

O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL E A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

THE BEGINING OF THE LEGAL PERSONALITY OF NATURAL PERSON AND
THE FETUS JURIDICAL SITUATION IN THE BRAZILIAN CIVIL LAW

Giovanni Comodaro Ferreira¹

Pablo Pavoni²

RESUMO

Este trabalho buscou, com utilização de pesquisas bibliográficas, estabelecer o marco temporal a partir do qual fosse possível determinar o aparecimento da personalidade jurídica das pessoas naturais e a presença, por conseguinte, dos direitos que lhe são intrínsecos. A despeito de se dizer, em uma passada de olhos, não ser relevante o tema, o estudo dessas nuances leva o leitor a ponderar o momento em que surge a vida e, conseqüentemente, a entender temas com grande relevância e discussão no universo jurídico – como, por exemplo, o aborto de fetos com anencefalia, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal. Após, passa-se à análise das teorias que, na atualidade, cuidam de estabelecer o momento em que a personalidade jurídica se afigura nas pessoas. A conclusão, em tendência mais evolutiva, aponta para a adoção, pelo nosso ordenamento jurídico, da Teoria concepcionista, refutando a teoria clássica – a Natalista –, pela qual a personalidade jurídica apenas se apresentaria após o nascimento com vida.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Pessoa natural. Nascituro. Teoria concepcionista.

ABSTRACT

This work craved, using bibliographical research, set the moment from which was possible to determine the appearing of the legal personality of natural people and the presence, therefore, of the rights that are intrinsic. Despite to say, in a quick view, do not be relevant the theme, the study of these particularities induces the reader to ponder the instant when appears the life and, consequently, to understand themes with important relevance e discussion in the legal universe – how, for example, the abortion of fetuses with anencephaly, as decided the Supreme Federal Tribunal. After, will be analyzed the theories that, nowadays, care for establish the time when the personality appears in the people. The conclusion, in a tendency more evolutionary, indicates to the adoption, by our legal system, the Conceptionist Theory, refuting the classical theory – the Natalist –, by which the legal personality only will be present after the born with life.

¹Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professor do Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). E-mail: gicofe@yahoo.com.br

²Advogado. E-mail: pablo@ppcadogados.com.br.

Keywords: Legal personality. Natural person. Fetus. Conceptionist theory.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo principal o estudo do instituto de Direito Civil denominado de personalidade jurídica da pessoa natural e a condição jurídica do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, o tema será explorado em capítulos que se seguem, divididos, basicamente, para apresentação do conceito e das linhas gerais do instituto, com apresentação de panorama geral do instituto no ordenamento jurídico vigente em nosso país, e, posteriormente, a temática será profundamente investigada, com exposição das teorias criadas pela doutrina a seu respeito, defensoras de marcos temporais diversos no que diz respeito ao surgimento da personalidade jurídica.

Ao final, será apresentada a conclusão do trabalho e a adoção do pensamento que se encontra em consonância com o atual desenvolvimento social, tecnológico e jurídico, estabelecendo-se, ao menos de maneira segura, o termo “*a quo*” do desabrochar do instituto.

O início da personalidade jurídica da pessoa natural tem seu estudo justificado, devendo ser averiguado de maneira mais profunda em razão da divergência de entendimentos que pairam sobre o atual ordenamento jurídico nacional, tanto no entendimento daqueles que escrevem e militam na área do Direito Civil quanto na compreensão do tema pelos tribunais, inclusive pelas mais Altas Cortes deste país.

Mas não é só, além da necessidade de solidificação do entendimento jurisprudencial, conferindo, por conseguinte, maior segurança jurídica àqueles que se submetem aos ditames da ordem jurídica brasileira, o exame do assunto, em que pese não parecer refletir de maneira palpável nas relações quotidianas estabelecidas em sociedade, como o faz outros grandes temas do Direito, tem grande aplicabilidade porque somente às pessoas essa característica – personalidade – é atribuída, a qual representa a aptidão, ainda que genérica, para adquirir direitos e assumir deveres (DINIZ, 2010).

Estando, portanto, ligada à possibilidade, ainda que genérica, de conferir à pessoa direitos e lhe impor deveres, a precisão de seu termo inicial se mostra absolutamente relevante e, com certeza, influenciará em diversos temas ligados à área do Direito e, em especial, ao Direito civil.

Assim, têm-se por justificado seu objeto, a elaboração do referido trabalho se pautará, basicamente, em pesquisa bibliográfica, com utilização de método indutivo, segundo o qual, utilizando-se de premissas particulares, busca atingir uma fórmula geral, que poderá se aplicar a todos os casos; lógico, pelo qual procura-se uma afirmação utilizando-se o raciocínio em si; e sistemático, com a utilização, no ordenamento jurídico, das regras relacionadas ao instituto, visando-se, com isso, sua melhor interpretação.

Com isso, almeja-se alcançar e definir o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural, o que decorrerá da adoção de uma das duas teorias doutrinárias mais aceitas pelos estudiosos da área, a concepcionista ou a natalista, ou, ainda e se for o caso, da formulação de nova teoria que seja capaz de demarcar o marco temporal a partir do qual a personalidade já estará presente na pessoa natural.

2 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Conceito de personalidade jurídica

A Lei n. 10.406/2002 – intitulada de Código Civil, em seu Livro I, Título I, Capítulo I, ao tratar da personalidade jurídica e da capacidade das pessoas naturais, proclama, em seu artigo 1º, que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”, estatuinto, desse modo, que somente às pessoas, naturais e jurídicas (também denominadas de pessoas morais, caracterizadas pela reunião de pessoas ou pelo conjunto de bens para uma finalidade específica), foi conferida a qualidade de sujeito de direitos e deveres no mundo jurídico.

Na visão de Pontes de Miranda, a personalidade jurídica, atributo conferido somente às pessoas que se enquadrem como sujeito de direitos (ou seja, àquelas que titularizam direitos e se tornam responsáveis por eventuais deveres contraídos), está fortemente ligada à capacidade de direito, entendendo o autor se tratarem de termos equivalentes:

[...] pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. (MIRANDA, 1971, p. 155).

Esclarece, ainda, Miranda (1971, p. 187) que nem toda pessoa é necessariamente sujeito de direitos, a não ser daqueles que decorram diretamente de sua própria existência,

uma vez que ser pessoa é fato jurídico (ou seja, um acontecimento mundano que tem repercussão no universo jurídico), que recebe tratamento relevante a partir de seu nascimento, enquanto que a introdução de outros direitos em sua esfera jurídica não decorre automaticamente do nascimento e, por isso, “o ser sujeito de direito é *entrar* no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas, como um dos termos delas.”.

Prosseguindo na análise do tratamento da personalidade jurídica da pessoa natural pela lei brasileira, Miranda (1971), se reportando ao Código Civil anterior e já revogado, prega que a capacidade de direitos foi conferida a todos os homens indistintamente, na forma do artigo 2º, como decorrência do princípio da capacidade total de direitos, segundo o qual não há incapacidade de direito, no direito privado, por motivos de ordem política, filosófica ou, ainda, de religião, nem se mostra essencial à capacidade de direitos que o sujeito, ao adquiri-los, os conserve, todavia, para que essa isonomia de direitos conferida por tal princípio seja afastada, enfatiza o autor a necessidade de haver mandamento constitucional autorizador.

A personalidade jurídica, em sua concepção clássica, como bem ensina Lisboa (2012, p. 351), pode ser conceituada como a “capacidade de direito ou de gozo da pessoa”, que, a partir de então, titulariza direitos e obrigações decorrentes da própria existência humana, mostrando-se dispensável a presença de qualquer grau de consciência para tanto, uma vez que esse requisito se destina a outra capacidade, a de fato, exigida para a prática de atos na vida civil.

Prosseguindo na conceituação do instituto da personalidade para o Direito civil, expõe Tartuete (2014, p. 301) que:

[...] essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social.

Esclarecendo que “a todo direito deve corresponder um sujeito, uma pessoa, que detém a sua titularidade” (TARTUETE, 2014, p. 299), de modo que aos animais, considerados semoventes, e demais seres inanimados não a possuem, por serem vistos como objetos de direito, isto é, coisas sobre as quais o direito de alguém recai.

Na mesma linha, podem ser destacadas as lições de Carlos Roberto Gonçalves que, ao analisar a temática, explica que a personalidade jurídica está intimamente ligada à pessoa, a qual é o “conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade”(VALLADÃO, 1977 apud GONÇALVES, 2013, p. 121), sendo excluídos de tal

conceito os animais, por serem considerados objetos de direito, e, portanto, desprovidos de personalidade jurídica (a qual somente é conferida aos sujeitos de direito, pessoas naturais ou jurídicas), e as entidades místicas.

Orlando Gomes, por sua vez, conceitua o instituto como sendo um atributo jurídico, caracterizado por um conjunto de regras destinadas à regulação de sua atividade jurídica e suas limitações, conferido a todos os homens para que atuem em sociedade, exigindo direitos e cumprindo seus deveres (2010).

Pereira (2009, p. 181-182) registra, no que tange à personalidade das pessoas naturais, que essa possui estreita relação com a pessoa (considerada como ser humano), sendo que, na atualidade, “o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º).”.

Complementa tal entendimento, ao pronunciar que, por o homem ser o sujeito das relações jurídicas estabelecidas em sociedade, sendo-lhe a personalidade reconhecida pela lei, todo homem, sem qualquer distinção, é detentor de personalidade (PEREIRA, 2009).

Para tanto, aduz que o instituto não depende, como condição para sua aquisição,

[...] da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável. (PEREIRA, 2009, p. 182).

Finaliza, ao estatuir que,

[...] se a todo homem, e aos entes morais por ele criados, a ordem jurídica concede personalidade, não a confere, porém, a outros seres vivos. É certo que a lei protege as coisas inanimadas, porém em atenção ao homem que delas desfruta. Certo também que os *animais* são defendidos de maus-tratos, que a lei proíbe, como interdiz também a caça na época da cria. Mas não são, por isso, portadores de personalidade, nem têm um *direito* a tal ou qual tratamento, o qual lhes é dispensado em razão de sua utilidade para o homem [...]. (PEREIRA, 2009, p. 183).

Convém anotar, como complementação das ideias acima expostas, que, por a personalidade ter sua medida na capacidade, cujo reconhecimento o alcança todas as pessoas, o artigo 1º do Código Civil deve ser interpretado de forma extensiva a todo ser humano, sem quaisquer distinções (de sexo, de idade, de coloração dérmica etc.), inclusive por se tratar de mandamento constitucional, insculpido no princípio da isonomia civil e, desse modo, aplicável aos estrangeiros, conferindo-lhes os mesmos direitos que o são aos brasileiros, ressalvados os casos em que a ordem pública e o interesse nacional vedarem a referida equiparação constitucional (DINIZ, 2010).

Importante ressaltar o ensinamento de Wald (2011) no sentido de que, apesar de atualmente, em nosso ordenamento jurídico ser conferida a toda pessoa capacidade de direitos e deveres (isto é, a personalidade), lembra o autor que nem sempre, em todos os ordenamentos jurídicos, foi dessa forma, como, por exemplo, no direito romano, onde o escravo era, em primeiro momento, considerado objeto de direito.

Ademais, em determinadas eras e países, aos estrangeiros também não eram reconhecidos os direitos de personalidade conferidos aos nacionais, por aqueles serem considerados inimigos da pátria, todavia esse pensamento foi paulatinamente modificado e a capacidade de direitos, pouco a pouco, foi outorgada aos estrangeiros (WALD, 2011).

Confirma o autor que esse entendimento tem como fundamento o postulado da *reciprocidade*, vigente em códigos do séc. XIX, pelo qual

[...] os estrangeiros só gozavam, em determinado país, dos direitos que os nacionais do mencionado país pudessem gozar no Estado de origem do estrangeiro. Assim, por exemplo, os alemães só gozariam na França dos direitos que os franceses teriam na Alemanha.(WALD, 2011, p. 169-170).

Embora em consonância com os posicionamentos acima delineados, mostra-se necessário registrar, por fim, o entendimento de Azevedo(2012), acerca do instituto da personalidade jurídica das pessoas naturais, segundo o qual a personalidade é uma situação intrínseca à pessoa e que a acompanha por toda a vida, conferida, modernamente, aos seres humanos, garantindo-lhes contra qualquer espécie de discriminação em razão de características pessoais, proteção que não ocorria no mundo antigo, inclusive no Brasil no período escravocrata, época na qual era negada aos escravos a condição de sujeitos de direitos.

Após a sua conceituação, faz-se, a partir de agora, breve análise evolucionária do instituto para, posteriormente, estudar esmiuçadamente as teorias incumbidas de definir o momento no qual pode-se dizer estar presente a personalidade jurídica na pessoas naturais.

2.2 Linhas gerais do instituto

O legislador civil de 2002, ao redigir o artigo 2º do Código Civil em vigor, conferiu a todas as pessoas a qualidade de sujeito de direitos, resguardando, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro.

Observe-se a explicação de Lisboa (2012, p. 351-352):

Muito embora tão somente a pessoa física e a pessoa jurídica tenham personalidade, a lei assegura a proteção do nascituro, desde a concepção. Desse modo, outorgam-se-lhe direitos personalíssimos compatíveis com a situação do ser humano em desenvolvimento no útero materno.

Entenderam os parlamentares, naquela ocasião, que a proteção ao ser humano não deveria, apenas, incidir em sua esfera patrimonial, mas, principalmente, sobre seu plano existencial, protegendo a sua essência, o que os levou a criar, dentro do citado código, um capítulo destinado aos direitos de personalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Ensina Venosa (2011), fundamentando seu pensamento nas Escolas do Direito natural, que existem direitos que recebem a denominação de personalíssimos pelo fato de recaírem sobre bens que não possuem matéria ou corpo, circunstância que os insere nos direitos relativos à personalidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, Rodrigues (2003, p. 61) expõe que:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos de personalidade.

O mesmo entendimento é arrazoado por Gonçalves (2013, p. 272), ao esclarecer que:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade [...].

Monteiro e Pinto (2009) não divergem da opinião desses grandes estudiosos do Direito, citando obra de Rui Stoco (2004), revelam que os direitos atinentes à personalidade são manifestações do Direito natural e, por via de consequência, são precedentes a qualquer ordem jurídica posta, uma vez que são anteriores a qualquer forma de positivação, o que os leva à conclusão de que são inatos à pessoa e por ela existem.

Acrescenta Venosa (CHAVES, 1982, p. 491 apud VENOSA, 2011, p. 170), em harmonia com o que pensa Gonçalves (2013), que os direitos de personalidade (também chamados de personalíssimos) relacionam-se com o Direito natural, no sentido de que representam “o mínimo exigido do conteúdo da própria personalidade”, diferenciando-se dos direitos apropriáveis economicamente porque esses são de natureza secundária, no sentido de que, apenas após serem afrontados, repercutirão no mundo jurídico, obrigando o transgressor à reparação pecuniária, enquanto que aqueles, caso lesados, importarão em ofensa moral, ou seja, ofensa à própria personalidade, obrigando o violador ao pagamento de dano moral.

Fazendo breve digressão no tempo, ensina Amaral (2008) que o surgimento da defesa dos direitos de personalidade remonta à existência da civilização oriental, notadamente a que se desenvolveu às margens do Mediterrâneo, tendo desenvolvimento com a edição do Código de Hamurabi, que estabelecia punições àqueles que afetassem a integridade física ou moral de outrem.

Passando para o estudo do Direito grego, especialmente no que tange à filosofia, relata o autor (AMARAL, 2008) que, apesar de o ordenamento jurídico grego ter sido o responsável por arquitetar, mesmo que em linhas gerais, o que atualmente conhecemos como pessoa, foi a filosofia daquele período a responsável para a evolução do tema, especialmente pelo surgimento de duas teorias sobre os direitos de personalidade, quais sejam: o Direito natural, que pregava a existência de ordens advindas da natureza que deveriam repercutir no mundo jurídico, e o Direito positivo, que consistia na atividade do homem de desenvolvimento de normas escritas. É na primeira teoria (isto é, na do Direito natural) que se encontra o ponto de partida para o desenvolvimento de um direito humano.

Corroborando esse entendimento, tem-se os esclarecimentos de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 191):

A filosofia grega, no desenvolvimento da teoria do *direito natural*, expressão ideal dos valores morais como ordem superior ao *direito positivo*, contribuiu sobremaneira para a compreensão da existência de direitos inatos à personalidade humana.

Adiciona Amaral (2008) que a proteção dos direitos humanos sofreu evolução na época Cristã, mas foi no Direito romano que se desenvolveu a defesa jurídica dos direitos personalíssimos da pessoa, por meio da *actio iniuriarum* (que protegia, em linhas gerais, aquele que sofresse violação à sua integridade física e moral e ao seu domicílio), bem ainda por meio de normas estabelecidas na *Lex aquilia* e na *Lex Cornelia*.

Ato contínuo, doutrina (AMARAL, 2008, p. 289-290) que, apesar de na Idade Média ter se desenvolvido algumas garantias para proteção dos necessitados contra violação de seus direitos, foi com o Renascimento, com o Humanismo e com o Iluminismo que a pessoa passou a ser admitida como a razão da elaboração do Direito, sendo certo que, a partir de então, “se desenvolve a teoria dos direitos subjetivos como tutela dos interesses e dos valores fundamentais da pessoa, admitindo-se como objeto desses direitos, a própria pessoa humana [...]”.

Encerrando essa análise histórica da tutela dos direitos da personalidade, noticia Gonçalves (2013) que esses direitos, com a mesma roupagem que os confere a atualidade (ou seja, como casta de direitos subjetivos), tem, como ponto de partida, a promulgação das

Declarações de Direitos do Homem, nos anos de 1789 e 1948, e, posteriormente, a Convenção Europeia, datada de 1950, sendo evidente, conforme arrazoa Amaral (2008, p. 289-290), “[...] ser essa categoria de direitos subjetivos verdadeira conquista da ciência jurídica moderna, encontrando sua positivação mais perfeita no direito italiano e no direito português.”.

Renomados doutrinadores (MONTEIRO; PINTO, 2012, p. 106) comungam desse ponto de vista, ao historiarem que:

O respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX, especialmente nas duas últimas décadas, quando os valores próprios de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados às mais diversas legislações. Nunca se procurou tanto preservá-los e fazê-los valer como exteriorização da dignidade humana e a higidez física.

A despeito da evolução histórica no tratamento global do instituto, critica Gonçalves (2013, p. 243-244) que o progresso na proteção desses direitos, notadamente no Brasil, tem se mostrado muito demorada, ficando a cargo do Poder Judiciário, por meio da formação de entendimentos jurisprudenciais, e da promulgação de leis especiais tal atividade, não deixando dúvidas de que o “grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988[...]”, a qual prega, em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando, a quem se sentir lesado, a faculdade de buscar junto ao Poder Judiciário o ressarcimento pelo dano suportado, seja de ordem material ou moral.

3 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL NA LEGISLAÇÃO CIVIL VIGENTE

Realizada a abordagem conceitual do que se entende por personalidade jurídica, bem como apresentadas linhas gerais do instituto, inicia-se, a partir desse momento, o estudo do momento em que o ordenamento jurídico vigente reconhece a pessoa nessa condição e lhe outorga personalidade jurídica.

A questão acerca do início da personalidade jurídica das pessoas é um dos temas historicamente discutidos pela doutrina, que se decompõe em defesa de teorias que tentam explicar exatamente o momento de origem da personalidade, porque, como ensina Tartuce (FIUZA, 2003 apud TARTUCE, 2014), o legislador civil de 2002, ao não assumir um dos posicionamentos teóricos a respeito dessa temática, perdeu a oportunidade de pôr termo à discussão, que é histórica e existe até os dias atuais.

Gagliano e Pamplona Filho (2014) explicam que o conceito de pessoa natural simboliza para o Direito o ser humano detentor de direitos e obrigações na ordem jurídica e, ao que aparenta, a aquisição da personalidade jurídica, tanto nos termos do Código revogado quanto no que prescreve a Lei Civil de 2002, dar-se-ia a partir do nascimento com vida, todavia ressaltam os autores que a aceitação desse entendimento não é está pacificada, o que dá ensejo a grandes discussões no universo acadêmico, notadamente em razão da existência de outras duas teorias que tratam do tema.

Essa divergência existe, consoante ensina Tartuce (2014, p. 300-305), em razão de ter o legislador proclamado, ao redigir o artigo primeiro do atual Código Civil, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e, logo em seguida, no artigo segundo, anunciado que “a personalidade jurídica da pessoa natural começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, sugerindo, em caso de interpretação desatenta, que a personalidade jurídica da pessoa apenas se iniciará caso o feto nasça vivo. Por outro lado, integrando-se os dois dispositivos, verifica-se que somente as pessoas são detentoras de direitos e deveres e o fato de o nascituro ter os seus direitos ressaltados levaria à conclusão de que ele também deveria ser considerado pessoa e, conseqüentemente, detentor dos direitos da personalidade.

Para uma melhor análise da complexidade do tema e de sua sistematização na legislação brasileira, estudar-se-ão seguir as duas teorias atualmente mais defendidas pela doutrina – quais sejam: a natalista e a concepcionista –, analisando-se seus aspectos, para, ao final, ser defendida aquela reconhecedora da condição de pessoa e da outorga de direitos da personalidade a partir da concepção.

3.1 Teoria natalista

Explica Tartuce (2014) que aderiram a essa teoria doutrinadores de peso, dentre os quais é possível citar: Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Sílvio de Salvo Venosa.

Esses renomados autores têm entendimentos convergentes no sentido de acreditar que o nascituro – considerado aquele que já restou concebido, mas que ainda não nasceu – não é considerado pessoa nos termos do Código Civil, pois, para o reconhecimento dessa condição, exige a lei, impreterivelmente, que o feto nasça com vida, sendo certo que sua condição apenas lhe confere expectativa de direitos (TARTUCE, 2014).

Essa mesma doutrina afirma que o nascituro, que se apresenta em posição jurídica diversa daquela em que está o concepturo (aquele que sequer foi concebido) e que poderá, caso nasça com vida, titularizar direitos em momento vindouro, encontra-se em situação ímpar em nosso ordenamento jurídico e, por tal circunstância, se enquadra juridicamente como prole eventual, notadamente em razão de sua situação biológica, não preenchendo os requisitos ordenados para que seja reconhecido como pessoa e lhe sejam atribuídos os privilégios que advêm do reconhecimento da personalidade (VENOSA, 2011).

Clareando essa conjectura, leciona Rodrigues (2003, p. 36):

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 fundamentais, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

E acrescenta:

Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Tal personalidade se adquire com o nascimento com vida, conforme determina o art. 2º do Código Civil. (RODRIGUES, 2003, p. 35)

Analizando o assunto, Gonçalves (2013, p. 194-195) esclarece que, consoante entende a doutrina clássica, a Lei Civil elegeu, como termo “*a quo*” para o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa natural, a presença de vida quando do nascimento do feto, não havendo dúvidas de que, enquanto não nascer, a lei não lhe reconhecerá essa condição, o que, por óbvio, não influenciará na proteção de seus direitos durante o período gestacional. Por outro lado, caso nasça com vida, “a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção”.

No que tange à imposição de nascimento com vida para o surgimento dos direitos decorrentes do instituto estudado, argumenta-se ser imprescindível haver a separação completa do feto do corpo de sua mãe, com apresentação de sinais que indubitavelmente confirmem a presença de vida extrauterina, de modo a se tornarem dois organismos independentes, sendo irrelevante o estabelecimento de prazo mínimo de sobrevivência fora do útero, até porque a lei não o fixa (AZEVEDO, 2012).

Argumenta-se, para a defesa dessa posição, que:

O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concede o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ele ter capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. (VENOSA, 2011, p. 138)

E vai além o autor:

Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de situação jurídica que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida. [...]. Para efeitos práticos, porém, o ordenamento

pátrio atribui os necessários instrumentos para a proteção do patrimônio do nascituro. (VENOSA, 2011, p. 138).

Por fim, acrescenta essa porção de cientistas do Direito que, em outros tempos, exigia-se, como condição para aquisição de personalidade jurídica, a materialização do nascimento com vida e, ainda, que a criança fosse viável, circunstância que não é mais imposta pela legislação atual (RODRIGUES, 2003).

É de se reconhecer que juristas de grande prestígio no universo acadêmico defendem a Teoria natalista, todavia, em consequência do atual desenvolvimento tecnológico especialmente, não se pode mais cogitar que a pessoa passa a ser assim considerada após o seu nascimento com vida e que o nascituro é apenas um ser que se encontrado em estado potencial para adquirir direitos que, apenas, após o nascimento, serão integrados definitivamente à sua órbita jurídica.

Ademais, a interpretação de dispositivos legais não pode ficar adstrita à técnica hermenêutica denominada de gramatical (ou, para aqueles que preferirem, literal), devendo os textos serem compreendidos sistematicamente, de modo a ser extraído o conteúdo valorativo máximo buscado pelo legislador.

Por isso, passa-se, a partir desse momento, a analisar outra teoria que tenta explicar o início da personalidade jurídica da pessoa natural e a condição jurídica do nascituro.

3.2 Teoria concepcionista

Superada a teoria acima estudada, inicia-se, a partir deste ponto, o estudo da teoria concepcionista, a qual, como se observará, será defendida como sendo a mais adequada e entrosada com o atual desenvolvimento social e tecnológico acerca do instituto da personalidade jurídica, não deixando dúvidas de que o nascituro é detentor de personalidade e, por consequência, enquadra-se no conceito de pessoa.

Informa Tartuce (2014) que anuíram a essa teoria doutrinadores de grande autoridade acadêmica, sendo possível citar: Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antônio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo, Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo.

Essa parte de peso da comunidade acadêmica defende que a personalidade jurídica já se apresenta desde o momento da concepção, razão pela qual sustentam que o nascituro deve ser considerado como pessoa a partir desse marco e, para isso, fundamentam seu pensamento no rascunho de Código Civil, de criação de Teixeira de Freitas, que afirmava o reconhecimento da pessoa natural desde o momento de sua concepção, considerando-as nascidas a partir de sua formação no ventre materno e lhes sendo reservados os direitos sucessórios após a sua desvinculação do corpo de sua mãe. Ademais, esse esboço de projeto estimulou os defensores dessa teoria e impulsionou o legislador civil argentino a reconhecer o nascituro como sendo pessoa natural (TARTUCE, 2014).

Ensina Amaral (2008, p. 256-257), também informando que essa teoria se originou do referido projeto proposto por Teixeira de Freitas, que essa tendência de se considerar a existência da personalidade jurídica desde o momento da concepção, igualmente defendida por Clóvis Beviláqua, alcançou várias codificações:

O Código Civil argentino acolheu esse critério no seu art. 70, e da mesma forma os códigos mais modernos, com o mexicano (art. 22), o venezuelano (art. 17), o peruano (art. 1º). Também o Código Civil suíço, no seu art. 31,2[...]. O direito francês admite também que a personalidade começa da concepção, desde que o ser humano nasça vivo e seja viável.

De forma responsável, doutrina Lisboa (2012) que, a despeito de o ordenamento jurídico reconhecer que a existência da pessoa está ligada ao seu nascimento com vida, os direitos conferidos ao nascituro pela Lei Civil têm natureza personalíssima, sejam ou não de ordem patrimonial, ponderando que, de pronto, não é possível conceder ao nascituro todos os direitos patrimoniais de que pode ser titular, não havendo dúvidas de que, em determinadas hipóteses, será necessário esperar o seu nascimento, em razão de sua peculiaridade biológica.

Isso, por outro lado, nada impossibilita que seja contemplado com direitos de natureza estritamente econômica, os quais terão sua transferência condicionada ao seu nascimento com vida (caracterizando, desse modo, mera expectativa de direitos patrimoniais), nada afetando os direitos personalíssimos, destituídos de conteúdo patrimonial imediato, de que é detentor desde a concepção (LISBOA, 2012).

Nesse sentido e agregando argumentos a esse raciocínio, explana Amaral (2008) que o ordenamento jurídico, de forma contrária àqueles que defendem o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa a partir do nascimento com vida, autoriza seja feita conclusão por caminho diverso.

Como já assinalado, a Lei Civil de 2002 proclamou que, desde a concepção, os nascituros têm os seus direitos reservados e, por isso, entender que a titularidade de direitos apenas é outorgada às pessoas, detentoras de personalidade, leva à conclusão de que, por ser titular de direitos (dentre os quais pode-se citar os artigos 542, 1.609, parágrafo único, 1.779), o nascituro é detentor de personalidade e, por consequência, considerado pessoa (AMARAL, 2008).

Ademais, mesmo que se falasse que, em determinadas situações, ao nascituro somente seria outorgada expectativa de direitos, ou seja, “direitos subjetivos com eficácia suspensa ou em formação”, reconhecer essa expectativa significa dizer, com outras palavras, que o nascituro é titular de direitos, o que, por consequência, implica reconhecer a existência de personalidade, não havendo dúvidas de que “o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide” (AMARAL, 2008, p. 257).

A mesma sensibilidade é exposta por Almeida (2000, p. 168):

Estabelece-se, destarte, que certos direitos e determinados estados, atributos da personalidade, independem do nascimento com vida, o que refuta a tese de que aquela deste depende sempre. Mesmo que o nascituro fosse reconhecido apenas *um status* ou *um* direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou *status* sem sujeito [...].

Gagliano e Pamplona Filho (2014) expõem que, a despeito de tenderem à teoria da personalidade condicional, esse duelo entre as teorias natalista e concepcionista não é apto a descaracterizar o entendimento segundo o qual o nascituro tem direito à vida.

Esclarecem os autores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014) que a proteção legal ao nascituro contempla: o direito à vida, pois, além de o Código Penal tipificar o delito de aborto, a Lei Civil lhe resguarda esse direito personalíssimo; a possibilidade de ser destinatário de doações, beneficiado por herança e legado; a proteção processual conferida pelos artigos 650 e 733 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil em vigor) e, anteriormente, pelos artigos 877 e 878 da Lei n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil revogado); o direito de pleitear, judicialmente, alimentos, inclusive com fundamento da Lei n. 11.804/2008, uma vez que há previsão legal de, após o nascimento com vida, haver a conversão desses alimentos em favor da criança, conforme previsão contida no parágrafo único do artigo 6º dessa lei, o que foi, inclusive, objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do Agravo de instrumento n. 70006429096, de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; e, ainda, o direito de realizar exame de material genético, em ação de investigação de paternidade, como decorrência do reconhecimento da existência de personalidade.

Essa proteção, inclusive, se estende ao natimorto, haja vista que, antes de nascer, em decorrência da adoção dessa teoria, já possuía personalidade jurídica e lhe eram resguardados os direitos relativos a seu nome, à sua imagem e à sua sepultura, consoante entenderam aqueles que participaram da I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Em que pese os irrefutáveis argumentos apresentados acima, é fundamental a exposição, ainda sobre esse tema, do precioso trabalho desempenhado por Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida, que colocará pá de cal a qualquer discussão sobre o tema.

Ensina a autora (GILBERT, 1963, p. 20 apud ALMEIDA, 2000, p. 158), que a vida, considerada em sua acepção biológica, inicia-se a partir da concepção, porque:

A vida humana tem início quando um óvulo é fertilizado por um espermatozóide, ou, nas palavras de M. S. Gilbert, “para cada um de nós a vida começa em um instante despercebido, obscuro, e sem nobreza quando o espermatozóide mergulha dentro de um óvulo maduro”.

Em razão dessa circunstância, explica que:

A fecundação é, portanto, o marco inicial do desenvolvimento humano, que só estará completo na sua idade adulta. Esse desenvolvimento se faz de maneira contínua, mas é possível de ser dividido em etapas marcantes, como a implantação, o período embrionário, o período fetal, o nascimento, a primeira infância, a segunda infância e a puberdade. (ALMEIDA, 2000, p. 112).

Acresce a autora que, apesar de a implantação ser uma fase de grande importância, notadamente porque encerra o marco inicial da gravidez e garante a sobrevivência do feto no útero, uma vez que haverá o oferecimento ao embrião dos nutrientes necessários à sobrevivência intrauterina, sob pena de se perecer, junto com a cavidade do útero, quando da menstruação, o início biológico da vida se dá com a fecundação, também chamada de concepção (ALMEIDA, 2000).

Agrega a autora que:

Desse entendimento não diverge substancialmente Genival Veloso de França, para quem a vida se inicia no momento da fecundação e a nidificação ou nidação é um processo a mais na marcha de uma vida já em progressão. Mesmo que não haja aninhamento do ovo no útero, seu poder vital é tanto, que pode evoluir nas trompas, no peritônio, ou onde possa se desenvolver (FRANÇA, 1976, p. 149 apud ALMEIDA, 2000, p. 117).

Desse modo, é de se concluir que:

A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, do ovo implantar-se no útero. A nidificação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas. (FRANÇA, 1976, p. 149)

Com relação a esse aspecto, é de se registrar que o ponto relativo ao início da vida foi debatido na Primeira Conferência Internacional sobre o Aborto, na capital dos Estados Unidos, e, naquela época (1967), um grupo de especialistas chegaram, por maioria, à conclusão de que não é possível delimitar qualquer limite temporal entre a união dos gametas (masculino e feminino) ou, ainda, entre um estágio inicial de desenvolvimento (denominado blástula) e a aparição de uma criança, o que serviu, sem sombra de dúvidas, para se concluir que não é possível se afirmar que, em qualquer desses momentos, não haja a presença de vida humana (ALMEIDA, 2000).

Especialistas vão além, ao afirmar que:

As mudanças que ocorrem entre a implantação (do espermatozóide no óvulo) e um embrião de seis semanas, um feto de seis meses, um bebê de uma semana ou um adulto, não passam de estágio de desenvolvimento e maturação (FAZZIO, 1980, p. 17)

Ademais, não há sombra de dúvidas que o conteúdo genético existente no nascituro não coincide com o de seu pai ou de sua mãe, bem como que seu desenvolvimento, que certamente passará por diversas fases conceituadas pela embriologia, constitui somente a continuação do ser que já existia, não havendo qualquer modificação depois de seu nascimento, uma vez que o que se dá, após esse marco, é mera evolução, resumidamente, de criança para adolescente e desse para adulto, sendo possível, portanto, garantir que o nascituro representa unidade vital diversa de seus pais e com eles não confundível (ALMEIDA, 2000).

Sublinha a autora (ALMEIDA, 2000) que essa diferenciação existente entre o nascituro e o nascido apenas consolida a peculiaridade que aquele ostenta, devendo-se afirmar o início da personalidade jurídica a partir da concepção, haja vista que é a partir dessa marco temporal que passam a existir direitos que não ostentam conteúdo patrimonial e que independem do nascimento com vida.

Apesar de todos esses argumentos para se refutar as teorias acima explicadas e se adotar a teoria concepcionista, salienta Tartuce (2014, p. 311) que Maria Helena Diniz, também filiada a essa teoria, partilha o instituto da personalidade jurídica em dois sentidos: o formal, pelo qual a personalidade jurídica já está presente desde o momento da concepção, representando os direitos não apreciáveis economicamente, e o material, atinentes aos direitos de conteúdo patrimonial, que ficarão condicionados ao nascimento com vida, conforme se verifica do seguinte trecho:

O embrião ou o nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se

encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002, p. 113)

Além de tudo, a teoria concepcionista já restou adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso especial n. 1.415.727, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cuja ementa foi assim redigida:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. **ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.2. Entre outros, registram-se como **indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos**: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).3. **As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro** – natalista e da personalidade condicional – **fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais.** Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.4. Ademais, **hoje**, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, **há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante.** Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. [...]. (STJ, REsp n. 1.415.727, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe em 29/09/2014, destaque que não consta no original).**

Com relação a esse julgamento, pede-se vênica para explicá-lo. O recurso especial acima versava sobre a cobrança de seguro obrigatório (DPVAT) pela morte de um nascituro em razão de acidente automobilístico.

Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão, a quem incumbia a relatoria do referido aresto, ao realizar brilhante análise sistemática do ordenamento jurídico, entendeu que a condição de pessoa já se apresenta antes do nascimento, circunstância que revela ser o nascituro assim considerado e, por isso, titularizar direitos compatíveis com sua condição jurídica (isto é, de natureza não patrimonial), observe-se:

Pela teoria natalista, a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento. Os adeptos dessa tese defendem que a titularização de direitos e personalidade jurídica seriam conceitos inexoravelmente vinculados, de modo que, inexistindo personalidade jurídica anterior ao nascimento, a consequência lógica é que também não há direitos titularizados pelo nascituro, mas mera expectativa. [...] Por outra linha, tem-se a 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. Sustentam que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos. [...] Por fim, aponta-se, ainda, a existência de corrente intermediária, conhecida como teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade jurídica começa com o nascimento, mas o nascituro titulariza direitos submetidos a condição suspensiva, ou direitos eventuais.

Após breve explicação acerca das correntes doutrinárias que se formaram para explicar o início da personalidade e, conseqüentemente, discutir a condição jurídica do nascituro, expõe o ministro do aludido tribunal que não lhe parece possível afirmar, de forma cristalina e com alto grau de convicção, ter o nosso ordenamento jurídico adotado essa ou aquela teoria, todavia, pondera:

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

Isso porque, explica:

Primeiramente, o art. 1º afirma que "[t]oda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", o que não impede que outros sujeitos/entes/situações jurídicas desprovidos de personalidade jurídica também o sejam, como é o caso da massa falida – a qual, pelo seu viés subjetivo, configura a coletividade de credores –, condomínio e a herança jacente. Tais entes despersonalizados fornecem seguros sinais de que, do ponto de vista técnico-jurídico, se toda pessoa é capaz de direitos, nem todo sujeito de direitos é pessoa, construção essa que pode, sem maior esforço, alcançar o nascituro como sujeito de direito, mesmo para aqueles que entendem não seja ele uma pessoa. Outro aspecto a ser observado é o de que o Código Civil de 2002, mesmo em sua literalidade, não baralha os conceitos de “existência da pessoa” e de “aquisição da personalidade jurídica”. Nesse sentido, o art. 2º, ao afirmar que a “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que “personalidade civil” e pessoa não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Onde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria nenhum sentido lógico na fórmula “a personalidade civil da pessoa começa”, se ambas –

pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento. Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a "existência da pessoa", o fez expressamente. É o caso do art. 6º, o qual assevera que "[a] existência da pessoa natural termina com a morte", e do art. 45, *caput*, segundo o qual "[c]omeça a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro". Tal circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à "existência da pessoa natural", a qual, se por um lado não há uma afirmação expressa de quando se inicia, por outro lado não se pode considerar como iniciada tão somente com o nascimento com vida.

Assim, conclui o julgador no sentido de que não se pode afirmar que apenas as pessoas titularizam direitos, bem ainda que a pessoa natural somente passa a existir após o seu nascimento com vida e, em decorrência dessas afirmações, passa a expor a adoção da Teoria concepcionista:

[...] segundo penso, a principal conclusão é a de que, se a existência da pessoa natural tem início antes do nascimento, nascituro deve mesmo ser considerado pessoa, e, portanto, sujeito de direito, uma vez que, por força do art. 1º, "[t]oda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Na mesma linha de que o nascituro é, verdadeiramente, uma pessoa, o art. 1.798 do Código Civil prevê a legitimação para suceder não só das "pessoas nascidas", mas também das pessoas "já concebidas no momento da abertura da sucessão". E mais, o direito de receber doação (art. 542 do Código Civil), de ser curatelado (art. 1.779 do Código Civil), a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro), e recentemente a edição da Lei n. 11.804/2008, que positivou os chamados alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe. Porém, a par dos citados exemplos, parece ser no direito penal 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". Nesse ponto, a doutrina criminalista indica com precisão qual o objeto jurídico de proteção na tipificação penal do aborto: Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63). No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658.

Segundo o magistrado, em razão dessa hermenêutica sistemática e após beber da fonte de Silmara J. A. Chinelato e Almeida (para quem o nascituro é pessoa desde a concepção em razão de lhe terem sido outorgados direitos e não mera expectativa), devem ser afastadas as outras teorias sobre a condição jurídica do nascituro porque estudam, de maneira simplista a atual ordem jurídica, não havendo dúvidas de que o ordenamento jurídico se direcionou à adoção da teoria concepcionista, pois

[...]o fato de nem todos os direitos poderem ser titularizados ou exercidos pelo nascituro não é relevante para a constatação de que o nascituro pode ser considerado uma pessoa, haja vista que nem todas as pessoas exercem de forma plena todos os direitos.

Assim sendo, é possível dizer que essas teorias restritivas (natalista e da personalidade condicional) estão suplantadas pela atual ordem jurídica, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei Civil de 2002, uma vez que

O paradigma no qual foram edificadas observava o cariz nitidamente patrimonialista dos direitos, razão pela qual se mostrava até mais confortável a defesa da tese de que o nascituro só detinha expectativa de direitos ou direitos condicionados a evento futuro, haja vista que se raciocinava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta, uma vez que se reconhecem, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

Encerra o julgador, entendendo que, mesmo se adotando qualquer das teorias limitativas, deve ser reconhecido ao nascituro o direito de personalidade fundamental, qual seja, o direito à vida, e, por isso, o reconhecimento de que o nascituro ostenta direitos condicionados ou, ainda, mera expectativa de direitos “só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.”.

Para não ficar maçante a leitura, nesse mesmo sentido estão os seguintes julgados: STJ, REsp n. 399.028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26.02.2002; STJ, AgRg no AgRg no AREsp n. 150.297/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado 19.02.2013; STJ, REsp 1.120.676/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07.12.2010.

Por fim, ainda argumentando-se sobre a adoção da teoria concepcionista, importante registrar que o reconhecimento da personalidade jurídica, desde o momento concepcional, já estava inserido em nosso ordenamento jurídico desde 06 de novembro de 1992, quando da internalização da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por meio do Decreto Executivo n. 678/1992, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/1992.

Esse texto normativo, ao prescrever, em seu artigo 1º, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, deverá ser cumprida integralmente nos moldes em que foi ratificada pelo chefe do Poder Executivo Federal, em 22 de novembro de 1969, determina a inserção e observância de suas regras no ordenamento jurídico pátrio.

Em sendo assim, há, no texto do tratado internacional, previsão expressa no artigo 4º, 4, de que “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.”.

Referido dispositivo exerce, desde a internalização do referido tratado, controle de convencionalidade sobre as demais regras do ordenamento jurídico, as quais devem com ele manter consonância.

Isso porque, após a promulgação da emenda constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, o entendimento do STF acerca da posição jurídica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional foi alterado, sendo certo que a Suprema Corte brasileira passou a caracterizar aqueles que versassem sobre direitos humanos e que não fossem inseridos na ordem jurídica nacional na forma do artigo 5º, § 3º, CF/1988, mas sim na forma de decretos legislativos, como normas supralegais, as quais exercem controle jurídico sobre as leis (denominado de controle de convencionalidade), consoante se verifica do julgamento do RE n. 349.703/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 de dezembro de 2008.

Desse modo, mesmo que de maneira simplista, até porque o objetivo desse trabalho não é o de investigar o *status* normativo dos tratados internacionais, e sim utilizar tal condição para reforçar a tese de que, mesmo que se alegue a adoção da teoria natalista pelo legislador civil de 2002, a norma do tratado internacional, que protege a vida desde o momento da concepção, deve prevalecer, pois o referido acordo internacional, em caso de antinomia, se prepondera sobre as leis que são, com relação a ele, de patamar inferior, como o é caso do Código Civil.

Reconhecendo o nascituro como pessoa, uma vez que detentor de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de direitos, especialmente o que se refere à vida, importante se faz analisar a questão dos embriões excedentários (ou seja, os embriões não utilizados nas técnicas de fertilização).

Com relação a esse circunstância, explica Tartuce (2014, p. 313) que a Lei n. 11.105/2005, denominada de Lei da Biossegurança, previu, em seu artigo 5º, a possibilidade de utilização de embriões inviáveis ou congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da lei, ou que, já congelados na data da publicação, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento, desde que, havendo o consentimento de seus genitores (atribuindo aos embriões a condição de filhos), para finalidades terapêuticas e científicas.

Poder-se-ia argumentar que o dispositivo acima descrito mostra-se incompatível com o entendimento dessa teoria, todavia impende registrar que, a despeito de ter sido reconhecida a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (quando do julgamento da ADI n. 3510, em 2008), por dois motivos não haveria afronta à vida:

Primeiro, porque a lei acaba trazendo uma presunção de morte dos embriões, autorizando a utilização de suas células-tronco se eles forem inviáveis à reprodução. Segundo, porque a partir de uma ponderação de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à utilização de células-tronco devem prevalecer sobre os interesses individuais relativos ao embrião. (TARTUCE, 2014, p. 315)

Ademais, acrescenta o autor:

[...] que a utilização de células-tronco para fins de terapia representa uma *chama de esperança* para inúmeras pessoas que enfrentam doenças e problemas físicos. Em reforço, os critérios para a utilização das referidas células são rígidos, devendo ser respeitados, constituindo exceção. (TARTUCE, 2014, p. 316)

Ao que parece, a referida lei resolveu a questão dos embriões excedentários e, encerrando este item, chega-se à conclusão de que, pela análise sistêmica do ordenamento jurídico, o nascituro é pessoa e detém personalidade jurídica, tendo os seus direitos resguardados, desde a concepção, pelo ordenamento jurídico pátrio.

4CONCLUSÃO

A personalidade jurídica é um atributo que confere às pessoas (e aqui não há distinção entre naturais e jurídicas) a aptidão para titularizarem direitos e deveres, conforme determina o artigo 1º do Código Civil vigente, circunstância que não coincide com a capacidade de fato, uma vez que essa, ao contrário daquela, é exigida para os atos da vida civil, como, por exemplo, a realização de uma contratação.

Na forma da atual Lei Civil, como registrado em outra oportunidade, o legislador prescreveu que a personalidade jurídica será atribuída àqueles que nascerem com vida e ressaltou proteção aos direitos do nascituro (artigo 2º), estabelecendo, por outro lado, em outro dispositivo (artigo 1º), que as pessoas são aptas a titularizarem direitos e deveres, sugerindo, em uma leitura conjunta, que o nascituro também seria considerado pessoa, o que fez surgir a discussão sobre sua condição jurídica e, por consequência, das teorias tentando esclarecê-la.

Na ordenação anterior (de 1916), o instituto estabelecia que a personalidade jurídica do homem se iniciava a partir do nascimento com vida, competindo à lei colocar a

salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, redação parecida com a presente na Lei n. 10.406/2002.

Apesar da similitude redacional, o entendimento, na atualidade, que se mostra mais adequado ao desenvolvimento social e tecnológico é em sentido contrário daquele estabelecido na legislação anterior.

Em uma leitura apressada do dispositivo, poder-se-ia entender que a personalidade jurídica se apresentaria apenas como consequência do nascimento com vida, de modo que o nascituro seria tratado como um ser em potencial e, como decorrência, os seus direitos estariam nessa mesma condição.

Por outro prisma, analisando-se conjuntamente o ordenamento jurídico, e não apenas um dispositivo ou outro, pode-se extrair a conclusão de que o nascituro, por titularizar direitos, inclusive reconhecidos pela legislação civil (como, por exemplo, sucessórios), bem como pelo fato que apenas as pessoas são sujeitos de direitos e deveres na ordem civil, é de se concluir que o nascituro é pessoa, por possui personalidade, e titulariza direitos.

Isso porque os direitos resultantes do reconhecimento da personalidade (como, por exemplo, a vida, a integridade física, a honra etc.), no mais das vezes, carecem de conteúdo patrimonial imediato, em decorrência de sua natureza personalíssima, não se mostrando razoável argumentar que estariam vinculados ao nascimento com vida, situação que poderá ocorrer com alguns direitos de cunho patrimonial, devendo-se, nesses casos, haver a espera pelo nascimento com vida.

Mesmo nessa circunstância, falando-se em direitos sob condição, a existência da personalidade há de ser reconhecida porque, se há prerrogativas outorgadas ao nascituro (mesmo que em estado potencial), presente está a personalidade, haja vista que não há direito sem titular, o que demonstra o entrelaçamento dos institutos e afasta a necessidade de nascimento com vida como condição para se conhecer a existência da personalidade.

Mesmo que se argumentasse em sentido contrário, os estudos existentes no campo da biologia reforçam esse entendimento e, de maneira segura, afirmam que a vida humana se inicia com a fecundação, também chamada de concepção, e demonstram que as evoluções que o feto sofre somente representam evolução e continuidade do processo vital já iniciado.

Os estudiosos da área asseguram que, com absoluta certeza, não há qualquer diferenciação entre o ser concebido e uma criança ou entre uma criança e um adulto, uma vez que a diferença entre eles apresentada decorre apenas de desenvolvimento de uma unidade vital independente e já existente.

Ademais, importante registrar que o Brasil ratificou e internalizou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual, dentre suas normas, prevê proteção ao direito da pessoa, determinando que essa salvaguarda deve ocorrer desde o momento da concepção, prescrevendo, desse modo, o reconhecimento daquele que está em vida intrauterina como pessoa.

O diploma legal internalizante foi introduzido em nosso ordenamento jurídico na condição de norma supralegal e, por essa circunstância, se impõe sobre as demais regras jurídicas internas, que, a partir de então, deverão com ela manter harmonia, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Como se isso não fosse suficiente para infirmar as demais teorias acerca da personalidade, alguns tribunais desse país e, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se orientaram nesse sentido e adotaram a teoria que reconhece o nascituro como pessoa e, via de consequência, ser ele detentor de personalidade jurídica desde a concepção.

Pelo exposto, conclui-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria concepcionista e, desse modo, anuncia a existência de personalidade a partir da concepção, outorgando-a ao nascituro, que passa, então, a ser reconhecido como pessoa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Jornadas de Direito civil I, III, IV e V**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 03 de agosto de 2015.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Decreto nº 678, de 11 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> . Acesso em: 24 de agosto de 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação de cobrança. Indenização do seguro obrigatório DPVAT. Nascituro. Morte decorrente de acidente automobilístico. Recurso Especial nº 1.415.727. 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DF, 04 set. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 29 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Tribunal Pleno. Relator: Gilmar Mendes, DF, 03 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 06 jun. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação de cobrança. Seguro obrigatório - DPVAT. Interrupção de gestação por acidentes de trânsito. Pretensão de receber a indenização correspondente ao nascituro. Possibilidade jurídica do pedido. Inteligência do art. 2º do Código Civil. Devido o pagamento de R\$ 13.500,00, quantia prevista na Lei n. 6.194/74. Correção monetária incidente a partir do ajuizamento da ação. Recurso inominado nº 71004113502. 2ª Turma Recursal Cível. Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, RS, 28 nov. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, 05 dez. 2012.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil:** parte general. 10ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1991.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FAZZIO, Mylnem Negrão. **O aborto**. 2ª ed. São Paulo: Editora Paulinas, 1980.

FIUZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso. **O Direito Médico**. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Prociencx, 1976.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GILBERT, M. S. **Biography of the newborn**. New York: Hafner Publishing Co., 1963.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: teoria geral do direito civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. E-book.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. E-book.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito civil**: parte geral. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil**: teoria geral do direito civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. E-book.

VALLADÃO, Haroldo. **Capacidade de Direito**, in Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold. **Direito civil: introdução e parte geral**. 13ªEd. São Paulo: Saraiva, 2011.

Recebido em 30.08.2016

Aprovado em 10.10.2016