

A PERSONALIDADE JURIDICA DO NASCITURO: PRINCIPAIS TEORIAS E SUAS IMPLICAÇÕES CONCRETAS

Jamine Louza da Silva¹

Marcus Vinicius Rodrigues Andrade²

Hortência de Abreu Gonçalves³

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O presente artigo se debruça sobre uma controvérsia antiga do Direito Civil brasileiro, o alcance e o rol dos direitos que são garantidos ao nascituro, explanadas as três principais teorias acerca do assunto, a natalista, a da personalidade condicionada e a concepcionista, o trabalho examina precedentes nos tribunais superiores nacionais, STJ e STF, dentre estes precedentes está o voto do ministro Ayres Britto na ADI 3510. Este trabalho foi escrito com base em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial de cunho exploratório sobre posicionamento *in abstracto* e *in concreto*.

PALAVRAS-CHAVE

Nascituro. Personalidade Jurídica. Jurisprudência.

ABSTRACT

This article focuses on an old controversy of the Brazilian civil law, the scope and the list of rights that are guaranteed to the unborn child, explains the three main theories on the subject, the natalist, the conditioned personality and conceptionist, the paper examines precedents of the national higher courts, STJ and STF, among these precedents is the vote of Minister Ayres Britto in ADI 3510.

KEYWORDS

Unborn Child. Legal Personality. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

Desde o código civil brasileiro de 1916 o principal bem jurídico tutelado por esse diploma é o patrimônio, apesar da flexibilização e da diminuição do ímpeto do legislador em sua defesa, este ainda hoje é um ponto importantíssimo no Direito privado brasileiro.

Segundo Excelentíssimo senhor Luiz Edson Fachin (2003, p. 298) Ministro do supremo tribunal federal:

[...] para o Código de Beviláqua ser sujeito de direito significava ser "sujeito de patrimônio", que para tanto precisa comprá-lo, sendo em igual medida "sujeito do contrato", bem como sujeito de família, recebendo o Código a designação "de o 'Estatuto Privado do Patrimônio', exatamente porque se coloca como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, idéia [sic] projetada, em parte, para o CCB de 2002.

Com o escopo de esclarecer o que diz, efetivamente, o código civil sobre os direitos, ou expectativa deles, do nascituro e ainda de explicar cada corrente de pensamento sobre assunto bem como discutir implicações em casos concretos, o trabalho aborda correntes doutrinárias e jurisprudência pertinentes.

Nas primeiras aulas de Direito Civil ao tratar da pessoa natural e fazer a leitura dos dispositivos que tratam desse assunto no código nos deparamos com o seguinte: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002, on-line)

Ao ler o dispositivo aparentemente simples e tentar definir o nascimento com vida bem como refletir sobre o que queria dizer o legislador ao salientar que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, nasceram as indagações que originaram a problemática, objeto de estudo deste artigo, assim especificadas: Quais correntes de pensamento sobre a personalidade jurídica e os direitos do nascituro? Que direitos são esses? Qual o posicionamento dos tribunais superiores nos

casos concretos? Fora do Brasil como está assentado o conceito? O que dizem os códigos civis de outros países?

A determinação precisa de quando se inicia a personalidade jurídica da pessoa natural tem total relevância e impacta diretamente em determinadas situações que tangem a sucessão patrimonial. A doutrina não é homogênea ao abordar o assunto e tão pouco o é a jurisprudência, o estudo disporá sobre as principais teorias e suas implicações em hipóteses situacionais e/ou casos concretos.

Contestando a teoria natalista, a utilizada pelo código civil, um dos maiores civilistas do Brasil aduz:

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. (TARTUCE, 2007, p. 8).

Ainda sobre outra teoria, a da personalidade condicional, Tartuce (2007) aduz que é apegada apenas a questões patrimoniais, não comportando posicionamento sobre os direitos pessoais ou da personalidade e declara que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo.

A linha de entendimento da personalidade condicional também reconhece que o nascituro não tem direitos, somente direitos eventuais condicionados, ou seja, também mera expectativa deles.

Claramente filiados ao concepcionismo, aduzem Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 132):

Tradicionalmente a doutrina no Brasil, segue a teoria natalista, embora, em nosso sentir, a visão concepcionista, paulatinamente, ganha força na jurisprudência em nosso país. Mas a discussão, como visto, não é simples.

Ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, a depender da teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não uma mera expectativa.

O presente trabalho foi escrito com base em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial de cunho exploratório sobre posicionamento *in abstracto* e *in concreto*.

2 TEORIAS DOUTRINÁRIAS

Segundo Maria Helena Diniz (2012, p. 418) em seu dicionário jurídico, nascituro é “[...] [aquele] que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo”, em outras palavras, existe no ventre materno, concebido, mas não nasceu.

Existem 3 (três) correntes doutrinárias acerca da determinação do início da personalidade jurídica, são elas a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista as quais serão aprofundadas em seguida.

2.1 TEORIA NATALISTA

A teoria natalista, também chamada de legalista, baseia-se na interpretação literal do Art. 2º do código civil brasileiro, mencionado anteriormente, nele é disposto que a personalidade civil da pessoa se inicia com o nascimento com vida e, portanto, o nascituro não é pessoa.

E o que seria o nascimento com vida mencionado em nosso código? Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 101):

Ocorre o *nascimento* quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical.

O nascituro existindo e não sendo uma pessoa, seria ele uma coisa? Pois bem está aí disposto o principal problema da teoria natalista. Aduz Sergio Abdalla Semião (2008, p. 40): “o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso”.

Semião (2008) ainda defende que em favor de uma interpretação sistemática do código civil devemos notar que se o nascituro fosse pessoa, gozaria de todos os direitos da personalidade, não necessitando que os direitos dados a este fossem determinados um a um.

Silvio de Salvo Venosa (2006), representando uma corrente doutrinária mais moderna, ressalta que o fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar ter ele personalidade, nem que o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Para ele trata-se de uma situação que muito se aproxima da personalidade, mas a personalidade somente advém do nascimento com vida.

Por conta da constitucionalização do Direito Civil a interpretação restritiva e gramatical do diploma não está em voga, esvaziando a corrente natalista, a constitucionalização dos demais ramos do Direito demanda uma interpretação extensiva de dispositivos tangentes a direitos e garantias individuais.

O professor Flávio Tartuce (2012, p. 70-71) assevera:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com

a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, 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 é crítico da corrente natalista e adepto da corrente concepcionista, inclusive, dedicando extenso artigo a tratar exclusivamente do assunto. Uma outra crítica feita por ele à corrente em questão é que esta estaria distante de explicar ou acomodar situações como a reprodução assistida.

2.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Ao ser condição um elemento do negócio ou ato jurídico que suspende a eficácia destes, condicionando-a a evento futuro e incerto, considerando-se como condição para o exercício do direito eventual o nascimento com vida e havendo fundamento que sustenta a existência de direitos sob condição suspensiva no Art. 130 do código civil: "Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo" (BRASIL, 2002, on-line) Estão postos os elementos fundamentais da teoria da personalidade condicional.

"A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais" (TARTUCE, 2007, p. 9).

Ainda no mesmo artigo nas palavras de Tartuce (2007, p. 10):

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

Pela natureza essencialmente natalista não cabe excessivo zelo na explanação mais aprofundada da teoria, mas cabe salientar que dentre os entusiastas da corrente em questão está Clóvis Bevilacqua, coordenador do projeto do código civil de 1916 que tem como um de seus pilares principais a tutela do patrimônio e do contrato. O que explica a impressão de tese patrimonialista exposta por Tartuce em seu trabalho.

De forma a resumir o entendimento, a teoria da personalidade condicional coloca os direitos do nascituro em condição suspensiva até o nascimento com vida, quando a condição será satisfeita e seus direitos terão sido garantidos desde a sua concepção.

2.3 CONCEPCIONISTA

Como escrito por Tartuce (2007, p. 10): “[...] [a] teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei”.

Como precursora da tese concepcionista no Brasil, Silmara Juny de Abreu Chinnellato (2010, p. 28) explana:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutive, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.

A autora entende a boa relação da teoria da personalidade condicional com os direitos patrimoniais, porém além de observar, como Tartuce, o caráter patrimonialista da corrente ela coloca questões sobre outros direitos e confronta a teoria com a modernidade e os fatos sociais.

No Brasil a Lei nº 11.804/2008, Lei dos Alimentos Gravidicos, garante direitos ao nascituro por meio de cuidados à mãe, comentários referentes a esta lei foram feitos pelo professor Flávio Tartuce (2012, p. 74):

Os citados alimentos gravídicos, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que 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 como pertinentes.

Outros ramos do Direito além do Direito Civil oferecem proteção ao nascituro, o Direito do Trabalho pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em seus artigos 391, 392, 393 de sua seção V, a qual trata da proteção à maternidade, o Direito Penal por meio do Código Penal em seus artigos 124, 125 e 126 que tratam do aborto. Uma interpretação sistemática do código civil isoladamente e/ou em conjunto com outros diplomas legais mostram um ordenamento jurídico aderente a teoria concepcionista.

3 JURISPRUDÊNCIA STF/STJ

A jurisprudência sobre o assunto aqui tratado aponta literalmente para todos os lados, porém com a tendência à constitucionalização do Direito Civil, mencionada anteriormente, decisões mais recentes aproximam-se da corrente concepcionista e até as que aderem à teoria natalista ressaltam que a dignidade da pessoa humana não estaria submetida à capacidade jurídica dela.

Tanto no Supremo Tribunal de Justiça (STJ) quanto no Supremo Tribunal Federal (STF) esse movimento é claro, apesar do posicionamento de alguns ministros, quando vão a plenário as questões têm posicionamento majoritário aproximado do defendido pela corrente concepcionista.

Alguns casos concretos serão apresentados a seguir, tanto relacionados diretamente à dispositivos constitucionais quanto não.

3.1 DANOS MORAIS PARA NASCITURO

Em recurso especial ao STJ de número 931.556 em 2008, uma empresa condenada ao pagamento de danos morais à viúva e filhos de funcionário morto em acidente de trabalho pede a redução do valor fixado a título de danos morais para um dos filhos, que na data do acidente era nascituro. O argumento da empresa, ré no processo, era de que a dor sofrida pelos menores que haviam conhecido o pai seria maior que a dor do que não o havia conhecido.

A relatora, Exma. Sra. Ministra Nancy Andrihgi (2008, p. 8) em seu voto ao tratar do pedido em particular, não conheceu do recurso especial da ré por motivo não relacionado à condição de nascituro do filho da vítima, nas palavras da magistrada:

Não se analisa – e nem é objeto de prova no processo – o tamanho do sofrimento íntimo experimentado pelos indenizados; de há muito, ficou assentado que não só essa análise é impossível como de todo estéril para o deslinde da questão. O dano moral não é a dor; esta é a consequência [sic] irrecusável do dano naquele que o suporta – e como tal, é variável, imprecisa e inexpugnável aos olhares de terceiros.

Mais adiante a relatora tece comentário sobre a dor experimentada pelo então nascituro:

No mais, se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria 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 conhece-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. (ANDRIGHI, 2008, p. 9)

Apesar do recurso trazido como exemplo não ter versado sobre o mérito de o nascituro ter ou não direito ao dano moral, o processo do qual ele foi originado versou, e já nas instâncias inferiores o parecer sobre tal direito lhe foi favorável, e confirmado no STJ.

3.2 ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA ACARRETANDO MORTE DE FETO

O caso aqui relatado é exemplo interessante de divergência da jurisprudência à sentença, negando direito à indenização pela morte do feto, foi dada em primeira instância, mantida pela Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e em recurso especial ao STJ de número 1.120.676 em 2009 teve voto do ministro relator, negando-lhe provimento.

Logo no início do voto o relator o Sr. Ministro Massami Uyeda (2011, p. 6) deixa claro e procura definir os limites do discutido:

A celeuma instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a perda do feto, em abortamento provocado por acidente de trânsito, gera ou não, aos genitores daquele, o direito à percepção da indenização decorrente do seguro obrigatório de "Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre" - DPVAT.

Não há dúvida quanto ao que o magistrado irá se manifestar, em seguida o magistrado explica, nos termos da lei, as hipóteses de indenização pelo DPVAT, a morte ou a invalidez permanente para o pagamento de indenização ou o reembolso das despesas hospitalares. Após transcrever dispositivos da lei 6.194/74 que disciplinam a concessão do Seguro DPVAT conclui que: "Portanto, a pessoa segurada é a vítima do sinistro. Na hipótese de a vítima do sinistro falecer, em virtude deste, o capital segurado será pago aos herdeiros dela" (UYEDA, 2011, p. 8, grifo nosso).

Sobre os direitos titularizados pelo nascituro o ministro delimita: "Na verdade, o nascituro titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo" (UYEDA, 2011, p. 9).

Sendo assim o ministro relaciona com o objetivo do seguro em questão e é taxativo sobre a condição de nascituro e sua distinção da pessoa natural:

Assim, o período em que o feto permanece no ventre materno, como etapa primordial da vida humana, deve ser integralmente resguardado pelo direito **naquilo que disser**

respeito ao nascimento com vida daquele ser, favorecendo e propiciando a eclosão da pessoa natural. Numa conclusão prévia, já se pode mensurar que a esta finalidade, a indenização pelo seguro DPVAT, não se destina.

O nascituro, pois, como realidade jurídica distinta da pessoa natural, não titulariza os mesmos direitos desta, nem com ela se confunde. O nascituro, como assinalado, titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo. (UYEDA, 2011, p. 10).

Sobre a distinção da pessoa natural do nascituro o magistrado cita posicionamento do então Ministro do STF o Exmo. Sr. Ayres Britto em seu voto sobre a ADI 3510/DF, o qual será abordado mais adiante nesse trabalho.

Em voto-vista sobre o recurso especial o Exmo. Sr. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino (2011, p. 1) divergiu do relator e justifica o pedido de vista “[...] diante da relevante questão que se devolve ao conhecimento desta Egrégia Corte”. Lembra, seguindo ainda o eminente ministro Sanseverino (2011, p. 2, grifo no original) que a nossa ordem jurídico-constitucional seria “[...] centrada na proteção dos direitos fundamentais [...]” e que o conceito de dano-morte “[...] não se restringe ao óbito da pessoa natural, dotada de personalidade jurídica, mas alcança, igualmente, a **pessoa já formada, plenamente apta à vida extra-uterina, embora ainda não nascida [...]**”, o ministro recorre à biologia e lembra a viabilidade do feto a partir da 27ª semana e ainda lembra que a filha dos postulantes estaria na 35ª semana de gestação.

Note-se que a filha dos postulantes encontrava-se na 35ª semana de vida, nono mês de gestação, ou seja, era plenamente hábil à vida pós-uterina, autônoma no seu desenvolvimento, apenas não independente, porque necessitava, ainda, por mais alguns dias, da “alimentação” que lhe provia sua mãe (alimentação aqui compreendida como o sustento para a sua sobrevivência no ambiente intra-uterino). (SANSEVERINO, 2011, p. 3).

Ao citar o artigo 2º do código civil, já mencionado anteriormente, onde a pessoa natural seria apta a adquirir direitos e contrair obrigações, quando se refere ao nascituro este lhe reconhece a aptidão a ser sujeito de direito. E ao elencar que direitos seriam esses, aduziu:

Nessa toada, o legislador resguardou aos nascituros: direitos relacionados com a garantia do seu por vir (v. g. direito aos alimentos gravídicos, penalização do aborto, direito à assistência pré-natal), com o resguardo do seu patrimônio (v. g. doação; posse em nome do nascituro; percepção de herança ou legado), com a preservação da sua dignidade

enquanto ser humano em formação (direito ao nome; ou, em infeliz situação como a presente, aos cerimoniais fúnebres), desse rol não havendo excluir-se a indenização securitária a ser alcançada aos ascendentes do segurado falecido em face do seu passamento. (SANSEVERINO, 2011, p. 4).

Curiosamente o Ministro Sanseverino cita a mesma ADI 3.510/DF para fundamentar sua divergência não só com o voto do relator como também com passagens dos votos da Ministra Carmem Lúcia e do Ministro Gilmar Mendes.

Seu voto lembra o número elevado de acidentes de trânsito no Brasil e que neles quando se envolvem gestantes, acabam perdendo os filhos que aguardam. Sendo o objetivo do seguro em questão minorar os efeitos causados às vítimas do acidente então ministro Sanseverino (2011, p. 7) conclui que: “Não se pode negar ter sido, a filha dos demandantes, vítima do relatado incidente”.

E não diferenciando um filho nascido de um plenamente formado o ministro se posiciona favorável à percepção da indenização pelos pais decorrente do dano-morte de sua filha.

3.3 ADI 3.510 DISTRITO FEDERAL – IMPUGNAÇÃO DO ART. 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA (LEI 11.105/2005)

Em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo então procurador-geral da república requereu a impugnação em bloco do art. 5º da Lei Federal nº 11.105/2005, a chamada Lei de Biossegurança.

Sob a alegação que o referido artigo violaria a dignidade da pessoa humana, já que afirmara que o embrião humano, seria vida humana. Para o entendimento da demanda do procurador, transcrevo o dispositivo:

Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos

respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 2005, on-line).

Como podemos observar o dispositivo aqui transcrito faz referência apenas aos embriões humanos que foram produzidos *in vitro* e não tenham sido utilizados no procedimento de reprodução assistida.

Após fazer um estudo do texto do dispositivo o ministro posiciona-se:

Daqui se infere - é a minha leitura - cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião *in vitro*). (BRITTO, 2008, p. 6).

Para o ministro o texto do dispositivo é o que poderíamos chamar de isento, já que não teria viés ideológico e, além disso, mesmo se dando essa vida fora do corpo feminino, ainda assim estaria sendo respeitada a sua dignidade. O ministro também lembra que a pesquisa com células-tronco embrionárias se faz promissora, pois elas acenariam para melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais de suas anomalias de qualquer natureza.

E explica seu conceito de pessoa física ou natural com a seguinte colocação:

Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil” (BRITTO, 2008, p. 9).

Sobre a menção à dignidade humana na constituição e em sua interpretação Ayres Britto (2008, p. 11 e 12) diz que: “[...] [quando] fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao próprio tempo notarial, biográfico, moral e espiritual [...]” e logo depois lembra que na constituição em seu preâmbulo há referência textual a Deus apesar de o Estado ser leigo.

O eminente ministro aduz que a dignidade da pessoa humana é de tal importância que irradia a legislação infraconstitucional e protege tudo que se mostre como

início e continuidade de um processo que dê origem ao indivíduo-pessoa, que é o caso do nascituro.

Sobre os direitos do nascituro Ayres Britto (2008, p. 17) ressalva: “[...]direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento.”

Em outra passagem do fantástico voto o ministro deixa claro que a lei ora questionada não se refere ao embrião nascituro mencionado no código civil pátrio, mas sim “aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio” (BRITTO, 2008, p. 24).

O voto do ministro é não só aborda o tema juridicamente, mas desde uma análise deôntica da letra da lei, passando pela relação dos temas que envolvem a reprodução e a essência humana, fazendo essa relação aparecer de forma jurídica poética e lógica.

Em pura lógica proposicional ele resume todo o seu posicionamento: “[...] se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro[...]” (BRITTO, 2008, p. 25).

E assim o ministro Ayres Britto apresentou uma visão natalista, porém não gramatical, não antiquada, mas uma visão natalista que abarcou a modernidade tanto da reprodução assistida quanto das pesquisas com células tronco, harmonizando os princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional, a religião e a biologia.

4 CONCLUSÃO

O código civil brasileiro – alegam alguns doutrinadores – seguiu a teoria natalista quando ressalvou que o nascituro teria direitos resguardados até senão tivesse personalidade, pois esta somente se iniciaria com o nascimento com vida. Com a constitucionalização do Direito Civil uma reinterpretação extensiva dos direitos do nascituro afastou o ordenamento jurídico pátrio da teoria natalista e o aproximou da teoria concepcionista.

O entendimento não é uniforme, porém a aplicação da teoria concepcionista vem crescendo e a diferença prática entre os nascidos e os nascituros vem sendo reduzida a nada. Ao longo do tempo estamos caminhando da proteção patrimonial para a humanização do Direito Civil.

A humanização vem por meio da interpretação dos diplomas civis à luz dos princípios constitucionais e decisões como a da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi no caso comentado anteriormente, apesar de que tecnicamente não tivesse que se pronunciar sobre o “medir do sofrimento” demonstrou sensibilidade ao fazê-lo. Também vem de votos como o então Exmo. Sr. Ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, também comentado anteriormente.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, N. STJ - Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 931.556 - Relatório e Voto. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**, 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700483006&dt_publicacao=05/08/2008>. Acesso em: 17 maio 2016.
- BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 2 maio 2016.
- BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Planalto**, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.
- BRITTO, C.A. **Ação direta de inconstitucionalidade** 3.510 Distrito Federal – Inteiro teor. STF - Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 21 maio 2016.
- CHINELLATO, S.J.D.A. **Código civil interpretado**. 3.ed. São Paulo: Manole, 2010.
- DINIZ, M.H. **Dicionário jurídico Universitário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FACHIN, L.E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. Parte geral. 14.ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2012.
- GONÇALVES, C.R. **Direito civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANSEVERINO, P.D.T. STJ – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.120.676 - Voto-Vista. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**, 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900175950&dt_publicacao=04/02/2011>. Acesso em: 18 maio 2016.
- SEMIÃO, S. A. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- TARTUCE, F. **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: 5 maio 2016.
- TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.

UYEDA, M. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.120.676 – Relatório e Voto. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**, 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900175950&dt_publicacao=04/02/2011>. Acesso em: 18 maio 2016.

VENOSA, S. D.S. **Direito civil**. Parte geral. 6.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

Data do recebimento: 10 de junho de 2016

Data da avaliação: 21 de junho de 2016

Data de aceite: 1 de julho de 2017

1 Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT.

E-mail: jaminelouza21@gmail.com

2 Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT.

E-mail: vinnyaju@gmail.com

3 Orientadora do artigo; Pós-doutora em Estudos Culturais pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea – PACC/Fórum de Ciência e Cultura – FCC, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Doutora em Geografia pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; Mestre em Sociologia; Mestre em Geografia; Licenciada e Bacharela em História; Professora da Universidade Tiradentes – UNIT.

E-mail: projeto.monografia@yahoo.com.br