

A Tutela Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro e Português

Helda Lima Meireles

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Mestranda em Direito e Ciência Jurídica na Universidade de Lisboa

RESUMO: Este trabalho acadêmico objetiva fazer uma reflexão sucinta e uma análise da condição jurídica do nascituro e das diversas correntes doutrinárias que abordam o tema dentro do panorama atual. Primeiramente, realizou-se a conceituação de pessoa, para então delinear-se as teorias e o direito comparado, com ênfase no direito brasileiro e português. A preocupação precípua foi a de examinar os direitos conferidos ao ser que está em gestação, principalmente quantos aos direitos fundamentais, notadamente à dignidade, o acesso à justiça e o direito à vida, dentro das novas realidades éticas e biológicas, sempre tendo como escopo garantir um tratamento igualitário entre todos os seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro. Pessoa humana. Direitos do nascituro. Tutela Jurídica. Início da personalidade jurídica. Direito brasileiro. Direito português.

ABSTRACT: This paper aims to make a brief reflection and an analysis of the legal status of the unborn child and the diverse doctrinal that approach the theme, within the current panorama. Firstly, this paper conceptualized what it means to be a person was then performed, to outline theories and comparative law, with emphasis on Brazilian and Portuguese law. The main concern was to examine the rights conferred on the fetus especially regarding fundamental rights, especially dignity, access to justice and the right to life, within the new ethical and biological realities, always aiming to guarantee an equal treatment among all human beings.

KEY WORDS: Unborn child. Human being. Rights of the unborn child. Legal protection. Initiation of legal personality. Brazilian law. Portuguese law.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. As correntes doutrinárias sobre o início da personalidade jurídica. 3. O nascituro no Direito brasileiro. 4. O nascituro no Direito português. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo visa a analisar os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à vida e à dignidade humana, no contexto da condição jurídica do nascituro, dentro do tema a ser abordado da tutela jurídica.

É dever do Estado a prestação da tutela jurisdicional, aplicando o direito ao caso concreto, e, sob este prisma, o direito à prestação jurisdicional há de ser considerado, igualmente, em relação ao nascituro enquanto respeito aos direitos a ele inerentes.

A tutela jurisdicional há de ser adequada e efetiva, considerando, inclusive, que o princípio da tutela jurisdicional se encontra consagrado, em nível constitucional, nos artigos 5º da Constituição Brasileira, e 20º e 268.º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

Vale ressaltar que, embora para ambos os ordenamentos aqui em análise - o brasileiro e o português - a personalidade jurídica se iniciaria com o nascimento completo e com vida e terminaria com a morte, o ser humano é objeto de proteção legal ainda que não tenha personalidade jurídica, e, por conseguinte, capacidade de gozo e de direito.

No que tange à tutela jurisdicional do nascituro, que é o tema central deste trabalho, ganha importância o ser humano ainda não nascido, mas concebido, pois, ambos os ordenamentos jurídicos lhe conferem proteção.

Em que pese a enorme discussão doutrinária, que será sucintamente mencionada durante a exposição, considero que a vida humana começa com a concepção e, a partir desse momento, estamos perante uma pessoa merecedora do mesmo tratamento jurídico que as demais, competindo ao Estado assegurar a tutela dos direitos e valores mais elementares numa sociedade, quais sejam a VIDA e a DIGNIDADE.

2. AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A necessidade da tutela dos direitos constitucionais fundamentais mais básicos e importantes que se conhece, quais sejam, a vida, a dignidade e a integridade física em amplo sentido, ocasionou na doutrina e jurisprudência a divergência quanto à interpretação do conceito de pessoa.

Surgem, historicamente, três correntes de pensamento sobre o que se deve considerar o início da personalidade jurídica para as pessoas naturais.

A natalista afirma que existe personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. O não nascido não tem personalidade, mas apenas expectativa de direito. Nascendo com vida, adquirirá personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial.

Esta teoria, da qual são adeptos doutrinadores brasileiros clássicos, tais como: Caio Mário da Silva Pereira¹, Sílvio Rodrigues² e San Tiago Dantas³, também é denominada de negativista, pois, do ponto de vista prático, nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, inclusive os relacionados à sua personalidade (direito à vida, alimentos, nome, imagem, etc.).

Em Portugal, com pequenas diferenciações ontológicas em relação a figurarem como defensores das correntes natalista e da personalidade condicional: Inocêncio Galvão Teles⁴, José Dias Marques⁵ e Luís A. Carvalho Fernandes⁶.

Influenciada pelo direito francês, a teoria concepcionista propugna que o nascituro tem personalidade jurídica desde a sua concepção. Assim, considera o concebido, embora não nascido, como pessoa natural, sujeito de direitos e obrigações.

1 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v.I, 30ª ed., revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2017, pp. 184-186.

2 Sílvio Rodrigues, *Direito civil-Parte Geral*, v.I, 34ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 35-36.

3 San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, taquigrafado por Vicor Bouhris Jurgens, 3ª.ed., revista e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 134.

4 Inocêncio Galvão Teles, *Introdução ao Estudo do Direito*, v. II, 10ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, p.165.

5 José Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª ed., Pedro Ferreira Arte Gráfica, Lisboa, 1992, pp.13-14.

6 Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, v. I, 5ª.ed, revista e atualizada, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009, p.201.

Em contraposição à teoria natalista, a concepcionista é reconhecida como afirmativista, pois observa que o nascituro tem personalidade em momento anterior ao nascimento com vida.

No Brasil, defendem a corrente concepcionista: Silmara Juny Chinellato⁷, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho⁸ e Maria Helena Diniz⁹. Em Portugal: Antônio Menezes Cordeiro¹⁰, Jose de Oliveira Ascensão¹¹ e Diogo Leite Campos¹².

A teoria da personalidade condicional confere direitos ao nascituro desde a concepção, porém tais direitos dependem do nascimento com vida. Inexistindo o implemento da condição - nascimento com vida - não haverá aquisição da personalidade. Por conseguinte, a tutela a eles atribuída (como as de caráter patrimonial) estaria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o concebido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção.

Quanto a esta última corrente citada, no Brasil são seus defensores: Washington de Barros Monteiro¹³, Miguel Maria de Serpa Lopes¹⁴, Clóvis Bevilacqua¹⁵ e Arnaldo Rizzardo¹⁶. Em Portugal, em sentido aproximado ao entendimento exposto: Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza¹⁷.

7 Silmara Juny Chinellato, Tutela civil do nascituro, Saraiva, São Paulo, 2000, p.144.

8 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de direito civil, v.I, 19ª ed, Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 139-141.

9 Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, v.I, 35ª ed., Saraiva jur, São Paulo, 2018, pp. 233- 234.

10 Antônio Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, tomo IV, Parte geral, Pessoas, 4ª ed, revista e atualizada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2017, p.381.

11 José de Oliveira Ascensão, Direito Civil- Teoria geral-Introdução as pessoas, os bens, v.I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p.44.

12 Diogo Leite Campos, Nós- Estudo sobre o Direito das pessoas, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, p.81.

13 Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v.I,45ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, pp.80-82.

14 Miguel Maria de Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, v.I, 9ª ed., Freitas Bastos, São Paulo, 2000 apud Arnaldo Rizzardo, Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 190.

15 Clóvis Bevilacqua, Teoria Geral do Direito Civil, 7ª ed., atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1972, pp. 65-70.

16 Arnaldo Rizzardo, Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016, pp.189-190.

17 Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra editora, Coimbra, 1995, pp.157-158.

3. O NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, tem uma interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional e dos demais dispositivos infraconstitucionais que obriga a concluir que ao ser humano, desde sua concepção, devem ser assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. A proteção se estende, igualmente, a qualquer negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil brasileiro, no artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, sendo certo que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Observa-se que o referido dispositivo legal não contemplou os requisitos da viabilidade (permanência da vida no recém-nascido), como o faz o Direito Civil Holandês e o Francês, e a forma humana, esta última que era exigida pelo Direito Civil Espanhol (artigo 30º)¹⁸.

Não obstante os autores diverjam quanto às correntes de pensamento citadas, o cerne da questão, na verdade, não está mais em qual teoria adotar, uma vez que a maioria dos doutrinadores modernos e a jurisprudência brasileira consideram que há direitos que devem ser conferidos ao concebido, ao menos no plano dos direitos da personalidade¹⁹.

Traçando, no entanto, um paralelo entre a ideia supracitada, percebe-se que a doutrina brasileira se aproxima do que é proposto pela teoria que se convencionou chamar de personalidade condicional, pois a personalidade do nascituro conferiria aptidão apenas para a titularidade de direitos personalíssimos (sem conteúdo patrimonial), como exemplo, o direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva).

18 *Verde*, neste sentido, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro ..., op.cit, pp. 231-232.

19 De qualquer forma, César Fiúza, lembrado por Flávio Tartuce, crítica a redação do artigo 2º do atual Código Civil Brasileiro: “Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. Faltou coragem ao legislador de 2002 (Código Civil anotado..., 2004, p. 24).” (Flávio Tartuce, Direito Civil Lei de Introdução e Parte Geral. v.1, 12ª ed., revista, atualizada e ampliada, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016, pp. 118-119).

A teoria da personalidade condicionada menciona a nomenclatura “personalidade formal e material”. Embora defenda que tanto o nascituro como o embrião (discussão quanto à fertilização *in vitro*) devam ter o seu direito tutelado desde a concepção, atribui uma distinção: a personalidade formal é conferida desde a concepção por ser o nascituro titular de direitos da personalidade, no entanto, apenas com o nascimento com vida seria possível a concessão de direitos patrimoniais ao mesmo²⁰.

A legislação brasileira possui diversos direitos concedidos, particularmente ao ser humano em formação: a curatela do nascituro (artigo 1.779 do Código Civil), a admissibilidade de ser constituído herdeiro ou legatário o concebido (artigo 1.799 do Código Civil), de receber doação (artigo 542 do Código Civil) etc.

A proteção reconhecida ao nascituro, no entanto, como já afirmado, cinge-se aos seus direitos da personalidade, intimamente ligados a uma visão humanitária e de valores fundamentais. Porém, já há doutrina, que avança no sentido de afirmar que o nascituro também tem direitos patrimoniais desde a concepção²¹.

Afinal, pela própria redação do artigo 2º do Código Civil brasileiro é possível ter-se uma outra leitura: aquela pela qual diversos direitos podem ser conferidos ao nascituro, por titularidade própria, até mesmo porque inexistente um rol taxativo de garantias²².

Não se nega que apenas entre pessoas, sujeitos de direitos, é possível estabelecer relações jurídicas, porém, existe a possibilidade de observação de que o nascituro tem personalidade ampla, ainda que a lei de um ou outro país dê capacidade apenas ao nascido vivo.

A base deste entendimento é, certamente, a realidade que prega a personalização do Direito Civil, o que afasta uma visão essencialmente patrimonialista do direito. O ser humano deve ter proteção ampla, integral.

Igualmente, o princípio da proteção integral preconiza que os interesses da criança devem ser resguardados em toda a sua extensão²³. Há,

20 *Vide*, neste sentido, Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro ...*, op.cit, p.232.

21 *Vide*, neste sentido, Flávio Tartuce, *Direito Civil...*, op.cit, p.125.

22 *Vide*, neste sentido, Silmara Juny Chinellato, *Tutela civil...*, op.cit., p.145

23 Artigo 7.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>.

pois, que reconhecer a titularidade de sujeito de direitos e, portanto, titular do direito à vida, desde a concepção.

Instrumento de proteção importante, igualmente, é a Lei dos alimentos gravídicos: Lei n. 11.804 de 05 de novembro de 2008²⁴.

Afirme-se, no entanto, que seria de melhor alvitre se denominássemos a referida última norma de Lei dos alimentos do nascituro, pois, sujeito que é, deveria ter sido reconhecido como o titular imediato do direito. Porém, equivocadamente, o ato normativo acaba se reportando ao estado biológico da mulher (gravidez).

Não obstante, cite-se que a jurisprudência brasileira possui precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, recentemente, conferiu os “alimentos gravídicos” à criança que estava por nascer e, pela projeção de sua proteção à vida e saúde, determinou a conversão automática de tal verba em forma de pensão, considerando a existência de direitos fundamentais²⁵.

O posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, competente para definir a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, é no sentido de que o nascituro pode ter direitos a partir da concepção. Ou seja, o STJ confere a proteção àquele que está por nascer, direito à vida, à honra, à imagem, projeções do direito da personalidade²⁶.

Igualmente, quanto aos já referidos direitos da personalidade, consta Enunciado de n. 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, que também consagra direitos ao natimorto²⁷.

Ademais, há polêmico Projeto de Lei (PL 478/2007), que tramita na Câmara dos Deputados desde 2007 quanto ao tema. É o Estatuto do Nascituro. Segundo o seu artigo 2º, “nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido”. No parágrafo único, inclui em tal conceito “os

24 Lei que disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

25 Brasil, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 22/06/2017, proferido no processo REsp 1629423/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1629423&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC O&p=true>.

26 Brasil, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 29/09/2014, proferido no processo REsp n.1.415.727/SC, 4ª Turma, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1415727&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC O&p=true>.

27 Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 1: “Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>.

seres humanos concebidos *in vitro*, os produzidos através de clonagem ou outro meio científico e eticamente aceito”.

Embora polêmico, o Projeto possui a tendência de ampla proteção ao nascituro (vida intrauterina) e ao embrião (com vida ultrauterina).

Por fim, mas não menos importante, pelo contrário, o Pacto de São José da Costa Rica considera nascituro como pessoa e assegura o direito à vida desde a concepção. Tal Pacto tem força de norma supralegal, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto n. 678/1992, e, portanto, merece ser aplicado, tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º, da Constituição Federativa do Brasil.

4. O NASCITURO NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, a controvérsia reside em saber se os direitos do nascituro são dependentes do nascimento com vida, considerando o artigo 66º do Código Civil Português em paralelo com o artigo 24º da Constituição Portuguesa.

No país lusitano, a teoria da condição suspensiva assevera que a personalidade somente é adquirida com o nascimento com vida e, neste caso, haverá uma retroação dos seus efeitos, para eventuais doações de bens.

A teoria da condição resolutiva afirma que o nascituro tem personalidade desde que é concebido e, se morrer antes do nascimento, ela se extingue e é considerada retroativamente.

No entanto, existem vários direitos autorizadores que podem ser usufruídos desde a concepção sem limitação, traduzindo verdadeiros direitos subjetivos, como os define Antônio Menezes de Cordeiro²⁸²⁸. Com efeito, a doutrina portuguesa que não reconhece a personalidade jurídica ao nascituro, começa a ser contrariada por uma igualmente forte corrente, que defende a posição de que o ser já concebido teria direitos.

Na lei civil portuguesa, quando se regula o instituto da perfilhação, o artigo 1854º do Código prescreve que esta pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento e, o artigo 1855º esclarece, porém, que esta só é válida se for posterior à concepção.

O artigo 1878º Código Civil, ao tratar da matéria das responsabilidades parentais, declara que incumbe aos pais a representação legal dos filhos

28 Antônio Menezes Cordeiro, Tratado..., op.cit., p.374.

“ainda que nascituros”. No âmbito do direito sucessório, o n° 1 do artigo 2033° do Código Civil reconhece a capacidade sucessória a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão e o n° 2 do artigo 2240° atribui a administração da herança do nascituro já concebido a quem administraria os seus bens, se ele já tivesse nascido.

O direito português, outrossim, possui dispositivo legal que admite o aborto voluntário até a 10ª Semana de gestação, conforme disposto na Lei n. 16 de 17 de abril de 2007²⁹.

Nesse sentido, o artigo 24° da Constituição Portuguesa reza que “a vida humana é inviolável”, bem como, no n° 1 do artigo 25°, que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável” e, no n° 1 do artigo 26°, que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Assim, observo que o ordenamento jurídico português confere proteção ao nascituro – e até ao concepturo, ou seja, aquele que ainda nem foi concebido – mas (com exceção das limitações legais à licitude da interrupção voluntária da gravidez) depende do posterior nascimento completo e com vida.

O Supremo Tribunal de Justiça já reconheceu a necessidade de proteção ao nascituro no seguinte caso: o processo julgado tratava do drama vivido por uma família, composta por pai, mãe grávida e um filho de um ano e meio. O pai envolveu-se em um acidente de trânsito e morreu. Era ele que sustentava toda a família, uma vez que a mulher não trabalhava e ficava em casa para cuidar do filho. Dezoito dias depois da morte, nasceu a filha do casal. Diante da situação, a mulher recorreu à Justiça pedindo indenização por danos materiais e morais para ela e para os filhos. Os danos materiais foram reconhecidos para os três, mas o direito de reparação por danos morais foi negado à filha, que ainda não tinha nascido no momento do acidente. O argumento usado pela segunda instância foi o de que, pelo Código Civil português, uma pessoa só adquire personali-

29 Lei n. 16 de abril de 2007: “(...) Artigo 142. [...] 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: (...) e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. (...)”. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=913A0007&nid=913&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&versoao=

dade jurídica a partir do nascimento. Os juízes do STJ concluíram que a partir do momento da concepção já existe um ser humano, não cabendo à lei retirar esse direito³⁰.

Pelo que decidiu a segunda instância, o feto careceria de personalidade jurídica, apesar de possuir certa proteção. Mesmo sem a existência física autônoma, uma vez que ainda ligado e dependente do corpo materno, faz jus a tutela jurídica, como sujeito de direito em gestação³¹.

A corrente clássica, mais tradicional, vai além, negando personalidade jurídica ao nascituro e entendendo que o seu início se encontra ligado ao nascimento com vida.

Assim, a aquisição de sua autonomia para os devidos fins estaria diretamente vinculada a esse fato, bem como a cessação de seus direitos com o termo da mesma vida³².

Rabindranath Capelo de Souza já enxerga o nascituro como um ser dotado de realidade jurídica parcial³³. O argumento é claro: se a própria lei reconheceu direito ao nascituro, embora sujeito de determinadas condições, outra coisa não fez que reconhecer, ainda que parcialmente, personalidade jurídica.

A ideia já desenvolvida pela Jurisprudência citada, qual seja, a de que a identidade física do filho nascido é a mesma do nascituro enquanto no ventre materno, e é desenvolvida de forma contínua e ininterrupta desde a concepção - ainda que minoritária - é a mais indicada na doutrina portuguesa, particularmente adotada por Diogo Leite Campos³⁴, mas também por Menezes Cordeiro³⁵ e Oliveira Ascensão³⁶, entre outros, que vinham rejeitando a teoria natalista, chamando a atenção para o fato de que a ordem jurídica não pode negar a realidade biológica de que o nascituro e a criança nascida são idênticos.

30 Portugal, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/04/2014, proferido no Processo n. 436/07.6TBVRL.P1.S1, Relator Álvares Rodrigues. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dce2?OpenDocument>.

31 Vide, neste sentido, Inocêncio Galvão Teles, Introdução..., op.cit., p. 165.

32 Vide, neste sentido, José Dias Marques, Noções..., op.cit., pp.13-14.

33 Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, O Direito Geral..., op.cit., pp.157-158.

34 Diogo Leite Campos, Nós- Estudos..., op.cit., p. 81.

35 António Menezes Cordeiro, Tratado..., op.cit., p. 381.

36 José de Oliveira Ascensão, Direito Civil..., op.cit., p.44.

Na verdade, a doutrina de ampla proteção e início do reconhecimento da personalidade jurídica em todas as suas perspectivas deixa claro que, embora todos os nascituros sejam diferentes entre si, assim como os já nascidos, algo de indelével os une: o princípio da dignidade do ser humano.

Portanto, à medida que o nascituro está sendo objeto de análise de acordo com a vivência contemporânea, cada vez se torna mais nítida e indiscutível que sua vida e personalidade recuam até o momento da concepção.

Desta feita, independentemente da posição adotada pelos doutrinadores, verifica-se que, com a evolução do pensamento e as características da sociedade moderna, existe um caminhar, mesmo lento, em busca de uma concepção mais ampla a respeito do ser em gestação.

Não se retira que, dentro desse conteúdo e de uma conceituação epistemológica, exista uma grande influência da religião, bem como de posicionamentos pró ou contra o aborto, para a adoção de um ou outro pensamento.

5. CONCLUSÃO

Na verdade, no sentido jurídico, pessoa é todo ente ao qual se atribui personalidade e é apenas nesse sentido que só o ser humano nascido vivo é uma pessoa: pessoa é sinônimo de sujeito de direito, pessoa natural ou jurídica capaz de se manifestar juridicamente.

Entretanto, não podemos aceitar que o Direito defina – por essência –, limitando quem é pessoa, homem ou ser humano.

Ademais, a vida humana pressupõe continuidade. A evolução é constante, assim o ser humano vai se modificando, tanto no campo físico como espiritual. A ciência dá nomes diferentes para essas etapas, incluindo zigoto, blastocisto, embrião, feto, bebê, criança, adolescente e adulto. Isso não altera o consenso científico de que, em todos os pontos do seu desenvolvimento, cada indivíduo é um membro vivo da espécie humana, devendo ser tratado como tal.

Na medicina é possível acompanhar, de maneira bem detalhada e profunda, o desenvolvimento da vida intrauterina. O feto pode ser fotografado, ter identificados os seus traços, seu sexo e suas condições morfológicas e anatômicas.

Na flora e na fauna, temos exemplos de plantas e animais que vivem em situação de simbiose.

Assim, também entendo que na raça humana o nascituro depende da mãe, e reconhecer como sendo este o início do homem não é nada além do que reconhecer que dentro de alguém existe outro alguém.

Ser humano é um conceito natural, ético, que ultrapassa o Direito positivo e que é neste apenas interpretado, de forma incompleta no que tange à personalidade jurídica.

Estamos tratando da tutela dos direitos da personalidade do homem; nela se inclui o nascituro, e é este que importa, não as teorias ou conceitos desenvolvidos a seu respeito.

A conclusão, para mim, é inexorável: o nascituro deve ser visualizado como detentor de amplos direitos desde sua concepção, momento em que adquire sua personalidade. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Teoria geral-Introdução as pessoas, os bens*, v. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1955.

CAMPOS, Diogo Leite, *Nós- Estudo sobre o Direito das pessoas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra editora, Coimbra, 1995.

CHINELLATO, Silmara Juny, *Tutela civil do nascituro*, Saraiva, São Paulo, 2000.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Parte geral, Pessoas*, 4ª ed., Tomo IV, revista e atualizada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2017.

DANTAS, San Tiago, *Programa de Direito Civil*, taquigrafado por Victor Bouhris Jurgens, 3ª.ed., revista e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad, Forense, Rio de Janeiro, 2001.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.I, 35ª ed., São Paulo, Saraiva jur, 2018.

DONIZETTI Elpidio e QUINTELLA Felipe, *Curso Didático de Direito Civil*, 6ª ed., gen/atlas, São Paulo, 2017.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, v.I, 3ª ed., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo, *Novo Curso de direito Civil*, v.I, 19ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

HOSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil português- Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil*, 9ª ed., Freitas Bastos, São Paulo, 2000 apud Rizzardo Arnaldo, *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

MARQUES, José Dias, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª ed., Pedro Ferreira Arte Gráfica, Lisboa, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, v. I, 45ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil- Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*, v.I, 30ª ed., revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo, *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

RODRIGUES, Silvio, *Direito civil*, v. I, 34ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil Lei de Introdução e Parte Geral*, v.I, 12ª ed., revista, atualizada e ampliada, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

TELES, Inocência Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, v. II, 10ª ed., (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2001.