



CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GLEICEMERI DE VITO MONARO

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO NASCITURO:
TEORIA NATALISTA E CONCEPCIONISTA POR MEIO DA
ABORDAGEM COMPARATIVA**

Apucarana
2019

GLEICEMERI DE VITO MONARO

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO NASCITURO:
TEORIA NATALISTA E CONCEPCIONISTA POR MEIO DA
ABORDAGEM COMPARATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Apucarana – FAP, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Ms. Fabíola Cristina Carrero

Apucarana
2019

GLEICEMERI DE VITO MONARO

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO NASCITURO: TEORIA
NATALISTA E CONCEPCIONISTA POR MEIO DA ABORDAGEM
COMPARATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharel em Direito – FAP, como requisito final à obtenção do título de Bacharel em Direito, com nota final igual a _____, conferida pela Banca Examinadora formada pelos professores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Ms. Fabíola Cristina Carrero
Faculdade de Apucarana

Prof^a Ms. Luís Gustavo Liberato Tizzo
Faculdade de Apucarana

Prof^a Silmara Simone Strazzi Barreto
Faculdade de Apucarana

Apucarana, ____ de _____ de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e a Nossa Senhora Aparecida em sua infinita bondade e misericórdia pela dádiva de mais um dia de vida, por terem me sustentado e fortalecido minha fé todos os dias, e apesar de minhas tristezas, dificuldades e provações me deram sustento para que eu pudesse continuar lutando até o fim, pois tudo o que sou e tenho, devo a vós e a meus pais Siderci e Luzia.

Agradeço incalculavelmente aos meus pais que sempre me orientaram para que pudesse ser a pessoa que me tornei, me deram motivação e apoio para almejar minhas conquistas e enfrentar minhas dificuldades com perseverança e fé.

Agradeço a uma pessoa muito especial na minha vida, sinto que bem lá no alto, ele cuida de mim e embora esteja do outro lado do caminho, me protege de todos os perigos e comemora as minhas vitórias.

Meus agradecimentos se resumem na palavra gratidão, gratidão a Deus, aos meus pais, aos meus familiares, educadores, amigos que me ajudaram a alcançar mais essa vitória.

A minha orientadora Fabíola Cristina Carrero que confiou em mim, como aluna, orientanda a minha capacidade de buscar a vitória mesmo com os momentos de dificuldades, a motivação, a compreensão e o apoio oferecido, tanto profissional como humano, ofertando seu ombro amigo.

Agradeço imensamente a todas as pessoas que diretamente e indiretamente contribuíram para mais uma conquista, pelo apoio oferecido para que eu pudesse vencer mais uma vez.

*“Todos os sonhos podem-se realizar, se
tivermos a coragem de persegui-los”*

Walt Disney

MONARO, Gleicemeri de Vito Monaro. **Os direitos da personalidade do nascituro: teoria natalista e concepcionista por meio da abordagem comparativa.** 51p. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Graduação em Direito. Faculdade de Apucarana - FAP. Apucarana-PR. 2019.

RESUMO

Os direitos da personalidade em geral especialmente ao nascituro foram conquistados por meio de variados acontecimentos históricos, até que se almejou e percebeu sua importância para a sociedade e a própria dignidade humana. Assim sendo, mesmo que o início da personalidade possua várias controvérsias tanto doutrinária como jurisprudencial, mesmo que a teoria adotada pelo Brasil seja a natalista, a concepcionista vem ganhando relevância nos casos práticos. Objetiva-se por meio desse estudo, ressaltar o processo histórico dos direitos da personalidade, expondo o posicionamento existente de ambas as teorias através do direito comparado, e visando ressaltar as controvérsias dentre elas, frente a toda a atualidade e avanço tecnológico e da medicina. A metodologia a ser adotada será por meio da pesquisa bibliográfica baseado em doutrinas, leis e jurisprudências atualizadas frente ao tema. Concluiu-se que, a teoria mais próxima à dignidade humana e a proteção ao nascituro é a teoria concepcionista, o Código Civil e Penal concede proteção ao nascituro demonstrando estarem em consonância com a teoria concepcionista, faz necessário, maiores estudos científicos e se possível reformular melhor a legislação vigente frente á concepcionista de maneira mais clara, sem deixar lacunas e proporcionando maior segurança jurídica ao caso.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. nascituro. controvérsias. natalista. concepcionista.

MONARO, Gleicemeri de Vito. **The personality rights of the unborn child: natalist and conceptionist theory through the comparative approach.** 51p. Course Conclusion Paper (Monograph). Law graduation. Faculdade de Apucarana - FAP. Apucarana-PR. 2019.

ABSTRACT

The rights of the personality in general especially to the unborn child were conquered through various historical events, until its importance to society and human dignity itself was noticed. Therefore, even if the beginning of personality has various controversies both doctrinal and even though the theory adopted by Brazil is Natalist, conceptionist has gained relevance in practical cases. The aim of this study is to reinforce the historical process of personality rights, exposing the existing position of both theories through comparative law, and aiming at emphasize the controversies among them, in view of all the current and technological and medical science progress. The methodology adopted will be through bibliographical research based on updated doctrines, laws and jurisprudence regarding the subject. It is concluded that the theory closest to human dignity and protection of the unborn child is the conceptionist theory, the Civil and Penal Code awards protection to the unborn child demonstrating to be in line with the conception theory, it is necessary further scientific studies and if possible better reformulate the current legislation against the conceptionist more clearly, leaving no gaps and providing greater legal certainty to the case.

Keywords: Rights of personality, unborn child, controversies, natalistic, conceptionist.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CFB – Constituição Federal Brasileira

FAP – Faculdade de Apucarana

ONU – Organização das Nações Unidas

PR – Paraná

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITOS DA PERSONALIDADE	11
2.1 Histórico.....	11
2.2 Direitos da personalidade e seu conceito	13
2.3 Previsão Legal.....	15
2.4 Características dos direitos da personalidade	17
2.5 Classificação dos direitos da personalidade	19
3 PRINCÍPIOS.....	20
3.1 Princípio da proporcionalidade.....	20
3.2 Princípio da igualdade	21
3.3 Princípio da dignidade humana	21
4 PERSONALIDADE JURÍDICA E SEU INICIO	23
4.1 Teoria natalista	24
4.2 Teoria concepcionista	25
4.3 Teoria da personalidade condicional	27
5 CONCEITO DE NASCITURO.....	27
5.1 Proteção ao nascituro	29
6 ARGUMENTOS A FAVOR DA TEORIA CONCEPCIONISTA FRENTE A NATALISTA.....	29
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS	38
ANEXOS.....	42
Anexo A - Lei de alimentos gravídicos.....	43
Anexo B - Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito.....	45

1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade foram ganhando reconhecimento e relevância social pouco a pouco, por de trás das grandes conquistas e proteção existentes foram resultados de um processo histórico para que pudessem ter maior ênfase e fossem positivados no ordenamento jurídico brasileiro, pois são de grande valia para todo o arcabouço jurídico.

Assim sendo, a Constituição Federal Brasileira (1988) elevou a dignidade da pessoa humana e a despatrimonialização também causou grandes avanços frente aos direitos da personalidade do nascituro, esses direitos possuem diversas características, são: direitos inerentes do ser humano, devem ser respeitados e protegidos no meio social, lesão a eles é possível pleitear indenização, perdas e danos devendo analisar caso a caso além da pessoa legitimada para a ação, em situação de confronto de direitos devem ser ponderados respeitando o princípio da proporcionalidade e igualdade.

Haja vista, a temática dos direitos da personalidade do nascituro é de suma relevância principalmente diante do marco inicial da personalidade jurídica, pois este tema é causador de grande polêmica e controvérsias, tanto doutrinária como jurisprudencial. Deste modo, é evidente e incontroverso que a teoria adotada pelo Brasil é a teoria natalista, embora ela não seja a única existente, as divergências existem, os direitos da personalidade estão fortemente interligados com a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do campo jurídico.

A delimitação do início da personalidade possui grande importância e ocasiona uma gama de efeitos no meio jurídico frente à teoria baseada, envolvendo discussões principalmente no direito das sucessões, a proteção ao nascituro perante alguns direitos da personalidade resguardados desde a concepção e alguns deles efetivos com o seu nascimento.

Assim sendo, embora existam controvérsias frente esse tema, é preciso analisar caso a caso a situação para a aplicação do direito, por não ser pacífico no meio jurídico. Destarte, frente a tantas inovações da medicina tais como: a fertilização in vitro, congelamento de células tronco-embrionárias e as novas tecnologias é preciso averiguar a teoria mais próxima da dignidade humana, visando maior proteção, pois é prevista legalmente na CFB, ápice de todo o ordenamento jurídico.

Consequentemente, mesmo que a teoria natalista seja a adotada no Brasil é necessário analisar sua predominância em estudo, diante de tantos avanços tecnológicos e

medicinais e como sua aplicabilidade vem ocorrendo na prática jurídica e o posicionamento dos tribunais e da doutrina frente essa temática.

Assim sendo, para melhor entendimento frente ao tema a ser discutido, no capítulo primeiro foram abordados os direitos da personalidade em seus variados aspectos, destacando o seu processo histórico, características e a classificação desses direitos, juntamente com o conceito, pois são direitos amparados pela CFB e todo o ordenamento jurídico.

Importante destacar que, o direito da personalidade do nascituro está interligado com importantes princípios constitucionais, estes que são de suma relevância. Assim sendo, no capítulo segundo buscou-se destacar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da igualdade.

Almejando uma melhor compreensão, buscou-se no capítulo terceiro destacar o marco da personalidade jurídica frente às teorias existentes no ordenamento jurídico, qual seja: a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria condicional.

Considerando de grande valia o conceito do nascituro, o capítulo quarto almejou-se conceituar o nascituro e a proteção que o ordenamento jurídico lhe concede, tanto proteção civil como o amparo penal, pois as proteções frente a alguns direitos da personalidade também estendem após a morte.

Por fim, no último capítulo buscou-se evidenciar argumentos importantes e relevantes no campo jurídico que demonstram a presença da teoria concepcionista na sociedade atual e em julgados jurídicos, embora a teoria natalista permaneça sendo a predominante, demonstrou ainda, elencar a teoria que demonstra maior proteção ao nascituro perante todos esses avanços tecnológicos e da medicina.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

O homem não deve ser protegido no âmbito social apenas diante de seus bens patrimoniais, mas principalmente a sua essência como ser humano. Os direitos da personalidade visa conceder a proteção ao indivíduo em seus atributos diante de sua integridade física, psíquica e moral. Assim sendo, uma das grandes inovações que o novo Código Civil proporcionou foi destinar um capítulo específico para tratar desses direitos¹.

2.1 Histórico

A importância e o reconhecimento dos direitos da personalidade teve grande influência por meio de três elementos históricos dos quais foram o marco de seu surgimento: o advento do cristianismo que ressaltava o entendimento de dignidade como o filho de Deus, de sua existência interior e superior frente às circunstâncias políticas, a escola do direito natural consolidando a concepção dos direitos próprios do ser humano interligados a ele, e por fim, a filosofia iluminista buscando valorizar o indivíduo frente ao Estado².

Surgiu no século XIX por meio da iniciativa de Otto Von Gierke, um importante jurista alemão, onde ele contribuiu para a proteção à pessoa humana, embora os gregos e romanos realizassem as primeiras considerações. O cristianismo auxiliou grandemente influenciando o surgimento da proteção a pessoa humana, destacando a sua relação do indivíduo com Deus, colaborando a romper determinadas afeições políticas dos romanos, diante do conceito de pessoa que rompeu status libertatis, civitatis e família³.

O cristianismo ocorreu maior interesse aos direitos da personalidade pautados na ideia de fraternidade universal. Mas, com a Declaração de direitos de 1789 que, a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e sua liberdade como cidadão foram maiores impulsionados⁴.

Diante da necessidade da época esses direitos foram incorporados no ordenamento jurídico com mais força, após a Segunda Guerra Mundial com as agressões sofridas com os governos totalitários frente à dignidade humana, a percepção e a importância desses direitos

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 14 ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.160

² *Ibidem*, p.165

³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 2, n. 7, p. 343-354, 2006. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/344/337>>. Acesso em: 29 Set. 2018. p.1

⁴ DINIZ apud MONARO, 2017, p. 1

foram melhores reconhecidos juridicamente dos quais permaneceram no Pacto Internacional das Nações Unidas, Assembleia Geral da ONU em 1948 e na Convenção Europeia de 1950⁵.

Rodrigues afirma que, com a mudança do Código Civil de 2002 e com CFB (1988), os direitos da personalidade tiveram um grande avanço, pois o CC/2002 modifica o seu olhar patrimonialista, tornando um Estado social, com a legislação humanitária colocou-se o ser humano como o centro de interesses e não mais o patrimônio, conforme era em 1916⁶.

Portanto, com a promulgação da CFB, alterações significativas foram realizadas devido mudanças e a necessidade social, elevando o aspecto humano e introduzindo o princípio da dignidade humana como princípio mestre do Estado democrático e como base da Cláusula Geral do direito da personalidade⁷.

Conforme elenca Nobre Junior citado por Monaro, o objetivo maior CFB visa à dignidade da pessoa humana, sendo o foco essencial da ordem jurídica, motivo pelo qual, não são aceitáveis quaisquer atos que possam expor o ser humano em situações desagradáveis, vexatórias, resultando tais condutas puníveis⁸.

Conforme a CFB, os direitos da personalidade são previstos constitucionalmente, apresentando tutela de maneira genérica:

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, nos termos seguintes:

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais

(...)⁹

Os direitos da personalidade também possuem previsão legal expressa no Código Civil, do qual destinou capítulo próprio para resguardar tal direito, relevante e de extrema valia frente à inovação e progresso. Assim sendo, o novo e atual Código Civil não enumera esses direitos de forma taxativa, pelo fato de que, assim reduz o risco de algum deles permanecer despercebido, optando assim por normas amplas e permitindo aderir o

⁵ DINIZ apud MONARO, 2017, p. 3.

⁶ RODRIGUES, Mithiele Tatiana. Mudança do paradigma do direito da personalidade á luz do constitucionalismo civil, 2014. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/mostra-direitos-personalidade-2014/wp-content/uploads/sites/103/2016/07/07_GT3_Mithiele_Tatiana_Rodrigues.pdf>. Acesso em: 13 Out. 2018. [I Congresso Internacional de Direitos da personalidade] p.5-6

⁷ *Ibidem*, p. 1

⁸ NOBRE JUNIOR, 2000 apud MONARO, 2017, p. 4.

⁹ BRASIL. **Constituição de republica federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019. p.1

desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência¹⁰.

O pacto de San José da Costa Rica também contribuiu para o garantismo dos direitos da personalidade, onde o Brasil vem concretizando os direitos fundamentais e o cumprimento desse pacto. Destarte, essa norma internacional foi incorporada no ordenamento jurídico como lei infraconstitucional de direitos humanos, dos quais os Estados signatários estabeleceram o compromisso de garanti-los¹¹.

2.2 Direitos da personalidade e seu conceito

Os direitos da personalidade são direitos pertencentes à pessoa humana, personalíssimos, dos quais integram a personalidade do titular. Haja vista, são diversos os direitos amparados no ordenamento jurídico, dos quais não pode ser violada por ter proteção na CFB, a lei maior do ordenamento¹².

Deste modo, esses direitos estão entrelaçados na categoria dos direitos que envolvem diretamente o ser humano, constituindo um mínimo necessário para o pleno desenvolvimento do indivíduo abrangendo todas as esferas¹³.

O direito à personalidade assegura diversos direitos e garantias fundamentais elementares. Nesse ensinamento, os direitos à personalidade constituem uma categoria especial de direitos subjetivos ao titular dessa personalidade para que possa usá-la e desenvolvê-la plenamente¹⁴.

Bittar compreende que, os direitos da personalidade são entendidos como direitos próprios do indivíduo, existem por sua natureza como pessoa humana inerente ao seu nascimento além dos referentes à sua moral e seu relacionamento no âmbito social¹⁵

Monaro destaca que, “As garantias fundamentais e os direitos da personalidade constituem em importantes direitos conquistados, precisam fazer jus no meio social,

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹ VELOSO, Alberto Junior. As características dos direito fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada. **Scientia Iuris**, v. 17, n. 1, p. 9-28, 2013. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/9611/12926>>. Acesso em: 15 Out. 2018. p.16

¹² WALD, Arnoldo. **Direito civil: introdução e parte geral**. 9 ed. Rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹³ BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁴ GIRÃO, Daniel Bezerra Montenegro. Direitos à personalidade, p. 89-101, 2012 in: **Revista Perspectiva FGF**, v. 1, n. 1, p. 1-127, 2012 in: Revista Jurídica UNIJUS. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 1, n. 1, 1998. – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998. Disponível em: <http://www.nead.fgf.edu.br/novo/material/revista_perspectiva/revista_perspectiva.pdf#page=93>. Acesso em: 15 Out. 2018. p.90

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. Rev. aum e mod por Eduardo. C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

resguardando os direitos do sujeito desde a concepção até a morte”¹⁶

A enumeração dos direitos da personalidade não é uma tarefa simples:

Todavia, enumerar os direitos da personalidade, em espécie, é uma tarefa hercúlea e incessante, uma vez que não é possível fazer uma relação exaustiva, dada a circunstância de ser possível o reconhecimento de novos direitos na medida da evolução da sociedade.¹⁷

Embora os direitos da personalidade em regra, cessam com a morte do sujeito produzindo efeitos post mortem, alguns deles são mantidos, exaurindo-se no tempo tais como: o respeito ao corpo seja em sua integralidade ou parte dela e a imagem. Vale destacar que, subsistem alguns direitos da personalidade com efeitos *ad aeternum* que possui proteção específica como o direito autoral prevendo a lei, defesa pelo Estado, podendo ser transmissíveis aos herdeiros para que possam promover a defesa diante de terceiros¹⁸.

Não é permitida a transferência de um direito da personalidade a outro, eles são direitos próprios do ser humano. Deste modo, possuem fundamento na dignidade humana sendo: imprescritíveis, irrenunciáveis, inalienáveis, intransmissíveis, e, não sendo permitido transigir um de seus direitos para outrem que não possui, seja à liberdade intelectual, física ou o direito à vida¹⁹.

Os direitos da personalidade possuem duas categorias gerais: os direitos adquiridos de um lado e inatos sob outra perspectiva. Portanto, os direitos adquiridos são existentes pelos termos e sua extensão ao ordenamento jurídico e os inatos, sobrepostos diante de qualquer condição legislativa. Assim sendo, importante destacar que, a ordem jurídica frente aos interesses individuais e coletivos, admitem determinadas exceções diante desses atributos ou de seu exercício²⁰.

Todavia, perante os direitos da personalidade o princípio da dignidade humana está fortemente interligado para assegurar e garantir aos indivíduos esses direitos e o desenvolvimento de sua personalidade humana²¹.

¹⁶ MONARO, Gleicemeri de Vito Monaro. Uma abordagem dos direitos da personalidade e os direitos do natimorto, 2017. Disponível em: <<https://proceedings.science/epcc/trabalhos/uma-abordagem-dos-direitos-da-personalidade-e-os-direitos-do-natimorto>>. Acesso em: 29 Set. 2018. [**X Encontro Internacional de Produção Científica**] p.8

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69

¹⁸ BITTAR, 2015, p.46

¹⁹ RODRIGUES, 2003 *apud* MONARO, 2017. p. 4

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil: Teoria geral de direito civil**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 203

²¹ BRANDELLI, 2012. p.21

Gonçalves afirma que, o respeito à dignidade da pessoa humana configura-se dentre os fundamentos constitucionais que direcionam todo o ordenamento jurídico diante da proteção aos direitos da personalidade²².

Perante o tema discutido, na prática dos tribunais ocorrem-se alguns conflitos perante as decisões referentes à teoria da personalidade adotada, conforme julgados tanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como do Supremo Tribunal Federal (STF), é notável a discrepância em seus julgamentos, pois o STF utiliza-se mais da teoria natalista, como exemplo, a utilização das células troncas embrionárias no estudo de tratamento de doenças. Em contrapartida, o STJ possui um olhar mais concepcionista no embasamento e fundamento de suas decisões, tendo como caso concreto a indenização por danos causados aos nascituros. Importante esclarecer que, o STF aparenta adotar a teoria natalista mediante a ADI 3510 do qual foi julgada improcedente²³.

2.3 Previsão Legal

A proteção aos direitos da personalidade está previsto no ordenamento jurídico em vários campos além da CFB, conforme vede:

Certo é que, são direitos tutelados na Lei Magna, no Código Civil/02, em tratados internacionais, em leis extravagantes, no estatuto da Criança e do Adolescente, e com destaque para a Lei de Alimentos Gravídicos, Transplantes, Biossegurança, dentre outros, havendo colisões de direitos tutelados deve ser feita minucioso valoração de interesses aplicando-se o princípio do meio menos lesivo e o princípio da proporcionalidade-igualdade²⁴

Embora apresente divergências nas classificações e entendimentos de correntes de pensamento e do posicionamento dos autores diante dos direitos da personalidade, apesar do dissenso algo é unânime, a relevância social que o tema possui e de atualidade, tornando essencial o acesso para a positivação no direito e melhor compreensão dos direitos, estes que são dotados de proteção²⁵.

Deste modo, a compreensão e informação dos cidadãos frente aos direitos referentes

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.184

²³ SILVA, Jéssica Scheidemantel Conceição. **A proteção jurídica do nascituro no Brasil: conflitos entre a teoria natalista e a teoria concepcionista**, 2017. Disponível em:

<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11266/1/21205594.pdf>>. Acesso em: 29 Set. 2018. p.44-45

²⁴ RODRIGUES, 2014, p. 3

²⁵ BITTAR, 2015, p.27

à sua personalidade são relevantes, para que possam reivindicá-los frente perante algum ato de ameaça e percepção do direito violado além de fazer jus à aplicabilidade prática da lei²⁶.

O grande marco para a proteção diante dos direitos da personalidade foi com a CFB:

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, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...)²⁷

O respectivo dispositivo constitucional não apresentou quaisquer restrições, assim, o direito deve englobar a todos os cidadãos sem distinções (Art.5, V, CFB/88), sendo inadmissível posicionamento que limita a oportunidade de aplicar a pessoa natural²⁸.

Vale destacar que, este não é o único expresso na Carta Magna, pois esses direitos estão interligados com a dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais, dos quais orienta o ordenamento jurídico brasileiro frente à defesa desses direitos da personalidade²⁹.

Deste modo, os direitos da personalidade possuem influências de outros ramos como a medicina, área civil e penal visando resguardar esses direitos presentes na CFB, pois a medicina auxiliará na constatação do nascimento com vida, o código civil frente ao registro do nascituro e a área penal visando punições frente à violação dos direitos inerentes ao nascituro³⁰.

O Código Civil prevê expressamente os direitos da personalidade e ressalta que, são direitos intransmissíveis e inalienáveis, dos quais o indivíduo não pode desfazer deles, alguns deles estão expressos neste código tais como: disposição gratuita do corpo, direito ao nome, a imagem, a vida privada e de não se submeter ao risco de vida³¹.

Haja vista, o ordenamento jurídico defende claramente os direitos da personalidade, caso sejam violados é possível o direito de indenização por dano material ou moral,

²⁶ BITTAR, *op cit*, p. 28

²⁷ BRASIL. **Constituição de republica federativa do Brasil**. Brasília: 1988. p.1

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.68

²⁹ BRASIL,1988, p. 1

³⁰ MONARO, p. 2

³¹ BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, Jan, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019. p.1

reclamação por perdas e danos, dependendo do bem a ser violado e conseqüentemente o caso concreto a ser analisado³².

Assim sendo, a proteção dada por todo o arcabouço jurídico frente os direitos da personalidade poderão ser propostos pelo titular do direito, do qual é acobertado pela legitimidade ativa, hipóteses concretas que ocorrerem lesão ou ameaça frente quaisquer direitos da personalidade que possui, almejando assim, medida cautelar ou punitiva frente ao agressor. Todavia, causando prejuízos ao lesionado, este poderá reclamar perdas e danos³³.

Importante mencionar que, os direitos da personalidade não estão positivados somente no Código Civil, pois as declarações de direitos humanos tiveram fortes influências, sendo, contudo um reflexo histórico dos quais alçou os personalíssimos no rol dos direitos internacionais amparados. A declaração Universal dos direitos humanos consolidou a igualdade dentre os cidadãos e a dignidade humana sendo um grande marco no direito, sendo um bem valioso a ser respeitado³⁴.

2.4 Características dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são caracteres próprios dos sujeitos, foi reconhecido por todo o ordenamento jurídico e possui proteção constitucional, estando prevista na lei maior, código civil além de ter o respeito pela doutrina e jurisprudência³⁵.

Sendo assim, esses direitos possuem determinadas características de suma relevância, pois são direitos intransmissíveis, indisponíveis, imprescritíveis, ilimitados, irrenunciáveis, inextinguíveis, e vitalícios³⁶.

A intransmissibilidade caracteriza pelo fato que, não podem ser transferidos direitos para outro, não sendo admissíveis seus titulares dispor deles ou transmitir para terceiros³⁷.

Os direitos da personalidade são intransferíveis, o ordenamento jurídico não permite que o sujeito, transfira para outrem, seja parcial ou total, não permitindo a transmissão ou

³² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil**: Teoria geral de direito civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.203-204

³⁴ SILVA, Aida Susmare da. **Direitos da personalidade- direito à identidade**: a autonomia jurídica sobre o direito ao nome, sob o viés constitucional civilista, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/ea000516.pdf>>. Acesso em: 14 Dez. 2018. p.76

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.135

³⁶ *Ibidem*, p. 135

³⁷ GONÇALVES, 2003, p. 156-157

transferência de tal direito.³⁸

Os direitos da personalidade são indisponíveis, não podem mudar de titular, nem que a pessoa queira por vontade própria, não é admitido em regra, mas possuem exceções, em caso de admitir a disponibilidade para interesse social, como exemplo: o direito a imagem, frente o documento de identidade³⁹.

São imprescritíveis pois não são possíveis serem extintos pelo uso e pelo decurso do tempo, inexistente um prazo para o exercício, são também impenhoráveis não sendo passível de penhora⁴⁰.

São direitos ilimitados, pois não é suscetível de enumerar todos os direitos da personalidade que o sujeito possui, no Código Civil ele traz expresso no art. 11 a 21, alguns deles, sendo um rol exemplificativo e não taxativo, não esgotando o seu elenco, pois é impensável mencionar-se um *numerus clausus* neste aspecto⁴¹.

A renúncia dos direitos é vedada, não sendo possível o sujeito renunciar de algum direito que possui ou abandoná-lo, são irrenunciáveis pelo fato de que não é permitido exceder a esfera de seu titular⁴².

São expropriáveis por não poderem sofrer efeitos de desapropriação, sendo ligados ao sujeito e inatos a ele, não sendo admitido serem retiradas contra a sua vontade e nem o exercício sofrer limitação voluntária⁴³.

Os direitos da personalidade possuem caráter vitalício, são direitos que nascem com a pessoa, obtidos desde a concepção, não podendo ser retirado do indivíduo enquanto ele viver, em regra extingue-se com a morte do sujeito. Porém, é necessário ressaltar que, alguns desses direitos são mantidos mesmo com o óbito do sujeito, pois certos direitos sobrevivem tais como: respeito aos mortos, envolvendo o seu corpo, imagem, a honra e seu direito moral de autor, permanecendo mantidos⁴⁴.

Complementa o autor que, alguns dos direitos da personalidade ainda são mantidos com a morte, eles possuem efeito *post mortem*, aqueles referentes ao corpo morto por exemplo. Esses direitos são transmissíveis por meio da sucessão *mortis causa*, cabendo as

³⁸ DINIZ, 2014 *apud* MONARO, 2017, p. 4.

³⁹ DINIZ, 2014, p. 135

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 14 ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.170

⁴¹ GONÇALVES, 2003, p.157

⁴² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit*, p. 169

⁴³ GONÇALVES, *op cit*, p.158

⁴⁴ DINIZ, *op cit*, p.136

peças legitimadas promoverem a defesa diante de terceiros⁴⁵.

O Código Civil expõe claramente as peças legitimadas para a devida tutela:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.⁴⁶

Consequentemente, mesmo que os direitos da personalidade são de cunho personalíssimo cabendo apenas o titular ter a legitimidade em propor a demanda, ele possui exceção do qual, pode ser intentada por outrem, sendo admitido com a morte do titular projetando-se a família⁴⁷.

2.5 Classificação dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são diversos dos quais visam conceder proteção aos cidadãos em suas variadas integridades, esses direitos são subjetivos do sujeito, podendo-se socorrer da defesa em sua integridade física, moral e intelectual⁴⁸.

Deste modo, a CFB trás expresso a possibilidade de indenização moral ou material frente à proteção dos direitos da personalidade inerentes ao ser humano, dos quais são garantias fundamentais⁴⁹.

A proteção ao ser humano não deve ser concedida somente aos bens materiais, mas principalmente na sua essência como ser humano⁵⁰.

Complementa ainda o autor que, essa classificação não deve ser caracterizada como um rol taxativo, conforme sua exemplificação doutrinária:

Ressalve-se, porém, que a relação aqui feita não deve ser considerada taxativa, mas apenas fruto de uma reflexão sobre os principais direitos personalíssimos, até mesmo porque qualquer enumeração jamais esgotaria o rol dos direitos da personalidade, em função da constante evolução da proteção aos valores fundamentais do ser humano.⁵¹

⁴⁵ BITTAR, 2015, p.45

⁴⁶ BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, Jan, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019. p.1

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil: Teoria geral de direito civil**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 379-380

⁴⁸ DINIZ, 2014, p.138

⁴⁹ BRASIL, 1988, p. 1

⁵⁰ GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 160

⁵¹ GAGLIANO *op cit*, p. 171

Deste modo, a integridade física abrange diversos aspectos, dos quais envolve a proteção a vida, ao corpo e aos alimentos. A integridade intelectual abrange os direitos referentes à liberdade de pensamento, autoria artística, literária e científica e por fim, a integridade moral dos quais incorpora a honra, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem, a liberdade civil, política e religiosa, a honorificência, o recato, a identidade familiar, social e pessoal⁵².

3 PRINCÍPIOS

Os princípios tratam-se de um fundamento da norma jurídica, são dotados de força normativa que buscam suprir as lacunas da lei e orientam para a aplicação e interpretação das normas. Os princípios são importantes para os aplicadores do direito e nas decisões jurisprudenciais, sendo um elemento norteador de decisões, pois condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, seja na aplicação e integração ou elaboração de novas normas⁵³.

3.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é de suma relevância para o campo jurídico, ele não é aplicado somente frente aos direitos da personalidade, mas abrange todos os campos do direito quando ocorrer à colisão de interesses tutelados dependendo da casuística⁵⁴.

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.⁵⁵

⁵² DINIZ, 2014, p.138

⁵³ CASTRO, Carem Barbosa de. Teoria Geral dos princípios. In: Âmbito jurídico. Rio Grande, XV, n. 104, set, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/teoria-geral-dos-principios/>>. Acesso em: 05 Dez. 2019. p.1

⁵⁴ IZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, v. 33, n. 1, p. 19-29, 2000. p.28

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais 798**, v. 1, n. 1, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 21 Dez. 2018. p. 24

Vale destacar que, a proporcionalidade é aplicada com o intuito de não ocasionar nenhuma restrição de direitos fundamentais de forma desproporcional e com desconformidade, sendo necessário analisar os parâmetros de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo estes subespécies da regra do princípio⁵⁶.

3.2 Princípio da igualdade

Refere-se a um princípio basilar da organização do Estado Brasileiro, concedendo tratamento igualitário entre as partes litigantes e a solução do conflito, deve estar pautada de forma justa concedendo a igualdade entre as partes. Destarte, este princípio como o da proporcionalidade não são aplicados especificamente em casos concretos que envolvam os direitos da personalidade, mas possuem grande relevância tendo aplicabilidade em outros campos jurídicos⁵⁷.

O princípio da igualdade também é conhecido como isonomia ou até mesmo paridade das armas, visando almejar em sua essência a necessidade de iguais, oportunidades as partes no decorrer de qualquer processo⁵⁸.

Consequentemente, diante dos direitos da personalidade que possui proteção legal tanto da CFB, leis extravagantes, Código Civil deve ser aplicado esse princípio em casos concretos que cause colisões de direitos dos quais devem ser realizados sua ponderação de interesses de forma proporcional e igualitária⁵⁹.

3.3 Princípio da dignidade humana

A CFB consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos e sendo inviolável no ordenamento jurídico, pois a CFB tornou-se Estado democrático de direito, pautando-se à dignidade como bem maior e precioso⁶⁰. Essas prerrogativas encontram-se expressamente na lei maior, conforme vede:

⁵⁶ *Ibidem*, p. 2

⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p.69-70

⁵⁸ *Ibidem*, p. 70

⁵⁹ RODRIGUES, 2014, p. 3

⁶⁰ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **R. Dir. adm.**, v. 1, n. 1, p. 237-251, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47505/45250>>. Acesso em: 24 Out. 2018. p.251

Art. 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁶¹

O princípio da dignidade humana busca o respeito a toda a coletividade perante os valores fundamentais como indivíduo, dos quais devem ser preservados e respeitados, coibindo-se quaisquer práticas de atos que venham a lesionar tais valores, fomentando a proteção e desenvolvimento da essência do ser humano⁶². Essa norma elenca dois valores jurídicos importantes, a pessoa e sua dignidade⁶³.

Soares refere à essência da dignidade humana diante do posicionamento do ordenamento jurídico Brasileiro:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar as multiplicidades de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, da Carta Magna brasileira e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada.⁶⁴

Os direitos da personalidade são evidenciados pelo legislador civil como cláusulas pétreas e possui caráter de direitos fundamentais em respeitabilidade a proteção da dignidade humana⁶⁵. Destarte, o mesmo autor complementa sua indagação frente à proteção da pessoa humana:

Além disso, a partir do artigo 1º, III, combinado com o artigo 5º, § 2º, ambos da Constituição, conclui-se que todos os direitos que sejam afetos à dignidade da pessoa humana devem ser encarados como direitos fundamentais. Assim, ainda que não expressos no rol exemplificativo do artigo 5º da Constituição Federal, todos os direitos da personalidade têm

⁶¹ BRASIL, 1988, p. 1

⁶² BRANDELLI, 2012, p.16

⁶³ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Rev. Direito. Adm.**, v. 1, n. 212, p. 89-94, abr-jun, 1998. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: 17 Dez. 2018, p.90

⁶⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p.14

⁶⁵ FACCHIN, Kleber Henrique. **Sobre o reconhecimento jurídico da pessoa humana e os direitos da personalidade no horizonte da constituição brasileira de 1988**, 2017. Disponível em:

<https://www.academia.edu/36050318/SOBRE_O_RECONHECIMENTO_JUR%3%8DDICO_DA_PESSOA_HUMANA_E_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_NO_HORIZONTE_DA_CONSTITUI%3%87%3%83O_BRASILEIRA_DE_1988>. Acesso em: 17 Dez. 2018. p.8

força de direitos fundamentais, em virtude da proteção à dignidade da pessoa humana⁶⁶.

Consequentemente, esses direitos foram sendo reconhecidos de forma tardia, mas percebe-se que vem ganhando grande relevância, pautados na prioridade da pessoa humana conforme entendimentos da jurisprudência pátria⁶⁷.

A dignidade da pessoa humana foi positivada constitucionalmente e garantida à coletividade como norma, primeiramente na Alemanha em consequência da prática de crimes políticos, onde o Estado nazista feriu a dignidade das pessoas, em consequência dos mesmos motivos históricos, Portugal também declarou expressamente na Constituição Portuguesa, após a Espanha por motivos de tortura e desrespeito a pessoa humana sob o regime militar, e por fim, o Brasil incluiu como fundamento do Estado democrático na CFB⁶⁸.

4 PERSONALIDADE JURÍDICA E SEU INICIO

A temática da personalidade jurídica configura-se em um tema de suma relevância para o campo civil, embora o instituto seja abrangente, ele engloba juntamente as pessoas jurídicas. Deste modo, sendo o ser humano o alvo final da norma, a personalidade jurídica toma como parâmetro de início a personalidade natural.

A personalidade jurídica conceitua-se na aptidão do sujeito para titularizar direitos e adquirir obrigações. Haja vista, ao obter a personalidade o ser humano torna-se um ser que atua na sua qualidade de sujeito de direitos, seja ela pessoa natural ou pessoa jurídica⁶⁹.

A personalidade jurídica é adquirida ao sujeito através do nascimento com vida, sendo o marco inicial de sua personalidade, considerando-se após ocorrer à separação da criança do ventre materno, desfazendo a unidade biológico existente entre mãe e o filho, adquirindo vida orgânica própria e respiração⁷⁰.

Deste modo, é considerado haver a personalidade pelo feto, conforme o Direito Civil e o ordenamento jurídico Brasileiro, desde que ao nascer tenha vida, independentemente do processo cirúrgico adotado, seja parto natural, utilizado recursos obstétricos, intervenção

⁶⁶ *Ibidem*, 2017, p. 8

⁶⁷ *Ibid*, 2017, p. 10

⁶⁸ SILVA, *op cit*, 1998, p. 89

⁶⁹ GAGLIANO, 2012, p. 110

⁷⁰ GONÇALVES, 2012, p. 96

cirúrgica ou nascimento prematuro, independentemente se o mesmo tem alguma deformidade ou anomalia⁷¹.

Vale mensurar que, a observância do nascimento com vida, possui grande valia para o direito, principalmente nas questões que envolvem o direito sucessivo e a transmissão do acervo hereditário, a fixação da personalidade possui grande conjuntura prática. Deste modo, frente à repercussão hereditária, tendo o nascimento com vida e logo após vem a óbito, o recém-nascido receberá a herança, adquirirá e transmitirá o acervo aos seus sucessores, mesmo que tenha poucos minutos de sobrevivência⁷².

A partir do instante que houve respiração, foi adquirida a personalidade jurídica, independente do prazo, seja por horas, minutos ou até mesmo segundos.⁷³.

A obtenção da personalidade jurídica é adquirida com o nascimento frutífero, sendo possível serem constatados pela medicina por intermédio de exame. Assim sendo, essa aquisição adere à teoria natalista, a predominante e corrente tradicional no Brasil, mas não a única existente, outras teorias ocasionam grandes discussões na doutrina e jurisprudência, pois a aceitação da teoria natalista não é pacífica e possui divergências⁷⁴.

Piccinini e Chemin⁷⁵ exemplifica que, a discussão frente ao instante inicial da personalidade do nascituro diante do direito brasileiro, é discutida frente a três correntes doutrinárias: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e concepcionista.

4.1 Teoria natalista

A doutrina tradicional e o ordenamento jurídico adotou a teoria natalista, está se pauta no fundamento de que, adquire à personalidade jurídica, o sujeito que teve o nascimento com vida, sendo considerado que o feto obteve respiração extrauterina, embora instantânea.

No entanto, a teoria permanece evidente que, o pressuposto para obter a personalidade e o reconhecimento é sem dúvida, a vida, pois sem o nascimento com vida, não há personalidade no sujeito⁷⁶.

⁷¹ *Ibidim*, p. 96

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil**: Teoria geral de direito civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.188

⁷³ DINIZ, *apud* MONARO, 2017, p.4

⁷⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 111

⁷⁵ PICCININI, Fernanda Konrad; CHEMIN, Beatris Francisca. Direitos civis do nascituro. **Revista destaques acadêmicos**, v. 6, n. 2, p. 103-117, 2014. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/402>>. Acesso em: 26 Dez. 2018. p.6

⁷⁶ GONÇALVES, 2003, p.153

Girão⁷⁷ complementa que, essa teoria não considera o nascituro como pessoa, o mesmo possui uma esperança de direito, do qual adquire a personalidade jurídica somente se obtiver nascimento com vida.

Coelho⁷⁸ menciona que, é considerado nascituro desde que o mesmo tenha respirado o ar atmosférico, pois a partir do instante em que teve a entrada de ar em seus pulmões, restou verificada o fato jurídico e o surgimento de sua personalidade. Haja vista, a condição para que o nascituro seja sujeito de direitos é o seu nascimento com vida, não importando que seja uma respiração sucinta, porém ela precisa ocorrer para que o mesmo seja considerado pessoa e tenha preservado todos os seus direitos desde a concepção, sendo assim, receberá direitos daquele que for seu sucessor e caso o efeito morte ocorra, os transmitirá a seus próprios sucessores.

Embora a teoria adotada seja esta mencionada, essa compreensão não é pacífica pela doutrina, pois a quem adota, mas a quem a rejeita, adotando outra teoria. Deste modo, o aspecto do nascituro frente à teoria, respalda que o mesmo não possui personalidade, mas uma expectativa de direito. Assim sendo, o nascituro possui direitos desde a concepção, dos quais não abrangem direitos patrimoniais, diante do fundamento desta teoria.⁷⁹

O Brasil não é a única legislação que adota esta teoria, outros países também aderem esse pressuposto, tais como a legislação italiana, portuguesa, espanhola, alemã⁸⁰.

4.2 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista foi influenciada pelo direito francês, onde o nascituro não adquire a personalidade jurídica com o nascimento com vida, mas desde a sua concepção, seja no ventre materno ou não, considerando como pessoa e admite-se inclusive os efeitos patrimoniais⁸¹.

⁷⁷ GIRÃO, 2012, p. 102

⁷⁸ COELHO, 2012, p.45

⁷⁹ GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, p. 45

⁸⁰ MENEZES, Leandro Vitolo. **Alimentos gravídicos**: um grande avanço na proteção do nascituro e o prestígio a teoria concepcionista, 2010. Disponível em:<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/2699/2478>>. Acesso em: 26 Ago. 2018. p.98

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2017, p. 45

Aguiar⁸² enfatiza que, dentre as teorias que visam demarcar o início da personalidade do nascituro sendo: a teoria natalista, teoria da personalidade condicional e a concepcionista, está última aplica de forma mais adequada à devida proteção da dignidade da pessoa humana.

Aguiar afirma:

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 preservado⁸³.

Vale destacar que, a teoria natalista é adotada no Brasil, mas conforme as relações sociais, a teoria concepcionista está ganhando grande força perante o posicionamento da jurisprudência no nosso País⁸⁴.

Tartuce⁸⁵ destaca que, baseados no direito comparado, o Código Civil argentino é adepto a teoria concepcionista. Vale destacar que, embora essa teoria não prevaleça no Brasil, diversos doutrinadores aderem a ela, sendo alguns deles: Maria Helena Diniz, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Francisco Amaral, Antonio Junqueira de Azevedo, Silmara Juny Chinelato, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Amaral, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Gustavo Rene Nicolau, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Renan Lotufo e Roberto Senise Lisboa.

Importante permanecer evidente que, diante da compreensão dessa teoria, o nascituro possui personalidade jurídica desde a concepção, pois é considerado pessoa, e seus direitos alcançariam inclusive os direitos patrimoniais⁸⁶.

⁸² AGUIAR, Davi Padilha de. **A condição jurídica do nascituro:** teoria concepcionista e a tutela dos direitos da personalidade, 2017. Disponível em: <
<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11259/1/DPA07062017.pdf>>. Acesso em: 27 Set. 2018. p.9-10

⁸³ *Ibidem*, p.52

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, *op cit*, p. 45

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro:** uma página a ser virada no direito brasileiro, 2007. Disponível em:
<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>. Acesso em: 04 Set. 2018. p.10-11

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2017, p. 45

4.3 Teoria da personalidade condicional

A teoria é semelhante à teoria concepcionista, porém apresenta algumas particularidades das quais se difere uma da outra, a principal distinção é a uma condição suspensiva do qual ela é submetida. Deste modo, a teoria da personalidade condicional se pauta na defesa dos direitos do nascituro ligado a uma condição de incerteza, do qual o nascituro obtém se sobrevier o nascimento com vida, resultando assim, o caráter condicional⁸⁷.

Mattos⁸⁸ concorda com o autor acima, e em consonância com a compreensão afirma: “...A “condicionalista” que submete o nascituro a uma condição suspensiva de direitos...”

5 CONCEITO DE NASCITURO

O nascituro é o sujeito que ainda não nasceu, foi gerado, mas ainda não teve a sua respiração extrauterina, ou seja, o seu nascimento. Assim, o nascituro tem proteção pelo direito, mas adquire personalidade civil com o nascimento com vida, conforme expresso na lei: Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro⁸⁹.

Diniz⁹⁰ menciona que, o nascimento com vida é um ato relevante para o ordenamento jurídico, é a partir desse momento que envolve interessantes na área civil, direito das sucessões como por exemplo. Por esse fato, a medicina realiza exame para que seja comprovado cientificamente se a respiração ocorreu, por meio do exame hidrostático de galeno.

A medicina auxilia grandemente neste aspecto jurídico, pois é possível constatar comprovação de que, o nascimento do feto obteve a respiração extrauterina ou não. Desta forma, tendo o feto respirado, os seus pulmões inflou com ar, comprovando a respiração, caso

⁸⁷ OLIVEIRA, Vinícius Mazza. Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos de estudos ciência e empresa**, v. 1, n. 1, p. 86-105, Jul, 2014. p.94-95

⁸⁸ MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**, 2018. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1371/1317>>. Acesso em: 18 Dez. 2018. p.13

⁸⁹ BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, Jan, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019.p.1

⁹⁰ DINIZ, 2014, p.228

esse fenômeno não ocorra, o nascimento com vida não logrou êxito, pois os pulmões ficarão vazios de ar e as paredes alveolares encostadas, essa constatação profissional ocorre com o exame clínico denominado de docimasia hidrostática de galeno, com o avanço medicinal também poderão ser constatados através de exames utilizando outros órgãos do corpo⁹¹.

Menezes⁹² alega que, embora a teoria adotada pela legislação brasileira seja a natalista, ela não resguarda e concede a proteção suficiente para explicar e garantir todos os direitos do nascituro, assim teve a influência pelo Pacto de São José da Costa Rica com a revogação do art. 2 do Código Civil de 1916.

A questão do nascituro, o gerado no ventre materno possui essa expectativa de direito, não deve conceder tratamento diferente ao nascituro perante a fertilização artificial, assim tendo os mesmos direitos como a fecundação natural, estando salvo desde a fertilização *in vitro*⁹³. Coelho destaca que “A mesma proteção conferida pelo direito a este deve estender-se àquele, por conseguinte. A conclusão de tais argumentos é a de que os embriões *in vitro* são sujeitos de direito e merecem, como os nascituros, tutela da lei”⁹⁴.

É relevante mencionar que, por consequência dos grandes avanços da medicina e com a necessidade da sociedade frente à dificuldade e dos problemas resultantes na gravidez, a fertilização *in vitro* vem ganhando destaque, para que as famílias possam realizar o sonho de serem pais. Conforme vede a interpretação dos estudiosos frente esse avanço:

Como nascituro, o embrião *in útero* tem os seus direitos protegidos desde a concepção, caso venha a nascer com vida. É o que decorre do art. 2o do CC, dispositivo que reproduz exatamente a mesma redação da norma equivalente do Código anterior, de 1916. Naquele tempo, os elaboradores da lei desconheciam e certamente nem sequer sonhavam com a possibilidade de fertilização humana extrauterina⁹⁵.

Consequentemente, o art. 2 do Código Civil atual foi mantido de 1916, preponderando que se passaram 102 anos, um pouco mais de um século, muitos recursos tecnológicos foram criados, estudos científicos e avanços da medicina tanto para o tratamento de doenças como a fertilização por meios artificiais como: o congelamento de óvulos e fertilização *in vitro*.

O Pacto de São José da Costa Rica buscou desenvolver uma ampliação nos direitos fundamentais. revogando-o, porém a atual vigência do art. 2 não deveria ser conservada na

⁹¹ GONÇALVES, 2003, p.78

⁹² MENEZES, 2010, p. 13

⁹³ COELHO, 2012, p. 353

⁹⁴ COELHO, 2012, p. 349

⁹⁵ FIUZA, 2002 *apud* COELHO, 2012,p.354

previsão do Código anterior, demonstrando inadequação, pelo fato do mesmo artigo ter sido mantido no Código Civil atual⁹⁶.

5.1 Proteção ao nascituro

Sabemos que os direitos da personalidade são protegidos desde a concepção até a morte, dos quais alguns deles iram exaurir-se mesmo após o falecimento do sujeito⁹⁷.

Deste modo, mesmo que o direito da personalidade constitui uma matéria constitucional e capítulo próprio no Código Civil, o ramo do direito penal visa leis que buscam a proteção de vários direitos inclusive aqueles com efeitos *post mortem*⁹⁸.

Assim sendo, os direitos da personalidade possuem amparo legal diante de várias abrangências tais como: a defesa a saúde, a honra, a vida, ao corpo morto, dos quais esses direitos são amparados por meio de bens jurídicos no Direito Penal de forma expressa e visa coibir sua violação⁹⁹. A proteção concedida à vida tem amparo legal pela CFB, Código Civil e juntamente por meio da área penal, abrange os crimes praticados contra a vida como por exemplo, o aborto¹⁰⁰.

Monaro¹⁰¹ enfatiza que, a área penal também contribui para a proteção dos direitos da personalidade do sujeito. Assim expõe: “a área criminalista nas punições penais nos que envolvem crimes contra esses bens resguardados, tais como: à vida, ao sentimento religioso, ao corpo morto e outros”.

6 ARGUMENTOS A FAVOR DA TEORIA CONCEPCIONISTA FRENTE A NATALISTA

É evidente que, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista, aos direitos e personalidade jurídica do nascituro, fundamento pelo qual prevalece essa teoria pelo Código Civil de 2002, até o presente momento¹⁰².

Além disso, a teoria natalista está totalmente atrasada com relação ao surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos

⁹⁶ MENEZES, 2010, p.13

⁹⁷ BITTAR, 2015, p.45

⁹⁸ GONÇALVES, 2003, p.159

⁹⁹ BITTAR, *op cit*, 47

¹⁰⁰ GONÇALVES, 2012, p.99

¹⁰¹ MONARO, 2017, p. 8

¹⁰² BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, Jan, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019. p.1

direitos ao embrião, além de se distanciar da proteção ampla dos direitos da personalidade, que é a tendência do Direito Civil¹⁰³.

Figueiredo¹⁰⁴ complementa que, a legislação foi sancionada em um momento histórico pelo qual, a ciência e a biomedicina estavam aos poucos sendo implantada no meio social, postura diferente perante a sociedade brasileira atual, onde a inseminação artificial, congelamento de células troncas embrionárias, pesquisa científica com embriões in vitro são de interesse e relevância tanto ao campo biológico como para a medicina avançada.

Ramborger e Gervasoni¹⁰⁵ não contraria o aspecto de que a teoria natalista é a adotada pelo ordenamento, o nascituro possui amplamente os direitos da personalidade sob a condição do nascimento e este com vida, possuindo no período gestacional uma mera expectativa de direitos.

Assim sendo, o aspecto do nascituro possuir uma mera expectativa de direitos como apontam o campo doutrinário vem sofrendo alterações significativas, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente vem reconhecendo o nascituro como sujeito de direito, conforme informativo divulgado em 01 de julho de 2019.

Figueiredo¹⁰⁶ demonstra que, mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista sendo esta a vigente, há quem compreenda que o Direito Civil Brasileiro deveria ser alterado para a teoria concepcionista.

Assim sendo, conforme entendimento do autor é preciso ter o discernimento de que, a teoria natalista foi adotada no período em que a ciência estava gradativamente caminhando, sua elaboração foi na época onde os estudos científicos não tinham comprovado o que hoje se tornou uma realidade indiscutível, do fato que o concepto desde a concepção, sendo sujeito autônomo e gerenciador de seu desenvolvimento¹⁰⁷.

O aspecto perante ambas as teorias apresenta divergências doutrinárias, possuem doutrinadores que defendem a concepcionista, o nascituro é pessoa jurídica merecendo

¹⁰³ SILVA, Jéssica Scheidemantel Conceição. **A proteção jurídica do nascituro no Brasil: conflitos entre a teoria natalista e a teoria concepcionista**, 2017. Disponível em:

<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11266/1/21205594.pdf>>. Acesso em: 29 Set. 2018. p.118

¹⁰⁴ FIGUEIREDO, Antônio Macedo. Células-tronco: a ciência, a ética e os direitos do nascituro. **R. Jus.**

UNIJUS, v. 12, n. 16, p. 37-56, 2009. Disponível

em:<<http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1040/1214#page=37>>. Acesso em: 22 Ago. 2018. p.50

¹⁰⁵ RAMBORGER, Everton Luís Charão; GERVASONI, Tássia A. Uma breve perspectiva legal do direito à vida e à autonomia privada no debate sobre o aborto, p. 1-5, 2014. Disponível em: <

<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/12850/1990>>. Acesso em: 04 Set. 2018. [I Mostra de pesquisa em direito civil constitucionalizado - UNISC– 2014]. p.3

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, 2009, p. 50

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, *op cit*, p. 50

amparo legal e outros criticam, onde a teoria natalista deve continuar permanecendo no âmbito jurídico frente ao nascituro¹⁰⁸.

Porém, enquanto a condição do nascituro em nosso ordenamento permanece controversa, dividida entre proteção e desconsideração, podemos concluir que o nascituro possui direitos personalíssimos como o direito à vida, integridade, proteção pré-natal, bem como direitos patrimoniais como o consentimento de indenização, alimentos gravídicos, recebimento de doação e beneficiário de herança¹⁰⁹.

É possível analisar o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que compreende que o nascituro faz jus à indenização moral, frente o falecimento de seu pai antes mesmo de seu nascimento:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.¹¹⁰

A lei de alimentos gravídicos concede ao nascituro valor pecuniário que pode ser ofertado a gestante em prol ao nascituro, não a título de bem patrimonial, mas para que o nascituro tenha o mínimo necessário para as despesas adicionais no período gestacional e dentre as complementares tais como: internações, parto, assistência médica e psicológica, alimentação especial entre outras. Conforme vede a lei:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que

¹⁰⁸ TARTUCE, 2007, p. 8

¹⁰⁹ BOTELHO, Carla Mariana Café; CORREIA, Daniel Camurça. O aborto e a personalidade jurídica do nascituro: uma crítica feminista ao ordenamento jurídico brasileiro. **Caderno Espaço Feminino**, v. 30, n. 1, p. 73-88, Jan-Jun, 2017. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/37508/pdf>>. Acesso em: 06 Set. 2018. p. 86

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 399.028/SP**, 2002. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464184/mod_resource/content/1/STJ-Nascituro%20-%20Min%20Figueiredo%20Teixeira.pdf>. Acesso em: 07 Set. 2018. p.1

sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à 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.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos¹¹¹.

Menezes¹¹² complementa que, a jurisprudência e a doutrina não vêm apresentando resistência diante da concessão de alimentos gravídicos dependendo do caso concreto em análise, a lei de alimentos gravídicos vem sendo um instrumento funcional e muito utilizada na prática jurídica e aceita por unanimidade pelos tribunais.

Conforme a divergência das teorias que questionam a personalidade do nascituro, a natalista opõe-se contrariamente perante a lei alimentar e o prestígio da teoria concepcionista, indaga ainda que, a promulgação da lei de alimentos gravídicos concedeu sentido de validar e prestigiar ainda mais a teoria concepcionista.

Com os alimentos gravídicos, agora expressamente garantidos, a teoria natalista é insuficiente para justificá-los, mostrando que a adoção por esta teoria está ultrapassada e equivocada. É preciso realizar uma interpretação ponderada e conjunta com os princípios fundamentais constitucionais, para justificar tal concessão, sobretudo enaltecendo o direito fundamental à vida¹¹³.

Ribeiro¹¹⁴ menciona que, os direitos aos alimentos faz jus à dignidade humana e o direito à vida devendo ser garantidos, adotando-se a teoria concepcionista do qual o nascituro é titular de direitos subjetivos sendo fundamentais para o seu desenvolvimento.

Chavengo e Oliveira¹¹⁵ afirmam que, a tutela aos direitos do nascituro é de grande valia, refere-se à vida, o bem maior e precioso do indivíduo que deve ser tutelado desde a sua fase inicial.

¹¹¹ BRASIL. Lei Nº 11. 804 de 5 de Novembro de 2018. **Alimentos gravídicos**. Diário Oficial da União: Brasília, Nov, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019. p.1

¹¹² MENEZES, 2010, p. 6

¹¹³ *Ibidem*, p. 99

¹¹⁴ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos ao nascituro, uma postura em defesa do direito à vida**, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/109.pdf>. Acesso em: 15 Out. 2018. p.1

¹¹⁵ CHAVENGO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 12, n. 12, p.657-677, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2541/1762>>. Acesso em: 15 Out. 2018. p.3-4

Deste modo, compreende que, a legislação civil precisa ser alterada diante da teoria adotada frente às necessidades sociais, afirma Casali:

Pelo exposto, cabe concluir pela necessidade de reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade, uma vez que toda a legislação posterior se encaminha no sentido deste reconhecimento a partir da concepção¹¹⁶.

Casali¹¹⁷ exemplifica que, no art. 2 do Código Civil ocorrem uma verdadeira contradição de ideias e controvérsia na compreensão do dispositivo legal, pois se compreende que, a personalidade civil inicia com o nascimento com vida, concede direitos ao nascituro, permanecendo evidente que a teoria natalista prevalece e defendida por muitos doutrinadores. Em contrapartida, o caráter obscuro da lei, o mesmo dispositivo realizado com a interpretação lógico sistêmica, pauta-se em uma teoria concepcionista.

A compreensão do STJ frente ao nascituro vem sendo interpretado com proteção ao nascituro conforme os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. É possível perceber que, mesmo em vida intrauterina alguns direitos devem ser resguardados ao nascituro, tendo o direito à vida como o essencial a ser protegido. Conforme vede jurisprudência renomada do Superior Tribunal de Justiça:

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.¹¹⁸

O Ministro Luis Felipe Salomão relator da jurisprudência acima argumenta que, o nascituro deve ser considerado como pessoa e não mera expectativa de direito como se fundamenta a teoria natalista. Ressalta o relator que, o nascituro é considerado uma pessoa

¹¹⁶ CASALI, Nely Lopes. O nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista jurídica cesumar**, v. 4, n. 1, p. 63-68, 2004. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/363/427>>. Acesso em: 11 Out. 2018. p. 67

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 2

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727/SC**, 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF>. Acesso em: 13 Out. 2018. p.1

pois no art. 1798 do Código Civil possui legitimidade na sucessão não somente as pessoas nascidas, mas incluem-se as concebidas, o direito do nascituro de receber doação, de ser curatelado, proteção a gestante com intuito de garantir a vida e a saúde ao concebido e juntamente os alimentos gravídicos pleiteado antes mesmo de nascer, tendo a titularidade o próprio nascituro e não a sua mãe¹¹⁹.

Conforme a jurisprudência do STJ fundamenta-se ainda o presente relator:

Com efeito, ao que parece, o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea.(...)¹²⁰

Chavengo e Oliveira¹²¹ mencionam a necessidade de uma proposta que visa reformular o conceito da personalidade e sua alteração do art. 2 do Código Civil, para que assim, a norma legal possa estar em consonância com todo o ordenamento jurídico. Assim sendo, para que a personalidade seja considerada desde a fecundação e não após o nascimento com vida, concedendo maiores proteções e tutela ao nascituro.

Os direitos da personalidade atendidos pelo Código Civil de 2002 embora não obteve um tratamento mais aprofundado da matéria, o respectivo tema vem sendo firmado pela jurisprudência mesmo não existindo uma norma geral que a sistematize de maneira profunda. Assim sendo, esses direitos da personalidade ainda se encontram dispersos em leis extravagantes, perante esse aspecto a jurisprudência brasileira vem assumindo esse encargo, do qual vem garantindo e ampliando esses respectivos direitos¹²².

Haja vista, em consonância com o posicionamento do autor acima, foi divulgado em 01 de julho de 2019 que, a jurisprudência do STJ em diversos julgados está conferindo proteção tanto a mãe como ao nascituro, do qual, o posicionamento pautou-se na teoria concepcionista. Expressamente divulgado na matéria jurídica é possível averiguar: “Embora Código Civil só reconheça direitos aos já nascidos, jurisprudência do STJ entende que ordenamento jurídico brasileiro já os reconhece em nascituros”.

Conforme a recente notícia do caso, a jurisprudência do STJ vem concedendo essa proteção perante suas decisões frente ao nascituro, casos tais como: aborto ocasionado por

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 10

¹²⁰ *Ibid*, p. 10

¹²¹ CHAVENGO; OLIVEIRA, 2012, p. 19

¹²² ANDRADE, Fábio Siebeneichler. A tutela dos direitos da personalidade no direito Brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, v. 1, n.24 p. 81-111, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11474>>. Acesso em: 15 Out. 2018. p.31

acidente automobilístico, indenização por danos morais ao nascituro e a concessão de alimentos gravídicos. Vale ressaltar que, é necessária uma averiguação do caso concreto para sua aplicabilidade.

Apesar das divergências e do entendimento que, a teoria concepcionista é mais protetora frente ao nascituro, é preciso permanecer explícito que, tanto a teoria natalista, a teoria concepcionista e da personalidade condicional almejam um único fim, conceder preceitos a proteção do nascituro e de maiores chances de seu nascimento com vida¹²³.

¹²³ MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. **Caderno virtual**, v. 1, n. 22, p. 1-35, Jul-Ago, 2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380>>. Acesso em: 17 Dez. 2018. p.33

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, os direitos da personalidade nem sempre tiveram o tratamento e a proteção legal existentes, muitos fatos históricos ocorreram neste lapso temporal, tendo intervenção do cristianismo, da escola natural, da filosofia iluminista além do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado no Brasil como norma supralegal. Esses direitos ganharam grande status e reconhecimento a partir da CFB (1988), elevando a dignidade humana. Deste modo, são direitos importantíssimos e merece a devida proteção a toda coletividade, não somente aos nascituros.

É evidente que, a sua relevância social é de grande valia, mas as controvérsias frente ao marco inicial da personalidade são nítidas e existentes frente às teorias dos quais visam delimitar o início da personalidade, seja com o nascimento com vida ou desde a sua concepção no seio materno. Portanto, baseado no direito comparado alguns países adotam e se fundamentam pela teoria natalista (nascimento com vida), embora outros países optasse pela teoria concepcionista (desde a concepção), a controvérsia se estende também entre os doutrinadores brasileiros dos quais alegam que a teoria natalista está ultrapassada frente todo o arcabouço tecnológico da medicina, e se distancia da proteção ampla da dignidade humana, demonstrando a teoria concepcionista ser mais protetora frente os direitos do nascituro.

Vale mencionar que, todas as teorias buscam a proteção ao nascituro, dos quais alguns dos direitos da personalidade são concedidos, lembrando que, mesmo que são direitos inerentes a ele, personalíssimos se estendem até mesmo após a morte, visando resguardar tais direitos. Assim sendo, tanto a área civil, penal e a medicina contribui e auxiliam para que esse direito seja efetivado no caso concreto.

Importante destacar que, a teoria concepcionista vem ganhando grande relevância no meio social, destacando com maior necessidade nos casos, pois se demonstra uma proteção mais ampla frente ao nascituro, muitos fatos vêm optando por ela na sociedade e na solução dos conflitos sociais tais como: alimentos gravídicos, o posicionamento dos doutrinadores, do Superior Tribunal de Justiça em seus julgados e analisando o período que a norma foi criada, muitos avanços da medicina já ocorreram dentro desse período, vendo se a necessidade de adequar melhor à norma no caso concreto, conforme entendimentos de que esteja ultrapassada no cotidiano da sociedade frente à teoria predominante no Brasil.

Diante do exposto, faz necessário que se ampliem os estudos científicos frente à teoria concepcionista, os magistrados, doutrinadores e juristas precisam tomar consciência em

reformular melhor a concepcionista frente os avanços e a atualidade da sociedade, pois a norma deve ser adequada de forma mais precisa nos casos concedendo maior segurança jurídica a todos e buscando amenizar as controvérsias.

Assim sendo, na prática a teoria concepcionista vem sendo mais utilizada embora a natalista seja a adotada, o Código Civil e penal concede essa tutela ao nascituro e demonstram estarem em maior consonância com o enquadramento da teoria concepcionista, é viável, realizar estudos para possível meio de reformular melhor a legislação em vigor de forma precisa e clara frente à teoria concepcionista sem deixar lacunas na lei, sendo esta teoria, a mais protetiva ao nascituro.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Davi Padilha de. **A condição jurídica do nascituro**: teoria concepcionista e a tutela dos direitos da personalidade, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11259/1/DPA07062017.pdf>>. Acesso em: 27 Set. 2018.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler. A tutela dos direitos da personalidade no direito Brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, v. 1, n.24 p. 81-111, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11474>>. Acesso em: 15 Out. 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. Rev. aum e mod por Eduardo. C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOTELHO, Carla Mariana Café; CORREIA, Daniel Camurça. O aborto e a personalidade jurídica do nascituro: uma crítica feminista ao ordenamento jurídico brasileiro. **Caderno Espaço Feminino**, v. 30, n. 1, p. 73-88, Jan-Jun, 2017. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/nequem/article/view/37508/pdf>>. Acesso em: 06 Set. 2018.
- BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei Nº 11. 804 de 5 de Novembro de 2018. **Alimentos gravídicos**. Diário Oficial da União: Brasília, Nov, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727/SC**, 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF>. Acesso em: 13 Out. 2018.
- _____. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, Jan, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 399.028/SP**, 2002. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464184/mod_resource/content/1/STJ-Nascituro%20-%20Min%20Figueiredo%20Teixeira.pdf>. Acesso em: 07 Set. 2018.
- _____. **Constituição de república federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Brasília, out, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 Out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASALI, Nely Lopes. O nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista jurídica cesumar**, v. 4, n. 1, p. 63-68, 2004. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/363/427>>. Acesso em: 11 Out. 2018.

CASTRO, Carem Barbosa de. **Teoria geral dos princípios**. In: Âmbito jurídico. Rio Grande, XV, n. 104, set, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/teoria-geral-dos-principios/>>. Acesso em: 05 Dez. 2019

CHAVENGO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 12, n. 12, p.657-677, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2541/1762>>. Acesso em: 15 Out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACCHIN, Kleber Henrique. **Sobre o reconhecimento jurídico da pessoa humana e os direitos da personalidade no horizonte da constituição brasileira de 1988**, 2017.

Disponível em:

<https://www.academia.edu/36050318/SOBRE_O_RECONHECIMENTO_JUR%C3%8DDICO_DA_PESSOA_HUMANA_E_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_NO_HORIZONTE_DA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_BRASILEIRA_DE_1988>. Acesso em: 17 Dez. 2018.

FIGUEIREDO, Antônio Macedo. Células-tronco: a ciência, a ética e os direitos do nascituro. **R. Jus. UNIJUS**, v. 12, n. 16, p. 37-56, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1040/1214#page=37>>. Acesso em: 22 Ago. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 14 ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIRÃO, Daniel Bezerra Montenegro. Direitos à personalidade, p. 89-101, 2012 in: **Revista Perspectiva FGF**, v. 1, n. 1, p. 1-127, 2012 in: Revista Jurídica UNIJUS. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 1, n. 1, 1998. – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998. Disponível em: <http://www.nead.fgf.edu.br/novo/material/revista_perspectiva/revista_perspectiva.pdf#page=93>. Acesso em: 15 Out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

IZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, v. 33, n. 1, p. 19-29, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 2, n. 7, p. 343-354, 2006. Disponível em:

<<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/344/337>>. Acesso em: 29 Set. 2018.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**, 2018. Disponível em:<

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1371/1317>>. Acesso em: 18 Dez. 2018.

MENEZES, Leandro Vitolo. **Alimentos gravídicos: um grande avanço na proteção do nascituro e o prestígio a teoria concepcionista**, 2010. Disponível

em:<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/2699/2478>>.

Acesso em: 26 Ago. 2018.

MONARO, Gleicemeri de Vito Monaro. Uma abordagem dos direitos da personalidade e os direitos do natimorto, 2017. Disponível em: <<https://proceedings.science/epcc/trabalhos/uma-abordagem-dos-direitos-da-personalidade-e-os-direitos-do-natimorto>>. Acesso em: 29 Set. 2018. [**X Encontro Internacional de Produção Científica**]

MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. **Caderno virtual**, v. 1, n. 22, p. 1-35, Jul-Ago, 2011. Disponível em: <

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380>>. Acesso em: 17 Dez. 2018.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **R. Dir. adm**, v. 1, n. 1, p. 237-251, 2000. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47505/45250>>. Acesso em: 24 Out. 2018.

OLIVEIRA, Vinícius Mazza. Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos de estudos ciência e empresa**, v. 1, n. 1, p. 86-105, Jul, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil: Teoria geral de direito civil**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PICCININI, Fernanda Konrad; CHEMIN, Beatris Francisca. Direitos civis do nascituro.

Revista destaques acadêmicos, v. 6, n. 2, p. 103-117, 2014. Disponível em:

<<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/402>>. Acesso em: 26 Dez. 2018.

RAMBORGER, Everton Luís Charão; GERVASONI, Tássia A. Uma breve perspectiva legal do direito à vida e à autonomia privada no debate sobre o aborto, p. 1-5, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/12850/1990>>. Acesso em: 04 Set. 2018. [I Mostra de pesquisa em direito civil constitucionalizado - UNISC- 2014].

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos ao nascituro, uma postura em defesa do direito à vida**, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/109.pdf>. Acesso em: 15 Out. 2018.

RODRIGUES, Mithiele Tatiana. Mudança do paradigma do direito da personalidade á luz do constitucionalismo civil, 2014. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/mostra-direitos-personalidade-2014/wp-content/uploads/sites/103/2016/07/07_GT3_Mithiele_Tatiana_Rodrigues.pdf>. Acesso em: 13 Out. 2018. [I Congresso Internacional de Direitos da personalidade]

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Aida Susmare da. **Direitos da personalidade- direito à identidade**: a autonomia jurídica sobre o direito ao nome, sob o viés constitucional civilista, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/ea000516.pdf>>. Acesso em: 14 Dez. 2018.

SILVA, Jéssica Scheidemantel Conceição. **A proteção jurídica do nascituro no Brasil**: conflitos entre a teoria natalista e a teoria concepcionista, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11266/1/21205594.pdf>>. Acesso em: 29 Set. 2018.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Rev. Direito. Adm**, v. 1, n. 212, p. 89-94, abr-jun, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: 17 Dez. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais 798**, v. 1, n. 1, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 21 Dez. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro**: uma página a ser virada no direito brasileiro, 2007. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>. Acesso em: 04 Set. 2018.

VELOSO, Alberto Junior. As características dos direito fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada. **Scientia Iuris**, v. 17, n. 1, p. 9-28, 2013. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/9611/12926>>. Acesso em: 15 Out. 2018.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. 9 ed. Rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXOS

ANEXO A – Lei de alimentos gravídicos



Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.

Mensagem de Veto

Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 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.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nºs 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187^a da Independência e 120^a da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Dilma Rousseff

Este texto não substitui o publicado no DOU de 6.11.2008

ANEXO B – Informativo recente do posicionamento jurisprudencial frente ao tema

PRÉ-NATAL

Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito

1 de julho de 2019, 11h30

Embora o artigo 2º do Código Civil diga que "a personalidade civil começa do nascimento com vida", a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido direitos aos ainda não nascidos. Em diversas decisões, o tribunal tem afirmado que o direito à vida e à assistência pré-natal, por exemplo, são tanto da mãe quanto do nascituro. Mas não há delimitação expressa de quais são esses direitos.



Embora Código Civil só reconheça direitos aos já nascidos, jurisprudência do STJ entende que "ordenamento jurídico brasileiro" já os reconhece em nascituros

O tribunal costuma seguir três correntes doutrinárias quando decide sobre esse assunto.

A primeira, chamada de natalista, defende que a titularização de direitos e a personalidade jurídica são conceitos "inexoravelmente vinculados". Portanto, se o Código Civil não reconhece personalidade jurídica a quem ainda não nasceu, o nascituro também não pode ser titular de direitos. Ele teria apenas "mera expectativa de direitos", segundo essa corrente.

Para a teoria concepcionista, a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, como os decorrentes de herança, legado e doação.

Por último, há a teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade tem início com a concepção, porém fica submetida a uma condição suspensiva (o nascimento com vida), assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade, inclusive para assegurar o nascimento.

Direito à vida

Ao reconhecer a uma mulher o direito de receber o seguro DPvat após sofrer aborto em decorrência de acidente de carro, o ministro Luis Felipe Salomão, esclareceu que o ordenamento jurídico como um todo — e não apenas o Código Civil de 2002 — alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro.

Em seu voto no Recurso Especial 1.415.727, o ministro disse que é garantida aos ainda não nascidos a possibilidade de receber doação (artigo 542 do CC) e de ser curatelado (artigo 1.779 do CC), além da especial proteção do atendimento pré-natal (artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Ele ainda citou o Código Penal, que trata do crime de aborto na lista dos "crimes contra a pessoa", no capítulo dos "crimes contra a vida".

“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”, afirmou.

Para ele, 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”.

Seguro DPVAT

Salomão destacou que, mesmo em sua literalidade, o Código Civil não mistura os conceitos de existência da pessoa e de aquisição da personalidade jurídica. De acordo com o ministro, ainda que não se possa falar em personalidade jurídica, é possível falar 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.”

Ao analisar o caso concreto, o relator avaliou que o artigo 3º da Lei 6.194/1974 garante indenização por morte; assim, “o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina”.

O ministro ressaltou que a solução apresentada está alinhada com a natureza jurídica do seguro DPVAT, uma vez que a sua finalidade é garantir que os danos pessoais sofridos por vítimas de acidentes com veículos sejam compensados, ao menos parcialmente.

Em 2010, o mesmo entendimento já havia sido aplicado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ao proferir o voto vencedor no REsp 1.120.676, ele concluiu que “a interpretação mais razoável desse enunciado normativo (Lei 6.194/1974), consentânea com a nossa ordem jurídico-constitucional, centrada na proteção dos direitos fundamentais, é no sentido de que o conceito de ‘dano-morte’, como modalidade de ‘danos pessoais’, não se restringe ao âmbito da pessoa natural, dotada de personalidade jurídica, mas alcança, igualmente, a pessoa já formada, plenamente apta à vida extrauterina, embora ainda não nascida, que, por uma fatalidade, acabara vendo a sua existência abreviada em acidente automobilístico”.

Na ocasião, os ministros da 3ª Turma reconheceram que era devido o pagamento do seguro DPVAT a um casal em virtude de aborto sofrido pela mulher quatro dias após acidente de trânsito, quando ela estava com 35 semanas de gestação.

Erro em exame

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

A partir desse entendimento, a 4ª Turma estabeleceu que uma menina, à época dos fatos na condição de nascituro, não tinha direito à indenização por danos morais em virtude da realização de exame de ultrassonografia cujo resultado, erroneamente, indicou que ela teria síndrome de Down. Tanto o centro radiológico responsável pelo exame quanto a operadora do plano privado de saúde foram condenadas solidariamente a pagar indenização aos pais da criança.

O relator do REsp 1.170.239, ministro Marco Buzzi, ressaltou que há um “inequívoco avanço, na doutrina, assim como na jurisprudência, acerca da proteção dos direitos do nascituro. A par das teorias que objetivam definir, com precisão, o momento em que o indivíduo adquire personalidade jurídica, assim compreendida como a capacidade de titularizar direitos e obrigações, é certo que o nascituro, ainda que considerado como realidade jurídica distinta da pessoa natural, é, igualmente, titular de direitos da personalidade (ao menos reflexamente)”.

Com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, destacou o ministro, é permitido ao magistrado conferir, em cada caso concreto, proteção aos bens da personalidade, consistentes na composição da integridade física, moral e psíquica do indivíduo, compatível com o contexto cultural e social de seu tempo.

Ao citar precedentes do STJ no sentido de conceder indenização por danos morais ao nascituro, o ministro Buzzi observou que não é toda situação jurídica que ensejará o dever de reparação, “senão aquelas das quais decorram conseqüências funestas à saúde do nascituro ou suprimam-no do convívio de seus pais ante a morte deles”.

No caso julgado, o relator ressaltou que, segundo os fatos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a mãe, no dia seguinte ao recebimento do resultado do exame que trazia a equivocada informação quanto à síndrome cromossômica, submeteu-se novamente ao mesmo exame, cujo resultado foi diverso. “Não se olvida, tampouco se minimiza, o abalo psíquico que os pais suportaram em virtude de tal equívoco — dano, contudo, que não se pode estender ao nascituro, na esteira dos precedentes desta Corte Superior”, afirmou.

“Portanto, não há falar em dano moral suportado pelo nascituro, pois, dos contornos fáticos estabelecidos pelas instâncias ordinárias, sobressai clarividente que tal erro não colocou em risco a gestação, e tampouco repercutiu na vida da terceira autora [a filha], após seu nascimento”, concluiu.

Indenização equivalente

No entanto, quando há o dever de reparação, o valor devido ao nascituro não pode ser inferior pela condição de não ter ainda nascido. Ao negar provimento ao pedido de uma empresa condenada por danos morais e materiais pela morte de um empregado em virtude de acidente de trabalho, a 3ª Turma manteve a fixação da indenização em montante igual, tanto para os filhos nascidos da vítima quanto para o nascituro.

A relatora do REsp 931.556, ministra Nancy Andrihgi, explicou que a compensação financeira do dano moral é feita “a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula

matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro”.

A ministra destacou que, entre as razões adotadas no arbitramento do dano moral, são levados em consideração fatores como culpa ou dolo, posição social do ofendido, risco criado, situação econômica do ofensor, mas principalmente a gravidade da ofensa ou a potencialidade lesiva do fato – o que, para ela, confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o subjetivismo da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida.

Para Nancy Andrichi, diferentemente do abalo psicológico sofrido — que não é quantificável —, a gravidade da ofensa suportada pelos filhos nascidos e pelo nascituro à época do falecimento é a mesma. Em seu voto, ressaltou que, para dizer que a dor do nascituro é menor, conforme argumentou a empresa, seria necessário, antes, dizer que é possível medi-la.

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

A relatora ponderou que, se fosse possível mensurar o sofrimento decorrente da ausência de um pai, ela se arriscaria a dizer que “a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida”.

Alimentos gravídicos

Em 2017, a 3ª Turma estabeleceu que os alimentos gravídicos — destinados à gestante para cobertura das despesas no período compreendido entre a gravidez e o parto — devem ser automaticamente convertidos em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, independentemente de pedido expresso ou de pronunciamento judicial. Essa conversão é válida até que haja eventual decisão em sentido contrário, em ação de revisão da pensão ou mesmo em processo em que se discuta a própria paternidade.

O entendimento do colegiado foi aplicado em julgamento de recurso no qual o suposto pai defendeu a impossibilidade jurídica de pedido de execução de alimentos gravídicos, já que, com o nascimento da criança, teria sido extinta a obrigação alimentar decorrente da gestação. Segundo ele, as parcelas da pensão também deveriam ser suspensas até que houvesse o efetivo reconhecimento da paternidade (o número do processo não é divulgado em razão de segredo judicial).

Em análise da Lei 11.804/2008, que regula a matéria, o ministro relator, Marco Aurélio Bellizze, esclareceu inicialmente que os alimentos gravídicos não se confundem com a pensão alimentícia, pois, enquanto esta última se destina diretamente ao menor, os primeiros têm como beneficiária a própria gestante.

Em seu voto, citou as lições de Patrício Jorge Lobo Vieira, para quem alimentos desse tipo podem ser compreendidos como “aqueles devidos ao nascituro e recebidos pela gestante, ao longo da gravidez, reconhecendo-se uma verdadeira simbiose entre os direitos da própria gestante e do próprio nascituro, antes mesmo do seu nascimento”.

Todavia, segundo o ministro, o artigo 6º da lei é expresso ao afirmar que, com o nascimento da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos em pensão alimentícia, mesmo que não haja pedido específico da mãe nesse sentido.

“Tal conversão automática não enseja violação à disposição normativa que exige indícios mínimos de paternidade para a concessão de pensão alimentícia provisória ao menor durante o trâmite da ação de investigação de paternidade. Isso porque, nos termos do caput do artigo 6º da Lei 11.804/2008, para a concessão dos alimentos gravídicos já é exigida antes a comprovação desses mesmos indícios da paternidade”, destacou o relator.

De acordo com o ministro Bellizze, com a alteração da titularidade dos alimentos, também será modificada a legitimidade ativa para a proposição de eventual execução.

“Isso significa que, após o nascimento, passará a ser o recém-nascido a parte legítima para requerer a execução, seja da obrigação referente aos alimentos gravídicos, seja da pensão alimentícia eventualmente inadimplida. Nessa linha de raciocínio, o nascimento ocasionará o fenômeno da sucessão processual, de maneira que o nascituro (na figura da sua mãe) será sucedido pelo recém-nascido”, concluiu o ministro ao negar o recurso especial do suposto pai. *Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.*

Revista **Consultor Jurídico**, 1 de julho de 2019, 11h30