agravado: Margarete Maria de Lima. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE634093.pdf>>. Acesso em: 9 de abril de 2017.

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 326

Por fim, referende-se o Enunciado nº 01 da I Jornada de Direito Civil, que determina o seguinte: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.”⁶⁰ Tal enunciado reconhece a existência de pessoa em tempo anterior ao nascimento, pois ao atribuir direitos da personalidade à criança que nasceu morta, só pode ter considerado a vigência de personalidade jurídica em momento anterior ao nascimento, quando esteve viva, o que demonstra certa adesão à teoria concepcionista.

Neste prisma, observa-se que a jurisprudência brasileira caminha pela aplicação da teoria concepcionista, justamente em razão do anseio humano de, em existindo direitos, defendê-los, mesmo que não expressos na lei. Isto é, ainda que formalmente o ordenamento jurídico brasileiro adote a teoria natalista, dispositivos e a interpretação constitucional, notadamente, no que se refere à dignidade humana e o direito à vida do ser humano, há a necessidade de tutelar os direitos da criança não nascida.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 329

5. CONCLUSÃO

O nascituro que possui características necessárias para ser dotado de vida humana merece a proteção do Direito. Mais especificamente, no que toca aos direitos fundamentais, especial tratamento deve ser dado às crianças que ainda vão nascer, pois em suas condições de vulnerabilidade, precisam de um maior amparo da lei no que tange a sua própria preservação.

O ordenamento constitucional, que coloca a Constituição Federal como fonte de interpretação de todo o direito, tem como cerne da sua lógica jurídica a proteção da pessoa humana, seja qual for a sua condição. Independentemente da fase em que está vivendo, seja início, meio ou fim da vida, bem como, qual seja a sua raça, sexo, condição física e condição financeira, será visto de forma isonômica para o Direito, não devendo haver diferenciação quanto à preservação dos seus direitos fundamentais.

Destaque-se que a teoria concepcionista é a única que consegue alcançar plenamente a compreensão de valorização da vida humana, pois coloca em primeiro lugar a preservação dos direitos da personalidade acima de qualquer outro interesse, principalmente se este for patrimonial. É a única tese que se alinha à lógica contemporânea de valorização da dignidade da pessoa humana, pois coloca a pessoa no centro do Direito, sendo a sua existência o mais importante valor a ser preservado.

O direito natural, que entende o direito por meio de uma visão das coisas como elas são, dá significado as leis, de modo que é a fonte para a produção destas. Sabendo que o próprio ser humano valoriza sua vida, pois possui o extinto natural para isso, entende-se pela colocação do direito à vida como um valor inerente à própria existência do indivíduo. A teoria concepcionista é quem abarca esta realidade, pois busca na compreensão dos direitos existenciais do indivíduo, o amparo para o ser humano desde a sua concepção, momento em que faz surgir uma nova pessoa, mesmo que ainda em formação.

Partindo para uma visão estritamente legal, o próprio ordenamento jurídico, e da mesma forma, a jurisprudência brasileira, aderem à proteção do nascituro, reconhecendo-lhe os direitos da personalidade, face a sua condição de pessoa,

reconhecida com base na teoria concepcionista, como foi demonstrado nos capítulos anteriores.

A exemplo disso, destaque-se as inúmeras decisões judiciais, que antes da lei, reconhecem direitos fundamentais à criança não nascida. Garantindo-lhe proteção à sua vida, integridade física, honra, imagem, nome e filiação, sendo todos estes compreendidos como direitos da personalidade, outorgados apenas para quem é pessoa.

Conclui-se, da tese assumida, que urge a necessidade de reforma no ordenamento jurídico brasileiro, para que de forma explícita se posicione em favor do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, e haja a tutela jurídica dos direitos personalíssimos da criança não nascida, de forma a lhe garantir o bom desenvolvimento intrauterino, e por conseguinte, o nascimento com vida de forma digna.

A reforma legal é salutar no sentido de que não se relegue a condição do nascituro à incerteza legal, que gera insegurança, e subsequentemente, causando injustiça.

É imperioso perceber que a vida da mesma forma que, na velhice possui a fragilidade de um homem idoso, incapaz muitas vezes de agir por si próprio, e de defender-se, na gestação, o nascituro também carrega uma fragilidade peculiar, necessitada de proteção, de um olhar especial do Direito, que muito além da letra fria da lei, deve se estruturar para propiciar a toda vida humana, a possibilidade de viver, e viver dignamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e dano pré-natal. Revista de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 17, 1999.

_____, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 97, 1988.

_____, Silmara Juny de Abreu Chinelato. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva. 2000.

ARISTÓTELES. Metafísica. São Paulo. Abril S.A. Cultural, 1984. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

_____. Sobre a Alma. Lisboa. Biblioteca de Autores Clássicos. 2010. p.61-62. Disponível em <<http://www.obrasdearistoteles.net/files/volumes/0000000031.pdf>> . Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais, 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>> Acesso em: 4 de março de 2017.

BERTI, Silma Mendes. **O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 11

BRASIL, **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 de Novembro de 2016.

_____, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 de novembro 2016.

_____, **Lei 11.804**, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

_____, República Federativa do. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro 2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Voto do Ministro Relator Marco Buzzi no Recurso Especial nº 1.487.049 – SP. Recorrente: Rafael Bastos Hoczman. Recorridos: Marcos Buaiz e Wanessa Godoi Camargo Buaiz. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 5 de abril de 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.093. Agravante: União. Agravado: Margarete Maria de Lima. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE634093.pdf>>. Acesso em: 9 de abril de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 150.297 – DF. Recorrente: Guarany Transportes e Turismo LTDA. Recorrido: B W DA S C, representado por M M DA SC. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=39377706&num_registro=201302827340&data=20141006&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 7 de abril de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1120676/SC. Recorrente: Nivaldo da Silva e outro. Recorrido: Liberty Seguros S/A. Relator: Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-resp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 06 de abril de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano

Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto Jurídico do Nascituro. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999.

CARVALHO, Olavo de, O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota/ Olavo de Carvalho; organização Felipe Moura Brasil – 5. Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2013.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. Revista de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 1999.

CIPRIANI, Giovanni. *O embrião humano: na fecundação, o marco da vida*. São Paulo: Paulinas, 2007. p. 21-22 apud JÚNIOR, F. L. T., *Direito à vida do Nascituro*. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

Disponível em:
<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 12 de março de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANÇA, Limongi, *Manual de Direito Civil*, v.1, 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48

GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio Corpo. 1ª Edição. Curitiba. Juruá Editora. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. — 10. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

JÚNIOR, F. L. T., Direito à vida do Nascituro. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MARIÁS, Julián. “La question del aborto”, Cuadernos de bioética, nº 11, 1992.p. 48-49. Disponível em < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2719389> >. Acesso em: 17 de março de 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. 2009. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Controle-de-Convencionalidade.pdf>> Acesso em: 30 de março de 2017

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. 38º ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais, v. I. Coimbra: Almedina, 2007.

RIBEIRO, Barbosa Thais et BOLPATO, Marieli Basso. Aborto provocado: consequências físicas, psicológicas e as implicações para a assistência de enfermagem. Interdisciplinar: Revista Eletrônica da Univar. n.9. 2013. p. 139. Disponível em:<<http://www.univar.edu.br/revista/index.php/interdisciplinar/article/view/69>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.1: Parte Geral. 34ª Edição Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5ª edição. São Paulo. Método. 2015.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento Jurídico Moderno.

VILLEY, Michel. Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política. 1ª Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2014.