

# O ESTATUTO ONTOLÓGICO DO EMBRIÃO HUMANO: O Nascituro enquanto Sujeito de Direitos e Titular de Personalidade Jurídica

Tatiana Larissa Mendes<sup>1</sup>

Thárcio Martins do Nascimento Maia Nery<sup>2</sup>

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O NASCITURO À LUZ DAS TEORIAS PERSONALÍSSIMAS. 2. SITUAÇÃO JURÍDICA ATUAL DO NASCITURO. 3. O NASCITURO ENQUANTO PESSOA NATURAL. 4. O NASCITURO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS. 5. A CAPACIDADE EM DIVERGÊNCIA DA PERSONALIDADE. 6. CAPACIDADE JURÍDICA DO NASCITURO. 7. O NASCITURO ENQUANTO TITULAR DE PERSONALIDADE JURÍDICA. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O ser humano em formação tem sido analisado reiteradamente no mundo jurídico com o propósito verificar a incidência de direitos sobre ele. Não há consenso, pois diversos elementos são considerados em decorrência da pluridisciplinaridade do tema e resultando em correntes doutrinárias concorrentes, ou complementares e, em algumas vezes, antagônicas. Neste intento a pesquisa exploratória, com análise qualitativa dos dados será desenvolvida com a descrição das categorias de análise Personalidade e Capacidade, com o objetivo de investigar o estatuto ontológico do nascituro na legislação brasileira e seus efeitos legais. Além disso, a construção do trabalho busca destacar as teorias da personalidade jurídica, sendo cada uma delas defendidas por autores como Cristiano Chaves de Farias, Silmara Juny Chinellato, dentre outros que argumentam a favor da Teoria Concepcionista; Aqueles que encontram-se no “meio termo”, ou seja, que defendem a Teoria Condicionista, são autores como Clóvis Bevilácqua; Por fim, autores como Washington de Barros Monteiro, defendem fortemente a Teoria Natalista. Com isso, observa-se que os argumentos são pautados em um embasamento sólido e profundo, os quais dividem-se em três teorias, procurando explicar como a condição da personalidade jurídica do nascituro será definida.

Através da Pesquisa realizada nas áreas do Direito Civil, da Bioética e dos Direitos Fundamentais, é possível constituir diferentes pontos de vista no que diz respeito ao nascituro. Ademais, as provocações encontradas na Teoria Natalista e na Condicionista demonstraram uma forma de incentivo para se buscar na Concepcionista respostas para contrapor os pontos relativos à personalidade do ser humano concebido em divergência.

---

<sup>1</sup> DOUTORADO em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL (em fase final). DIPLOMA DE ESTUDIOS AVANZADOS em Humanidades. Universidad (Pública) de Burgos - UBU - Espanha. ESPECIALIZAÇÃO em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade Batista Brasileira - FBB. GRADUAÇÃO em DIREITO - Universidade Estadual de Santa Cruz – Bahia - UESC. ADVOGADA. Professora de Ciências Políticas, Teoria Geral do Estado, Direitos Humanos e Projeto de Pesquisa em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

<sup>2</sup> BACHARELANDO em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. MONITOR da Disciplina de Teoria Geral do Estado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Outrossim, vislumbrar o nascituro como um ser protegido e amparado pelo ordenamento jurídico seria uma forma de ampliar o conceito de personalidade para o mesmo, pois, mesmo que um direito venha ser condicionado, essa atenuante não pode ser considerada como limitadora da personalidade do nascituro.

Urge salientar que a partir desta relação, é possível alcançar uma compreensão, não só jurídica, como também humanística, ética e filosófica, pois o nascituro é um ente personalíssimo sem quaisquer condicionantes.

**Palavras-chave:** Nascituro. Personalidade. Capacidade.

## **ABSTRACT**

The human being in formation has been analyzed repeatedly in the legal world in order to verify the incidence of rights over him. There is no consensus, because several elements are considered as a result of the multidisciplinary nature of the theme and result in concurrent or complementary and, sometimes, antagonistic doctrinal currents. In this attempt the exploratory research with qualitative analysis of the data will be developed with the description of the categories of analysis Personality and Capacity, with the objective of investigating the ontological status of the unborn child in the Brazilian legislation and its legal effects. In addition, the construction of the work seeks to highlight theories of legal personality, each of which is defended by authors such as Cristiano Chaves de Farias, Silmara Juny Chinellato, among others who argue in favor of the Conceptionist Theory; Those who find themselves in the "middle ground", that is, that defend the Conditionalist Theory, are authors like Clóvis Bevilácqua; Finally, authors like Washington de Barros Monteiro, strongly defend the Natalist Theory. Thus, it is observed that the arguments are based on a solid and deep foundation, which are divided into three theories, trying to explain how the condition of the legal personality of the unborn will be defined.

Through the Research carried out in the areas of Civil Law, Bioethics and Fundamental Rights, it is possible to constitute different points of view regarding the unborn child. In addition, the provocations found in the Natalist Theory and the Conditionalist demonstrated a form of incentive to seek in the Conceptionist answers to counter the points related to the personality of the human being conceived in divergence. Also, to see the unborn as a protected being and protected by the legal system would be a way to extend the concept of personality to the same, because, even if a right is conditioned, this mitigating can not be considered as limiting the personality of the unborn.

It is important to emphasize that from this relation, it is possible to reach an understanding, not only juridical, but also humanistic, ethical and philosophical, since the unborn child is a very personal entity without any constraints.

**Keywords:** Born. Personality. Ability.

## **1 INTRODUÇÃO**

Este trabalho tem como finalidade, apresentar ao leitor uma visão mais abrangente do Nascituro enquanto pessoa natural, sujeito de direitos e titular de personalidade jurídica. Utilizando de análise jurisprudencial, procurando assim

apontar o avanço do entendimento das Cortes Brasileiras quanto ao nascituro. Além de tratar do mesmo com uma análise doutrinária, onde juristas e especialistas vêm divergir sobre suas posições quanto à situação do nascituro no campo jurídico.

De início, busca-se apresentar sua situação jurídica atual no Ordenamento Brasileiro, além de expor ao leitor, a identidade do nascituro. Levantando o mesmo a fortes provocações, além de vislumbrar o nascituro por um olhar crítico, analisando o ponto de vista de cada uma das Doutrinas Personalíssimas do Direito Civil, colocando em discussão o que é defendido pela doutrina majoritária e pelas demais vertentes.

Outrossim, resta esclarecer que ao fim de toda a discussão e explanação dos pontos a serem abordados, levantar-se-á a discussão crítica dos autores, os quais, através dos métodos de interpretação jurídica, alcançarão um posicionamento com relação à situação do concepturo. Com isso, espera-se que o leitor possa ter uma fácil compreensão da temática a ser abordada através da clareza apresentada no desenrolar deste.

## **2 O NASCITURO À LUZ DAS TEORIAS PERSONALÍSSIMAS**

Precipuamente, é necessário esclarecer quem é o Nascituro, e porque este ser tem sido o motivo de tantas discussões no campo jurídico civil e bioético. Além disso, não há como tratar do nascituro, sem que se levatem os seguintes pontos de discussão: O que é vida, onde esta se inicia, e quando termina?

São questionamentos que nos intrigam a uma busca incessante pelo sentido da vida, no entanto, o que vale aqui é apontar onde essa se inicia, e quais as consequências desse ponto de início no meio jurídico.

O Nascituro é aquele que encontra-se ainda no ventre materno, esperando por nascer, ou seja, é o embrião humano. Cristiano Chaves de Farias conceitua o Nascituro da seguinte forma, “Aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que ainda está no corpo da genitora.” (FARIAS, 2018).

Mas é possível afirmar que o nascituro possui vida? Eis aí a grande discussão doutrinária. Maria Helena Diniz, afirma que “A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida se inicia no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero.” (DINIZ, 2017). Diante desta visão técnica da fetologia, pode-se concluir que o nascituro possui vida, e com isso, é

considerado como Pessoa Natural, Sujeito de Direitos e titular de Personalidade Jurídica. Depreende-se que os defensores da visão concepcionista não podem confundir suas ideias com as condicionalistas, pois a diferença entre as vertentes doutrinárias encontra-se no fato de que, os direitos patrimoniais do nascituro estão condicionados ao seu nascimento com vida, logo, todos seus direitos personalíssimos só podem ser reconhecidos caso o mesmo venha nascer com vida.

O campo doutrinário encontra-se dividido em três teorias, que seriam as teorias da personalidade, A Teoria Natalista, que vislumbra o nascituro como um ente totalmente desprovido de personalidade jurídica, já que ainda não nasceu com vida; A Teoria Condicionista, onde o nascimento com vida é colocado como um elemento condicionante à aquisição dos direitos patrimoniais do nascituro, além disso, ficam também nesta situação os direitos personalíssimos do mesmo; A Teoria Conceptionista, onde os signatários desta vertente doutrinária procuram defender que o nascituro possui vida desde a sua concepção, e com isso, sua personalidade civil deve ser reconhecida desde esse momento, vez que o mesmo já encontra-se como detentor de direitos personalíssimos.

Perceba como essa distinção fica bem nítida no quadro sinótico abaixo:

<b>Teoria Natalista</b>	<b>Teoria Condicionista</b>	<b>Teoria Conceptionista</b>
-------------------------	-----------------------------	------------------------------

<p>A Personalidade só é reconhecida após o nascimento com vida;</p> <p><b>Não pode ser titular e nem exercer direitos e deveres;</b></p> <p><b>Independente de Representação legal.</b></p>	<p>A Personalidade é reconhecida durante a concepção somente se o feto nascer com vida;</p> <p><b>Não pode ser titular e nem exercer direitos e deveres se não possuir Direitos Patrimoniais</b></p> <p><b>Através de Representação legal.</b></p>	<p>A Personalidade é reconhecida desde o momento da concepção, mesmo que o feto não venha nascer com vida;</p> <p><b>Pode ser titular e exercer direitos e deveres, condicionando os Direitos Patrimoniais.</b></p> <p><b>Através de Representação legal.</b></p>
---	--	---

Diante do exposto, observam-se semelhanças entre a Teoria Condicionista e a Concepcionista, no que diz respeito ao reconhecimento da personalidade do mesmo, no entanto, vale enquadrar neste contexto, a seguinte distinção, “Para os concepcionistas, se o nascituro dispõe de direitos da personalidade, é porque já tem a própria personalidade jurídica, apesar de os direitos patrimoniais ficarem condicionados; de outra banda, os condicionistas afirmam que, apesar de já titularizar os direitos da personalidade, se os direitos patrimoniais estão condicionados, a personalidade jurídica, como um todo, está condicionada” (FARIAS, 2018).

A Carta Magna privilegia a vida humana, sendo considerada pela mesma como um bem supremo, já que sua proteção concerne ao interesse público e privado, logo há de se preservar a vida - inclusive dos já concebidos - acima de qualquer princípio ou direito, pois sem esta, não se adquire tais princípios. Além disso, o nascituro possui sua integridade amparada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III da CF)<sup>3</sup>, vez que, a proteção é garantida a todo o ser humano, e não há dúvidas de que o nascituro pertence à espécie humana, caso contrário, este não seria amparado constitucionalmente. Para a proteção de sua integridade, busca-se auxílio na Responsabilidade Civil, que aplica-se à gestante durante a gravidez, pois caso algum dano venha ser causado ao nascituro, àquele que tenha implicado o dano, incluindo a gestante, poderá responder na esfera cível, ou até mesmo na esfera penal, dependendo das circunstâncias. Vale ressaltar que

<sup>3</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana;

nos EUA houve o registro de um caso em que foi necessário a realização de uma cesariana contra a vontade da gestante, para que a mesma fosse afastada do nascituro, o qual corria risco de vida enquanto permanecesse próximo de sua genitora<sup>4</sup>.

### 3 SITUAÇÃO JURÍDICA ATUAL DO NASCITURO

O Código Civil busca assegurar a proteção jurídica do concepturo, no entanto, não reconhece sua personalidade, como é possível observar em seu 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**”. Ou seja, o legislador não afirma expressamente que o ser já concebido possui personalidade, apenas faz uma ressalva, deixando uma proteção especial a este. Observa-se ainda que este entendimento do legislador aproxima-se bastante da Teoria Condicionista, vez que, reconhece que os direitos do nascituro devem ser assegurados pela lei, mas põe como exceção os direitos patrimoniais, e com isso, não lhe é possível atribuir personalidade, pois o mesmo só poderá titularizar e usufruir destes, quando tiver nascido com vida. Além disso, é válido observar que o Código Civil de 2002 apresenta o mesmo entendimento do Código Civil de 1916, não reconhecendo a personalidade jurídica do não nascido, mas lhe garantindo a proteção jurídica necessária, o que reflete um atraso na legislação, já que diversas são as técnicas modernas da bioética, as quais necessitam de aparato jurídico, assim como o reconhecimento da personalidade do nascituro.

Mas como pode-se ter certeza do tipo de proteção que é conferida ao mesmo? Vejamos a maneira que a Legislação assegura esses direitos ao Nascituro.

O Art. 1.609 do CC, em seu Parágrafo Único<sup>5</sup>, que permite o reconhecimento de filiação ao nascituro; O Art. 1.779 do CC<sup>6</sup>, que versa sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro; O Art. 542 do CC<sup>7</sup>, que autoriza que sejam feitas

---

4 Caso Jefferson c. Griffin Spalding County Hospital Authority 274 S.E. Ed 457, que foi julgado em 1981, pela Suprema Corte do Estado da Geórgia nos EUA.

<sup>5</sup> Art. 1.609 do CC, O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

<sup>6</sup> Art. 1.779 do CC, Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

<sup>7</sup> Art. 542 do CC, A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

doações ao nascituro; O Art. 1.798 do CC<sup>8</sup>, que reconhece a capacidade de sucessão do nascituro; O Art. 124/128 do CP, que criminaliza a prática indevida do Aborto; O Art. 7º da Lei 8.069/90, o ECA<sup>9</sup>, que reconhece o direito à assistência pré-natal ao Nascituro. É válido fazer uma atenuação aqui, vez que, o pré-natal, nada mais é, do que a assistência médica garantida à gestante e ao ser já concebido, mas todas as informações levantadas, desde o sexo da criança até o período de seu nascimento, são todas de relevância do nascituro.

Além de toda proteção jurídica interna garantida ao nascituro, cumpre observar que a Legislação Internacional, também adere à proteção jurídica do nascituro, principalmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que traz em seu Art. 4º, I, a seguinte redação, **“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”** Ou seja, o ser humano tem seu direito à vida assegurada, por esta Convenção - que o Brasil é signatário - desde a sua concepção, o que garante proteção à vida do nascituro.

O STF já reconheceu que os direitos subjetivos constitucionais não servem de fundamento para a proteção do nascituro<sup>10</sup>, todavia, diante das decisões dos Tribunais e das Varas Comuns, além da jurisprudência e doutrina que passaram a ser adotadas, a Excelsa Corte entendeu que o início da tutela constitucional ocorreria a partir do nascimento com vida, momento de aquisição da personalidade jurídica. No entanto, quando a Constituição trata da Dignidade da Pessoa Humana, a mesma não se refere a que fase de evolução humana esse princípio deve se aplicar, com isso, tem-se a noção de que essa proteção abrange o nascituro, já que o mesmo titulariza diversos direitos fundamentais através dos direitos personalíssimos que lhes são conferidos.

É importante ressaltar novamente que, atualmente, o nascituro não usufrui de seus direitos patrimoniais, pois estes estão condicionados ao seu nascimento, mas esse fato não significa que o mesmo deverá ter sua personalidade questionada, vez que, a falta de um direito personalíssimo não pode gerar a impossibilidade de se ter

---

<sup>8</sup> Art. 1.798 do CC, Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>9</sup> Art. 7º do ECA, A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

<sup>10</sup> ADIN 3.510-0/DF.

diversos outros. Pois como afirma Silmara Juny de Abreu Chinellato, “Quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade.” (ALMEIDA, 1992). Veremos mais adiante que a capacidade de direito é o poder de titularizar direitos, mesmo não podendo exercê-los, logo, não se deve excluir a personalidade civil pelo fato do nascituro não ser titular de direitos patrimoniais, e sim o contrário, já que este é o único dos direitos personalíssimos posto em condição.

#### 4 O NASCITURO ENQUANTO PESSOA NATURAL

No Campo jurídico, existem dois tipos de pessoas que são titulares de direitos e deveres, são elas, a Pessoa Natural (Ou Física), e a Pessoa Jurídica. Dentro da discussão levantada neste presente artigo, o que vale enfatizar é a Pessoa Natural, pois é esta que será o objeto de toda discussão no desenrolar dos fatos.

Como conceituado por Cristiano Chaves, “A Pessoa Natural é, destarte, o ser humano considerado como sujeito de direitos e deveres.” (FARIAS, 2018), além disso, observa-se que esta mesma afirmação condiz com o Art. 1º do CC, “**Toda Pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.**” Pode-se afirmar então, que ser pessoa natural é um atributo para ser Sujeito de direitos e deveres, e também para ter Capacidade Civil. Mas quais seriam os atributos necessários para ser considerado como Pessoa Natural? **Ser humano e ser Sujeito de Direitos.**

Já não há dúvidas de que o nascituro é um ser humano. Mas como comprovar que o mesmo pode ser sujeito de direitos? Observe que o Nascituro pode titularizar diversos direitos e deveres, além de poder exercê-los através de um representante legal ou um curador, contudo, os deveres podem ficar condicionados ao nascimento do feto. Logo, pode-se afirmar que o nascituro pode ser Sujeito de Direitos, o que lhe afirma então, o um atributo a mais para ser considerado Pessoa Natural.

Urge salientar que, a partir do momento em que o nascituro não é considerado como pessoa, tem-se a ideia de que o mesmo pode ser equiparado a um objeto, podendo ser descartável ou não. Muitos são os casos em que mulheres procuram engravidar com o objetivo de retirar algum proveito do feto e depois descartá-lo, práticas como estas devem ser consideradas como extremamente abusivas e desumanas, pois viola fortemente os direitos fundamentais e o princípio



da dignidade humana, além de ferir a integridade física daquele ser humano que encontra-se em estado de evolução. Com isso, Maria Helena Diniz vem afirmar que, “Tais condutas, além de ilícitas, estão transformando o feto em objeto, tornando-o meio para alcançar um fim, ferindo sua dignidade da pessoa humana.” (DINIZ, 2017).

Por fim, é válida a afirmação de que o conceito de Pessoa está estritamente conexo ao de Sujeito de Direitos, vez que, “É o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às características (que são dos direitos da personalidade).” (FARIAS, 2018).

## **5 O NASCITURO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS**

Se o Nascituro titulariza direitos, afirmar-se que o mesmo é sujeito de direitos. Mas quais seriam os atributos necessários para ser considerado Sujeito de Direitos? Seria titularizar numa relação jurídica direitos e deveres? Para Orlando Gomes, sujeito de direitos é “A pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres.” (GOMES, 1998). Ou seja, seria o ente que pode titular direitos e contrair obrigações para si. Além disso, observa-se que o conceito de sujeito de direitos confunde-se com o de pessoa em dentro da doutrina majoritária, vez que tem como ponto de convergência, o poder de titularizar direitos e deveres, como bem notam os renomados Juristas, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz e Washington de Barros Monteiro.

No caso do Nascituro, este pode ser titular de direitos numa relação jurídica, além de contrair para si as devidas obrigações legais, através de seu representante legal ou curador designado por um Juiz. Vale salientar aqui um exemplo notório para a consideração do nascituro como sujeito de direitos, quando o mesmo é colocado numa Ação de Alimentos, o mesmo busca por seus direitos, mas fica obrigado a cumprir com os prazos legais e com todos os trâmites processuais, através de sua representação legal.

Para que se adquira Personalidade Jurídica, é necessário que o ente seja sujeito de direitos numa relação jurídica, pois como bem colocado por Cristiano Chaves, “Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao

exercício de uma vida digna.” (FARIAS, 2018). Conclui-se que a personalidade jurídica procura eficácia através de direitos fundamentais que venham garantir o amparo necessário ao indivíduo, o qual será colocado como titular desses direitos numa relação jurídica. Outrossim, o nascituro reclama direitos fundamentais, e os titulariza dentro do campo jurídico, em decorrência disso, este possui um dos atributos necessários para ter personalidade jurídica, que é ser sujeito de direitos numa relação.

No direito contemporâneo, é possível observar a existência de um direito que abrange entes despersonalizados, como condomínios, massas falidas, espólios, e dentre diversos outros entes, os quais são colocados dentro de uma relação jurídica como sujeito de direitos, onde são representados legalmente. Dessarte, ao observar a situação jurídica desses entes, verifica-se que o nascituro é Sujeito de direitos, no entanto, não deve-se confundir o caráter personalíssimo deste com os demais entes, mas no que diz respeito a sua situação como titular de direitos e deveres, o mesmo apresenta suas devidas semelhanças.

Por fim, vale reiterar a afirmação Silmara J. Chinellato, “Quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade.” (ALMEIDA, 1992). Ou seja, a partir do momento em que é afirmada a proteção jurídica do nascituro, afirma-se também sua personalidade, colocando ainda a Capacidade de direito como atributo, a qual também é afirmada ao mesmo, vez que, este titulariza direitos numa relação jurídica.

## **6 A CAPACIDADE EM DIVERGÊNCIA DA PERSONALIDADE**

Tratando-se de capacidade jurídica, é válido afirmar que a mesma apresenta-se como um mecanismo de concretização da personalidade, ou seja, os direitos da personalidade só podem ser exercidos se o ente tiver a capacidade jurídica para ser titular de tais direitos. Vale destacar que titularizar direitos não é o mesmo que exercê-los, pois no caso do nascituro, este pode ser titular de direitos, mas não pode exercê-los, logo, verifica-se que o mesmo não possui plena capacidade.

Observe que Cristiano Chaves de Farias vem afirmar que “Capacidade Jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de

terceiros pelos incapazes.” (FARIAS, 2018). Além disso, a Capacidade Jurídica divide-se em dois tipos, em capacidade de direito ou gozo e capacidade de exercício, sendo que na primeira, o indivíduo tem a capacidade de titularizar direitos e deveres numa relação jurídica mas não os pode exercer, vez que, na segunda, o indivíduo adquire a capacidade de exercer seus direitos e deveres constituídos numa relação jurídica.

Carlos Roberto Gonçalves vem aduzir o seguinte, “Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.” (GONÇALVES, 2018). No entanto, não deve-se confundir o conceito de capacidade genérica com o de personalidade, pois, como afirmado acima, a personalidade confunde-se com a capacidade de direito, mas não com a de exercício, já que o nascituro não pode exercer seus direitos, mas os exerce através de um representante legal.

Vejamos a situação do menor de idade, o qual não possui sua inteira capacidade, porque, encontra-se na mesma situação do nascituro, não podendo exercer seus direitos e deveres, necessitando assim de um representante para que os exerça. Ademais, cumpre ressaltar que assim como os incapazes possuem aptidão para ter personalidade, o nascituro também deve receber a mesma aptidão. Como bem colocado por Clóvis Beviláqua, “Sendo a personalidade a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, todo homem, independentemente da consciência e da vontade, é dotado dela. O recém-nascido, o menor, o louco a tem.” (BEVILÁQUA, 1929). Observa-se então, que a personalidade não pode se confundir com a capacidade num sentido geral, apenas com a capacidade de direito.

## 7 CAPACIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Teixeira de Freitas afirma que, “Podemos definir capacidade jurídica a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil. É o que muitos civilistas denominam de capacidade de direito, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem.” (FREITAS, 1864). No entanto, resta esclarecer que o entendimento do Jurista possui um ponto a ser colocado em observância, **seria a aptidão para adquirir e exercê-los por si ou por outrem**, observe que Jurista Baiano não traz dois tipos de capacidade, aponta apenas um, que é a capacidade de direito, mas deixa bem claro que a aptidão para exercer pode ser por si só ou por

um terceiro, que seria o caso do nascituro, já que este não tem como manifestar sua vontade, e a faz por meio de um terceiro.

Resta salientar o ponto de convergência apresentado por Beviláqua entre personalidade e capacidade de direito, “Como aptidão para adquirir direitos, a personalidade confunde-se com a capacidade de direito. Esta não pode ser recusada ao indivíduo sem despi-lo dos atributos da personalidade. Capacidade de direito, de gozo ou de aquisição, distingue-se, portanto, da capacidade de fato, de exercício ou de ação, em que ao indivíduo pode ser assegurada a faculdade de adquirir direitos, mas nem sempre poderá exercê-los por si só, senão por via de um órgão de representação.” (BEVILÁQUA, 1929). Diante disso, fica claro que o único ponto de entrelace entre a personalidade jurídica e a capacidade, é no que diz respeito à capacidade de direito, onde o indivíduo tem a aptidão para ser titular de direitos e deveres.

Além disso, pode-se observar que este entendimento assemelha-se à Doutrina Civil Francesa, a qual segue o ideal de que o gozo de direito seria a aptidão legal de uma pessoa para utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei, diferente do que seria o exercício de um direito, que é a realização efetiva do gozo. Logo, gozar de um direito é ser titular dele, exercê-lo é extrair dele as vantagens que possa fornecer.

É evidente que o nascituro possui aptidão para adquirir e ser titular de seus direitos e deveres, mesmo que para exercê-los, este tenha que necessitar de uma representação legal. Com isso, ser já concebido é titular da capacidade de direito, e a partir do momento em que nasce com vida, continua possuindo apenas a capacidade de direito, vez que, não pode responder por seus próprios atos, necessitando ainda de uma representação legal. Mas quando o indivíduo pode adquirir Capacidade Total?

A partir do momento em que este completar sua maioridade, o mesmo poderá ter capacidade de direito e de exercício, podendo ser titular e exercer seus direitos e deveres. Desde que não possua nenhuma limitação quanto à sua capacidade mental ou psíquica.

## **8 O NASCITURO ENQUANTO TITULAR DE PERSONALIDADE JURÍDICA**

A personalidade jurídica está atrelada ao valor máximo da dignidade da pessoa humana, vez que, diz respeito ao mínimo reconhecimento dos direitos fundamentais e dos valores humanos a serem zelados pelo Ordenamento Jurídico, para que assim o conceito de vida digna seja realmente efetivo. Com isso, o Direito Civil assume um papel de grande relevância na valorização da pessoa humana e na aprimoração do conceito de vida digna.

Clóvis Beviláqua afirma que a personalidade jurídica, “*é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.*” Ou seja, fica nítido que o atributo aqui apresentado para se adquirir personalidade é o exercício de direitos e deveres.

Além disso, a personalidade jurídica é conferida também a entes morais, ou seja, agrupamentos de indivíduos que se associam para determinado fim ou por conta de algum patrimônio, são as pessoas jurídicas, com isso, Beviláqua vem afirmar que, “A ordem jurídica atribui personalidade aos entes morais, dotando-os também de aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, como ainda imputando-lhes responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes pressupostos - tudo por causa ou em razão dos homens.” (BEVILÁQUA, 1929). Diante disso, observa-se que se a personalidade jurídica pode ser conferida a entidades que exercerão seus direitos e deveres por meio de representantes legais, por que não reconhecer a personalidade do nascituro, que possui vida desde a concepção<sup>11</sup> e titulariza direitos e deveres, que também os exerce através de representantes legais? Questionamentos como esses contrariam fortemente a Teoria Condicionista, que põe a personalidade do nascituro condicionada ao seu nascimento, no entanto, como bem pontuado por Silmara J. A. Chinellato, “A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.” (ALMEIDA, 2000), com isso, verifica-se que o fato do nascituro não possuir a capacidade de exercer seus direitos patrimoniais não pode condicionar a personalidade do mesmo ao seu

---

<sup>11</sup> José Afonso da Silva, “Não se considera vida apenas no seu sentido biológico, de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na acepção biográfica, mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão, por ser algo dinâmico, que evolui incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo que se instaura com a concepção, transformando-se e progredindo para manter sua identidade, até mudar de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte e tudo que interfere, em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante, contraria a vida”.

nascimento. Vale ressaltar que dentre todas as teorias da personalidade, a única que reconhece inteiramente a personalidade do nascituro é a concepcionista, abrangendo a personalidade desde o momento da concepção. Para os conceptionistas, se o nascituro já possui os direitos da personalidade é porque este já dispõe de personalidade jurídica própria, mesmo tendo seus direitos patrimoniais condicionados. (FARIAS, 2018).

Outrossim, Maria Helena Diniz divide a Personalidade Jurídica em formal e material, sendo que o nascituro será titular da personalidade jurídica formal, e alcançará a personalidade jurídica material, quando este vier a nascer com vida, pois só assim poderá adquirir seus direitos patrimoniais materiais. Com isso, a jurista vem afirmar que, “Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontram em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.” (DINIZ, 2017). Por fim, a mesma defende a ideia de que o nascituro detém ambos os tipos de personalidade, tanto formal quanto material, vez que, diversos são os seus direitos e que sua personalidade não pode ficar condicionada por conta da incapacidade do nascituro de titularizar direitos patrimoniais.

Diante do que fora exposto, é notório que os direitos do nascituro devem estar resguardados e sua personalidade assegurada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, vez que, os direitos da personalidade estão intrinsecamente conectados aos direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988, conexão essa decorrente da constitucionalização do Direito Civil. Com isso, é válido levantar aqui, a seguinte visão doutrinária, “Assegurar o direito à reparação de dano ao não nascido é corroborar a proteção dos direitos da personalidade que já lhes são assegurados de maneira geral, como por exemplo, o respeito à sua vida e à sua integridade física. A reparação seria mais um meio de coibir práticas que atentem contra direitos já constitucionalizados”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Tutela Jurídica do Nascituro à luz da Constituição Federal, Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo.

## 9 CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto, observa-se que o nascituro possui sua proteção jurídica assegurada pela lei, já que o mesmo assume o papel de sujeito de direitos dentro da ordem jurídica, alcançando assim, um dos primeiros requisitos para aquisição de personalidade jurídica. Além disso, este ser que ainda está por nascer possui resguardado seus direitos patrimoniais, mas titulariza e possui capacidade de fato de todos os demais.

O nascituro apresenta-se como Pessoa Natural, vez que, é um ser humano e não se enquadra como Pessoa Jurídica ou como uma coisa, logo, este não poderia ser considerado como “Sujeito Indefinido”, mas sim como Pessoa Natural. O conceito de pessoa está estritamente ligado ao que seria o ser humano, mas a diferença que se percebe é que para uma parte da Doutrina, pessoa natural seria o ente nascido com vida e a outra defende a ideia de que pessoa natural é o ente concebido, ou seja, alcança o ser humano desde o momento da concepção.

Não se pode confundir Personalidade com Capacidade, vez que ambos são elementos diferentes, pois o nascituro assume sua capacidade de fato, podendo exercer sua personalidade, e o fato do mesmo não poder possuir sua capacidade de exercício, não significa que o mesmo não possa possuir capacidade, e conseqüentemente, personalidade jurídica.

Portanto, o nascituro é titular de direitos personalíssimos, possuindo apenas um desses direitos reservados, que seriam seus direitos patrimoniais, logo, observa-se que não será a falta de um desses direitos que irão condicionar todos os outros. Além do mais, o direito personalíssimo vida, deve ser inviolável, e ao conferir o nascituro como um ser com vida, mas ainda não nascido, seria o mesmo que agredir esse direito, seria ferir gravemente um Princípio. Conclui-se então que, afirmar que o nascituro não possui personalidade é o mesmo que desconsiderar o princípio da vida a este ser, mesmo que este esteja amparado pela lei.

*“In dubio pro vita”, sempre!*

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direitos da personalidade do nascituro**. Revista do Advogado. São Paulo: 1992.

\_\_\_\_\_. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁCQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, Parte Geral. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil** – Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018, v.1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

PAMPLONA, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela Jurídica do Nascituro à luz da Constituição Federal**. Salvador. n. 14. p. 01-14, 2007.