



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
ASSESSORIA DE TCC - TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**A PROTEÇÃO CONFERIDA AO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Daniela Rezende Oliveira Santos
Maria Adriana Andrade

Itabaiana
2019

DANIELA REZENDE OLIVEIRA SANTOS

**A PROTEÇÃO CONFERIDA AO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da Universidade
Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Orientadora Prof^a. Maria Adriana Andrade
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

*Dedico este trabalho aos meus pais
Susaneide e José Luiz, que nunca mediram
esforços para a realização desse sonho.
Amo-os incondicionalmente.
Essa vitória é nossa!*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar forças e coragem para seguir adiante e não desistir ante os obstáculos.

Aos meus pais, meus exemplos de vida. Gratidão por todo o esforço que me permitiu chegar até aqui. Este sonho sempre foi nosso, e agora comemoraremos a nossa vitória, pois tudo o que sou, devo a vocês. O meu amor por vocês é maior que o mundo.

Ao meu noivo Michel, por todo o apoio e incentivo. Obrigada por estar sempre comigo em todos os momentos dessa trajetória. Te amo!

Aos meus avós, sinônimos de amor, humildade e honestidade.

A minha avó Maria (*in memoriam*), o meu anjo protetor, sei que está orgulhosa de mim.

Aos meus tios, pelo incentivo, torcida e auxílio ao longo de toda a minha jornada estudantil.

Aos meus primos, por toda a irmandade, cumplicidade e torcida.

A minha orientadora Adriana, por todo o auxílio, compreensão e ensinamentos.

Amo todos vocês!

RESUMO

Os direitos da personalidade são inerentes à toda pessoa humana, sendo irrenunciáveis. O nascituro é o ser já concebido que habita o ventre materno, suas concepções e conceitos passaram por constante evolução ao longo da história, ora lhe era garantida a personalidade civil, ora lhe era retirada. Há divergência doutrinária acerca do início da personalidade civil do nascituro, posto que alguns doutrinadores adotam a teoria natalista, outros a teoria da personalidade condicional e outros a teoria concepcionista – adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros -. O reconhecimento do nascituro como pessoa humana lhe traz garantia de exercício dos direitos da personalidade e dos direitos patrimoniais, bem como a reparação do dano a ele causado. Ademais, além do Código Civil, o nascituro encontra grande amparo na legislação pátria, posto que a Constituição Federal lhe garante o direito à vida, além de tipificar o aborto como crime contra a vida, submetendo-o à competência do Tribunal do Júri, visando garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Evidencia-se, portanto, que em caso de conflito entre mais de um direito da personalidade e realizada a ponderação, a vida é o que prevalece primordialmente no ordenamento jurídico brasileiro, estendendo-se ao nascituro, ante a criminalização do aborto nos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade civil. Direito à vida. Ordenamento jurídico brasileiro. Aborto.

ABSTRACT

The rights of the personality are inherent to every human being and can not be renounced. The unborn is the being already conceived that inhabits the maternal womb, its conceptions and concepts passed through constant evolution throughout the history, sometimes it was guaranteed the civil personality, now it was retired. There is a doctrinal divergence about the beginning of the civil personality of the unborn child, since some doctrinators adopt the natalist theory, others the theory of the conditional personality and others the conceptionist theory - adopted by the Brazilian Superior Courts. Recognition of the unborn child as a human person gives him assurance of the exercise of personality rights and property rights, as well as compensation for the harm caused to him. In addition, besides the Civil Code, the unborn child finds great support in the national legislation, since the Federal Constitution guarantees the right to life, besides typifying the abortion as a crime against life, submitting it to the jurisdiction of the Jury Court, aiming at ensure the effectiveness of the principle of the dignity of the human person. Thus, in the event of a conflict between more than one right of personality and consideration of life, life is what prevails primarily in the Brazilian legal system, extending to the unborn child, before the criminalization of abortion in articles 124 126 of the Brazilian Penal Code.

Keywords: I am born. Civil personality. Right to life. Brazilian legal system. Abortion.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é abordar a posição do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro à luz da sua personalidade civil. Busca-se relatar os conceitos de nascituro, bem como a importância que lhe foi dada ao longo da história, desenvolvendo as teorias do início da personalidade civil. Além de buscar a demonstração dos direitos garantidos ao nascituro, com a consequente proteção a ele conferida na legislação pátria.

Inicialmente, faz-se imperioso tratar acerca dos direitos da personalidade, inerentes à todo ser humano, que foram construídos ao longo do tempo e consagrados pela legislação pátria. Ademais, considerado como pessoa, o nascituro possui todos os direitos da personalidade, principalmente o direito à vida, visando garantir a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desvela-se que durante as épocas históricas em todo o mundo, o nascituro fora visto de uma forma diferente, em algumas ocasiões fora considerado pessoa e, portanto, dotado de personalidade, em outras, não. Mister se faz destacar a importância das teorias acerca do início da personalidade civil, em razão de serem imprescindíveis para estabelecer a condição do nascituro e seu exercício de direitos, estando presentes, inclusive, na formação de jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Neste toar, o nascituro possui demasiada proteção, não somente no Código Civil e na Constituição Federal da República, mas também no Pacto San José da Costa Rica e Estatuto da Criança e do Adolescente. Pois bem. A garantia de direitos àquele inerentes não corresponde apenas aos direitos subjetivos, possuindo também direitos patrimoniais, tais como a doação e a herança, cujos efeitos estão condicionados ao nascimento com vida. Além da possibilidade de responsabilidade civil pelo dano causado ao nascituro, inclusive a possibilidade do dano moral.

A questão da criminalização do aborto também será discutida, com suas acepções históricas mundiais, inclusive com a busca da demonstração da importância em garantir ao direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro. Imperioso aduzir que o aborto era criminalizado já na época da Grécia Antiga e que tal posicionamento ganhou mais força com a Idade Média, devido à ascensão do Catolicismo. Pois bem. Será também explanado acerca da posição do nascituro para o Direito Penal Brasileiro, no tocante à criminalização do aborto no capítulo referente aos Crimes contra a vida.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: CONCEITO E ACEPÇÕES HISTÓRICAS

Os direitos da personalidade foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se contemplados pela doutrina e aos poucos defendidos pela jurisprudência. Na Antiguidade a preocupação com o respeito aos direitos humanos já existia, e tornou-se mais precisa com o advento do Cristianismo, sendo assentidos no mundo moderno como categorias do direito subjetivo (GONÇALVES, 2007).

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial. Como todos os direitos da personalidade são tutelados em cláusula pétrea constitucional, não se extinguem pelo seu não uso, nem seria possível impor prazos para sua aquisição ou defesa (DINIZ, 2012, p. 135-136).

Flávio Tartuce assim explicita:

Sabe-se que o Título II da Constituição de 1988, sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, pode sobreviver (TARTUCE, 2017, p. 79).

A Constituição Federal de 1988 destaca-se como marco principal instrumento para a ascensão de tais direitos, posto que trouxe expressamente em seu artigo 5º, inciso X, a sua inviolabilidade, caracterizando-o como cláusula pétrea, visando impedir violações, bem como assegurar o desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, *in verbis*:

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 (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988).

Impende destacar tamanha importância do reconhecimento dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o Código Civil de 2002 dedicou um capítulo somente a eles, que estão resguardados nos artigos 11 a 21 do aludido Código. Tais direitos se caracterizam por serem absolutos,

irrenunciáveis, intransmissíveis, indisponíveis, ilimitados, imprescritíveis e impenhoráveis, inerentes à natureza humana, cuja existência independe de personalidade ou capacidade do indivíduo.

Em verdade, os direitos da personalidade dividem-se em duas categorias, quais sejam: os inatos, como o direito à vida e à integridade física e moral, e os adquiridos, que decorrem do status individual e existem na extensão da disciplina que lhe foi conferida pelo direito positivo. Ademais, destinam-se a resguardar a dignidade humana, na qual vale-se o ordenamento jurídico brasileiro na busca pela defesa dos direitos em comento. Tendo em vista que nenhum direito se sobrepõe ao outro, caso haja conflito, deve haver uma ponderação a fim de resguardar e garantir a eficácia do princípio da dignidade humana (GONÇALVES, 2007).

Relativamente a tal discussão, tocante é destacar a ponderação do direito à vida no direito brasileiro, o qual sempre prepondera quando posto em conflito com quaisquer outros direitos, o que demonstra a valorização à vida e maior interesse na proteção e garantia ao exercício deste direito fundamental. Ademais, o nascituro também é possuidor de todos os direitos da personalidade inerentes à pessoa humana.

2 O NASCITURO NO DECORRER DA HISTÓRIA

Consoante entendimento majoritário, nascituro é aquele que já fora concebido e ainda não nasceu, sendo o mesmo um termo utilizado no meio jurídico, “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno” (RODRIGUES, 2007, p. 36).

Sobre o tema:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus (RODRIGUES, 2007, p. 36)

De acordo com Maria Helena Diniz, nascituro é:

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter

personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (DINIZ, 1998, p. 334).

Necessário se faz aduzir a figura do natimorto como aquele que, tendo vindo à luz com sinais de vida, logo após vem a óbito. Desta forma, o natimorto é possuidor de mera expectativa de direito enquanto condição de nascituro.

No período da Idade Antiga o nascituro recebeu diversos tratamentos. Desvela-se que na Grécia Antiga, a personalidade jurídica do nascituro foi aceita devido ao estudo sobre embriologia da época que concedeu grande importância ao embrião, considerando-o como pessoa (GALEOTTI, 2007). Pois bem, os gregos reconheciam o nascituro, tanto é que o aborto era punido severamente, inclusive com aplicação da pena de morte.

Todavia, no Direito Romano, a personalidade do nascituro estava condicionada ao nascimento com vida – os nascidos mortos eram considerados como se não tivessem nascido –, desde que com forma humana – caso apresentasse alguma deficiência ou má formação poderia ser morto pelo genitor – e apenas quando o feto se desprendesse do corpo da genitora, cuja maturidade era atingida após o sexto mês de vida (CRETELLA JÚNIOR, 2004).

A Idade Média, marcada por forte influência da Igreja Católica, defendeu o respeito à vida humana, com a conseqüente punição em casos de interrupção da gestação, colocando o aborto como uma espécie de “praga social”, assegurando ao nascituro o direito à vida.

O ordenamento jurídico brasileiro inspirou-se no sistema romano, e durante o período colonial, o Brasil seguia as normas portuguesas, nas quais o direito subjetivo era adquirido com o nascimento com vida, tal posicionamento fora adotado pelo Código Civil pátrio de 1916. Com o advento do Código Civil de 2002 adotou-se a teoria natalista, a qual será trabalhada mais adiante.

Constata-se que, ao longo dos anos, o nascituro recebeu divergentes características, ora dando-lhe personalidade, ora retirando-a. Hoje, o nascituro engloba o feto, o embrião e até mesmo, para alguns doutrinadores, o zigoto.

3 O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO

Consoante aduz o artigo 2º do Código Civil Brasileiro “a personalidade civil da

pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, para adquirir personalidade são necessários dois critérios, a saber: o nascimento e a vida.

O nascimento é o ato de nascer que se dá com a expulsão completa do feto pelo corpo feminino, a qual separa-o das vísceras maternas, pondo um fim na unidade biológica. Já a vida caracteriza-se com a respiração pulmonar, o bebê que respirou, viveu, ainda que venha a óbito posteriormente. Para demonstrar o nascimento com vida utiliza-se de um exame médico denominado de “docimasia hidrostática de galeno”, o qual comprova a entrada de ar nos pulmões (GONÇALVES, 2007).

Conforme posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves:

Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam (GONÇALVES, 2007, p. 78)

O Pacto San José da Costa Rica, em artigo 3º aduz que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”, ressaltando a dignidade da pessoa humana e, assim, atribuindo esse direito também ao nascituro.

Todavia, a maior controvérsia no ordenamento é acerca do início da personalidade jurídica do nascituro. No Brasil, três teorias merecem destaque, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

3.1 TEORIA NATALISTA

Consta deste posicionamento doutrinário que o nascituro seria apenas mero possuidor de expectativa de direitos protegidas pelo ordenamento jurídico, posto que o Código Civil de 2002 exige o nascimento com vida para caracterização da personalidade civil. Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Sílvio de Salvo Venosa são doutrinadores adeptos da corrente em epígrafe, a qual não considera o nascituro como pessoa.

“[...] a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária” (TARTUCE, 2018, p. 87).

Os natalistas entendem que para adquirir personalidade é necessário o nascimento com vida, logo nascendo morto não há aquisição de direitos, razão pela qual a personalidade nunca existiu.

3.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Para os adeptos a esta teoria, a personalidade civil se dá com o nascimento com vida, porém os direitos do nascituro ficam condicionados ao nascimento, sendo uma tentativa de conciliação entre as duas partes do artigo 2º do Código Civil de 2002.

Clóvis Beviláqua aduz que:

[...] qualquer que seja a opinião aceita sobre o início da personalidade do ser humano, p nascimento é fato decisivo, no primeiro caso, porque confirma, se a criança nascer viva, ou anula, se nascer morta, a personalidade atribuída ao nascituro, no segundo caso, porque assinala o momento inicial da vida jurídica do homem (BEVILÁQUA, 1980, p. 72).

Logo, o nascituro é titular de direitos, porém condicionados a um evento futuro e incerto, qual seja o nascimento com vida. Todavia, a personalidade é um direito absoluto e incondicional, razão pela qual não pode estar condicionada. Ademais, os direitos da personalidade não podem ser objetos de termo, cargo e condição.

3.3 TEORIA CONCEPCIONISTA

Segundo esta teoria, a personalidade civil do homem começa desde a concepção, considerando o nascituro como pessoa humana possuidora de direitos assegurados pela lei, estando condicionados ao nascimento com vida somente alguns aspectos no que diz respeito aos efeitos do direito patrimonial.

Pois bem. Sendo essa a teoria adotada pela maioria dos doutrinadores contemporâneos do Direito Civil, como, por exemplo, Pontes de Miranda, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Maria Helena Diniz, dentre outros, é evidente que a determinação do momento em que ocorre a concepção deve ser definida pela Medicina, e não pelo Direito.

Faz-se utilização do Código Penal Brasileiro e da Consolidação das Leis Trabalhistas para confirmar a posição do nascituro como pessoa, posto que o aborto se encontra definido nos crimes contra a vida, e considerando a proteção à

maternidade, cujo objetivo visa proteger o nascituro.

Importante frisar que, sendo o nascituro considerado pessoa a ele importa todos os direitos da personalidade. Consoante à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, nota-se a prevalência da teoria concepcionista, ante o grande número de julgados fundamentados nesta.

4 PROTEÇÃO JURÍDICA AO NASCITURO: DIREITOS E GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desvela-se que no ordenamento jurídico brasileiro o nascituro é considerado pessoa, independentemente da teoria adotada acerca do início da personalidade civil. Portanto, na condição de possuidor de personalidade civil, o nascituro também é possuidor de direitos, tanto no âmbito subjetivo, quanto no patrimonial, além do valor supremo do direito à vida na ordem constitucional, que será posteriormente trabalhado juntamente com a criminalização do aborto.

Neste toar, os direitos conferidos ao nascituro merecem proteção, logo, havendo conflito entre mais de um direito, necessário se faz uma ponderação, e em caso de lesão no âmbito cível, a mesma deverá ser reparada com base na responsabilidade civil.

4.1 DIREITO À FILIAÇÃO

Os artigos 1.609 do Código Civil e 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente tratam acerca do reconhecimento dos filhos, que é ato irrevogável e pode se dar através do registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular e mediante testamento, admitindo a produção de todos os meios de prova cabíveis no Direito.

Ademais, o parágrafo único do referido artigo esclarece que o reconhecimento pode ser feito antes do nascimento da criança, ou seja, esclarece que a filiação é um direito do nascituro, cujo objetivo é garantir a sua proteção e amparo ante a possibilidade de óbito do genitor antes do seu nascimento.

4.2 DIREITO À ADOÇÃO

A possibilidade de adoção do nascituro possuía previsão no Código Civil de 1916, tendo o Código Civil de 2002 seguido o posicionamento anteriormente aduzido. A questão é que há divergentes posicionamentos doutrinários acerca do sistema de adoção a ser utilizado, o que coloca doutrinadores natalistas e concepcionistas em contraposição.

No entendimento da teoria concepcionista, a adoção do nascituro poderá se dar com base nas regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista ser àquela pessoa menor de doze anos de idade. Logo, há admissão da possibilidade de adoção baseada nas regras do Código Civil e do referido Estatuto.

Todavia, para a doutrina natalista, há impossibilidade de regulamentação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em virtude da exigência de convívio com o possível adotado, logo deverá ser regulamentada pelo Código Civil e estará condicionada ao nascimento com vida.

4.3 DIREITO À CURATELA

O direito à curatela está expressamente previsto no artigo 1.776 do Código Civil, o qual aduz que “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. O curador atuará em defesa dos interesses do nascituro até o momento do nascimento com vida, devendo proteger sobretudo, o seu direito à vida.

4.4 DIREITO À DOAÇÃO

A doação ao nascituro está expressamente prevista no artigo 542 do Código Civil, posto que possui capacidade passiva em razão do caráter benéfico do ato, cuja validade está condicionada à aceitação do seu representante legal, ou seja, necessário se faz que o nascituro já esteja concebido no momento da realização da doação. Consequentemente, caso o nascituro venha a nascer sem vida, a doação será inexistente, sendo o bem retornado ao patrimônio do doador.

4.5 DIREITO À SUCESSÃO

Mister se faz destacar a legitimidade de suceder conferida ao nascituro pelo

Código Civil em seu artigo 1.798, necessariamente já concebido no momento da abertura da sucessão, ou seja, ao tempo de morte do autor da herança.

Os efeitos da sucessão também estarão condicionados ao nascimento com vida, ocasião em que se dará a transferência definitiva. No entanto, em se tratando de natimorto, a sucessão será desfeita, posto que este não possui a qualidade de herdeiro.

4.6 DIREITO À ALIMENTOS

A Lei nº 11.804 de 2008 foi um grande avanço no que tange o direito de pleitear alimentos, principalmente no que diz respeito aos alimentos gravídicos, garantidores da nutrição do nascituro, ante a impossibilidade deste os pleitear por si só.

A fixação dos alimentos gravídicos se dará com o convencimento de paternidade e perdurará até o nascimento da criança, ocasião em que serão convertidos em pensão alimentícia, sempre com aplicação do binômio necessidade *versus* possibilidade, abrangendo consultas médicas e medicamentos.

4.7 DIREITO À SAÚDE

O Estatuto da Criança e do Adolescente protege a vida e a saúde do nascituro ao garantir-lhe um nascimento sadio e harmonioso, consoante seu artigo 7º, cuja não realização acarreta em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme o *caput* do artigo 196 da Constituição Federal:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Logo, o direito à saúde do nascituro deve ser preservado pelo Estado e pela sociedade.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO DANO CAUSADO AO NASCITURO

Inicialmente, a responsabilidade civil no Brasil estava condicionada à reparação

criminal, no entanto, ocorreu a separação da esfera penal e cível. O Código Civil de 1916 exigia a prova de dolo ou culpa para caracterização da responsabilidade civil, vindo posteriormente a surgir a teoria do risco (GONÇALVES, 2009)

A reparação do dano está prevista no artigo 927 do Código Civil “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Atualmente, tem-se a responsabilidade civil subjetiva – aquela que depende da comprovação de culpa do causador do dano – e a objetiva – independente de comprovação de culpa, bastando a existência de nexo causal entre a ação e o dano.

O dano, por sua vez, divide-se em dano patrimonial – aquele que atinge o patrimônio da vítima – e dano moral – o que atinge o os direitos da personalidade, a esfera pessoal, o íntimo daquela.

Mister se faz destacar a importância da jurisprudência e doutrina para a evolução da responsabilidade civil, ante a sua atual preocupação de assistência à vítima e não apenas avaliando-se o causador do dano. Além do mais, referida evolução abrangeu o reconhecimento do dano causado ao nascituro, garantindo-lhe a reparação.

Todavia, vale salientar a importância da personalidade civil do nascituro para efeitos de reparação por danos a ele causados. No que tange aos direitos patrimoniais – doação e herança – que encontram respaldo no próprio Código Civil, há uma condicionalidade ao nascimento com vida, como já fora aduzido no capítulo anterior, sendo, portanto, reparados, na maioria das vezes, em conexão ao dano moral.

A doutrina diverge acerca do tema, posto que os doutrinadores adotam divergentes teorias sobre a personalidade civil do nascituro, sendo esta a discussão sobre a possibilidade de ser vítima do dano moral. No entendimento de Gonçalves (2009, p. 366), deveriam ser pleiteadas medidas cautelares preventivas, visando proteger os direitos do nascituro ante a condição suspensiva do nascimento com vida.

Ademais, há divergência no ponto acerca da incapacidade de o nascituro entender o caráter lesivo do dano sofrido. Nessa linha, vale destacar o posicionamento de Maria Helena Diniz, “o ressarcimento do dano não é considerado como a reparação do sentimento, mas como uma indenização objetiva de bem jurídico violado” (DINIZ, 2009, p. 253). Logo, a simples ofensa a direito da personalidade basta para configurar o dano moral, e caso o nascituro não nasça com vida, a reparação poderá ser pleiteada por seus familiares ante a sua transmissibilidade.

A indenização por dano moral causado ao nascituro é conferida tanto por

aqueles que reconhecem sua personalidade civil – possibilitando a transmissibilidade do dano moral – quanto pelos que não a reconhecem – considerando o dano moral causado aos pais, como direito próprio –, no entanto, esse entendimento se dá em virtude da atual jurisprudência (ALMEIDA, 2000).

6 DIREITO À VIDA X ABORTO

O nascituro é protegido no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida, sendo este um direito fundamental, posto que sem ele não há que se falar em outros direitos. Pois bem. Não é somente o direito de viver que é assegurado pelo artigo 5º, este abrange também o direito a uma vida digna, explicitando então a dignidade da pessoa humana, assegurada a todos.

Embora no texto constitucional não haja uma definição do exato momento em que inicia tal proteção, o inciso XXXVII do artigo supramencionado, classificou o aborto como crime doloso contra a vida, cuja competência para julgamento é do Tribunal do Júri. Logo, conclui-se que a proteção à vida abrange também o nascituro, tendo em vista tratar de norma de direito fundamental cuja interpretação é extensiva, devendo o Estado proteger a vida do nascituro.

Ademais, além do Código Civil, que assegura os direitos do nascituro desde a concepção, como já fora mencionado anteriormente, o Pacto San José da Costa Rica, em seu artigo 4º, número 1, aduz que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida; esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção; ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Assim, levando à conclusão de que o nascituro é pessoa cuja vida deve ser protegida.

O Código Penal Brasileiro protege o direito à vida do nascituro, em razão da criminalização do aborto em seus artigos 124 a 126, punindo o aborto realizado pela gestante e por terceiros, exceto nos casos de aborto humanitário, eugênico ou necessário.

No entanto, o aborto é um tema sempre atual e polêmico que nem sempre fora criminalizado. Em alguns momentos da história fora permitido, em alguns casos obrigatório, e em outros era punido com aplicação da pena de morte. “A prática do aborto é tão antiga quanto o homem; as mulheres nunca deixaram de realizá-lo, apesar das sanções, controles, legislações e intimidações surgidos através da história

da humanidade” (PRADO, 1985, p. 41).

Embora muitos países tenham recentemente legalizado a interrupção voluntária da gravidez, como por exemplo, Portugal, Espanha e Uruguai, a manutenção da sua criminalização no Brasil, também deriva de fatores éticos, morais e religiosos.

A criminalização do aborto não impede que ele aconteça, pelo contrário, mulheres vão a óbito cotidianamente no Brasil em razão da prática de interrupção de gravidez não segura e clandestina. Logo, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro preza pela prevalência do direito à vida, todavia em ponderação entre a vida do nascituro e a vida da gestante, prevalece a do nascituro, o que nem sempre garante-lhe uma vida com dignidade.

7 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A personalidade civil do nascituro encontra grande amparo na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, os quais conferem-lhe direitos inerentes a pessoa humana, adotando a teoria concepcionista, como já fora aduzido anteriormente, merecendo destaque os seguintes julgados:

“DIREITO DAS SUCESSÕES - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA - NASCITURO - ALVARÁ JUDICIAL - RECEBIMENTO DE VALOR - AVÓS - CONCEPÇÃO ANTERIOR À MORTE - QUALIDADE DE HERDEIRO - ART. 1.798 CC - SENTENÇA MANTIDA - A ação de petição de herança constitui uma proteção da qualidade de sucessor, tendo em vista que pelo princípio da "saisine", desde a abertura da sucessão a herança pertence ao herdeiro, conforme dispõe o art. 1.784 do CC. - Nos termos dos artigos 2º e 1.798 do Código Civil, as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão devem ser consideradas legítimas herdeiras.
(TJ-MG - AC: 10153150018841001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 19/10/2017, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/10/2017)”.

“ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE REDUÇÃO. CABIMENTO. 1. Havendo indícios veementes da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante. 2. Tendo ocorrido o nascimento com vida, o filho passa a ser o destinatário da verba alimentar. Inteligência do art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.806/2008. 3. Os alimentos devem ser fixados de forma a garantir o sustento do filho, mas dentro das possibilidades do alimentante. 4. Os alimentos provisórios podem ser revistos a qualquer tempo, bastando que elementos de convicção que justifiquem a revisão venham aos autos. Recurso provido. (Agravado de Instrumento Nº

70078908415, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2019). (TJ-RS - AI: 70078908415 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 27/02/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/03/2019)”.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. (STJ - REsp: 1120676 SC 2009/0017595-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2011)”.

“REPARAÇÃO DE DANOS. SEGURO DPVAT. DIREITO DOS GENITORES, NA CONDIÇÃO DE HERDEIROS, DE RECEBEREM INDENIZAÇÃO POR MORTE DO NASCITURO. PERSONALIDADE CIVIL QUE COMEÇA COM O NASCIMENTO COM VIDA QUE NÃO EXCLUI A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DESDE A CONCEPÇÃO, NA FORMA DO ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL. NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO COMPROVADOS ATRAVÉS DE ATESTADO DE NATIMORTO E BOLETINS DE ATENDIMENTO HOSPITALAR. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA À PARTIR DA DATA DO FAÇO (SUMULA 580 DO STJ). JUROS MORATÓRIOS A CONTAR DA CITAÇÃO. SÚMULA Nº 14 DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS. PROVIMENTO ULTRA PETITA. IMPOSIÇÃO DE SUCUMBÊNCIA DIANTE DA PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71006774707, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 23/08/2017). (TJ-RS - Recurso Cível: 71006774707 RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Data de Julgamento: 23/08/2017, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/08/2017)”.

No tocante à proteção do direito à vida do nascituro, imperioso destacar a jurisprudência abaixo colacionada, que demonstra referida proteção num caso de gravidez derivada de estupro de vulnerável com alegação de risco à vida da gestante – casos em que o aborto é permitido no Brasil – mas que não fora permitido em virtude da não comprovação do risco de vida da gestante e pelo fato de a gravidez já se encontrar na trigésima primeira semana de gestação, ocasião em que uma intervenção causaria riscos à integridade física e vida do nascituro, o que demonstra a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro em proteger à vida do referido, *in verbis*:

“HABEAS CORPUS. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO NECESSÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE RISCO DE MORTE À GESTANTE. ABORTO HUMANITÁRIO. ATÓ INFRACIONAL

ANÁLOGO A ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OCORRÊNCIA. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VULNERABILIDADE. TEMPO DE GESTAÇÃO AVANÇADO. ORDEM DENEGADA. 1. O pedido de interrupção da gravidez está alicerçado nas complicações geradas à saúde da jovem e na configuração do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, dada a presunção absoluta de violência. 2. Conquanto haja a defesa comprovado a existência de determinados fatores acidentais na gravidez da jovem, não há documento assinado por profissional da saúde que demonstre o seu iminente risco de morte. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria necessária dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional. 3. [...] 6. A gravidez encontra-se, aproximadamente, na trigésima primeira semana, de modo que, a esta altura, uma intervenção médica destinada à retirada do feto do útero materno pode representar riscos ainda maiores tanto à vida da paciente quanto à da criança em gestação. 7. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 359733 RS 2016/0157669-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 23/08/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2016)”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso tratou acerca da personalidade civil do nascituro, ser já concebido, mas que ainda não nasceu, que tem grande destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

A problemática do nascituro é um tema atual e sempre discutido, ante a variedade de concepções na doutrina e jurisprudência acerca do início da sua personalidade civil. Evidenciou-se a evolução do nascituro com o passar dos anos, com retratação da sua posição em diferentes fases da História Mundial, com destaque para sua consideração como pessoa humana em algumas delas, e em outras não.

Além do mais, é clara a proteção jurídica garantida ao nascituro pela legislação pátria, bem como no Pacto de San José da Costa Rica, o qual garante-lhe o direito à vida e à personalidade civil. Destaca-se também a atribuição de direitos de cunho patrimonial – herança e doação – e direitos subjetivos – alimentos, filiação, vida, saúde –, bem como a possibilidade de responsabilidade civil pelo dano àquele causado, valendo-se da indenização por dano patrimonial e moral.

Acerca do direito à vida, conclui-se que este é considerado absoluto, pois prevalece quando se encontra em conflito com os demais direitos. No que diz respeito ao nascituro, o mesmo possui seu direito à vida garantido pela Constituição Federal, bem como pelo Código Penal brasileiro, ante a criminalização do aborto.

Ademais, criminalizar a interrupção voluntária da gravidez não faz com que esta não seja praticada, mas atinge a vida de milhares de mulheres no dia-a-dia, provocando-lhes a morte pela prática clandestina.

Portanto, em contraposição entre a vida da gestante e do nascituro, conclui-se que a deste prevalece sobre àquela, posto que o aborto somente é permitido em caso de comprovação de que é humanitário, eugênico ou necessário, caso contrário aquele que o pratica, seja a gestante ou um terceiro, com ou sem consentimento da supradita sofrerá as devidas sanções penais.

Com todo o exposto, mostra que o nascituro, apesar das divergências doutrinárias acerca da sua personalidade civil, é considerado pessoa no ordenamento jurídico brasileiro e goza dos mesmos direitos e garantias, visando a eficácia da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTI, Silma Mendes. O nascituro e o direito à saúde. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Minas Gerais, v. 99, n. 99-B, pp. 189-207, jul./dez. 2009.

Disponível em:

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/103/100>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

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**, Uberlândia, v. 30, n. 1, pp. 73-88, jan./jun. 2017. Disponível em:

<<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/37508/pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. **Código civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2013. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Lex**: Lei de

Alimentos Gravídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 20 de mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lex:** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 de mai. 2019.

CARVALHO, Lalissa Rodrigues de. **A proteção constitucional do nascituro e o direito à reparação de danos.** Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9215/A-protacao-constitucional-do-nascituro-e-o-direito-a-reparacao-de-danos>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

CHAVES, Benedita Inez Lopes. **A tutela jurídica do nascituro.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), 1980. **In: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).** Disponível em <[http://www.amb.com.br/fonavid/legislacao_pacto_san_jose_da_costa_rica_-_1969\[1\].pdf](http://www.amb.com.br/fonavid/legislacao_pacto_san_jose_da_costa_rica_-_1969[1].pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GALLEOTI, Giulia. **História do aborto.** 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Paulo Gomes de Lima; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *O direito à dignidade do nascituro.* In: XXI CONGRESSO NACIONAL, 2012, Uberlândia. **Anais...** Uberlândia: CONPEDI, 2012, pp. 13532-13562.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** parte geral: 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PRADO, Danda. **O que é aborto.** São Paulo: Brasiliense, 1985.

RIBEIRO, Ana Luiza Boulos. **O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 359733 RS 2016/0157669-6. Relator: Rogerio Schietti Cruz. DJ: 23/08/2016. **JusBrasil:** 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387736237/habeas-corporus-hc-359733-rs-2016-0157669-6>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1120676 SC 2009/0017595-0. Relator: Massami Uyeda. DJ: 07/12/2010. **JusBrasil:** 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-resp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República:** parte geral e obrigações (arts. 1º a 420). 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2014.

TJ-MG. APELAÇÃO CÍVEL: AC 0018841-13.2015.8.13.0153 MG. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. DJ: 19/10/2017. **JusBrasil:** 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512337133/apelacao-civel-ac-10153150018841001-mg>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

TJ-RS. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 70078908415 RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 27/02/2019. **JusBrasil:** 2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681791244/agravo-de-instrumento-ai-70078908415-rs?ref=serp>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

TJ-RS. RECURSO CÍVEL: 71006774707 RS. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler. DJ: 23/08/2017. **JusBrasil:** 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492476128/recurso-civel-71006774707-rs>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

VASCONCELOS, Iam Maul Meira de. **O nascituro e a proteção de seus direitos.** Paraíba: Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.