

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

INGRID KAROLENE DA COSTA RIBEIRO

**A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO E O STATUS JURÍDICO
DO FETO ANENCÉFALO NO BRASIL**

BELÉM
2022

INGRID KAROLENE DA COSTA RIBEIRO

**A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO E O STATUS JURÍDICO
DO FETO ANENCÉFALO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Rafaela Sena Daibes Resque

BELÉM
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

R484p Ribeiro, Ingrid Karolene da Costa.

A personalidade jurídica do nascituro e o status jurídico do feto anencéfalo no Brasil / Ingrid Karolene da Costa Ribeiro. – Belém, 2022.

23p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2022.

Orientadora: Profa. Dra. Rafaela Sena Daibes Resque.

1. Nascituro (Direito). 2. Pessoa jurídica - Brasil. I. Resque Rafaela Sena Daibes (orient.). II. Título.

CDD 341.27

INGRID KAROLENE DA COSTA RIBEIRO

**A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO E O STATUS JURÍDICO
DO FETO ANENCÉFALO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Rafaela Sena Daibes Resque.

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito:

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a RAFAELA SENA DAIBES RESQUE - Orientadora
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

**A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO E O STATUS JURÍDICO DO FETO
ANENCÉFALO NO BRASIL.**

**THE LEGAL PERSONALITY OF THE UNBORN CHILD AND THE LEGAL STATUS
OF THE ANENCEPHALIC FETUS IN BRAZIL.**

Ingrid Karolene da Costa Ribeiro.

Prof^a . Dr^a . Rafaela Sena Daibes Resque.

RESUMO

O momento em que se inicia a personalidade jurídica na legislação brasileira não encontra unanimidade em sua doutrina. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar as teorias majoritárias que dizem respeito sobre tal polêmica discussão. Em resumo, a teoria natalista defende a obtenção da personalidade somente a partir do nascimento com vida do nascituro, possuindo, assim, mera expectativa de direitos; a teoria da personalidade condicional salienta que o que ainda não nasceu retém seus direitos em condição suspensiva ao nascimento com vida; por sua vez, a teoria concepcionista, como a única que proporciona direitos fundamentais ao nascituro, reconhece na concepção o marco inicial da vida, sendo atribuída a personalidade nesse exato ponto. A argumentação encontra terreno fértil para debate na falta de clareza do artigo 2º do Código Civil de 2002, o qual põe à salvo direitos ao nascituro, mas deixa sua interpretação ao judiciário que deve utilizar de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico para obter resultados justos. A exemplo disso, fez-se necessário analisar o status jurídico do feto anencéfalo por intermédio da polêmica arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 54.

Palavras-chaves: Nascituro; Personalidade Jurídica; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The moment at which a legal entity begins in Brazilian legislation is not unanimously agreed upon in the legal literature. In that regard, this article seeks to analyze the main theories concerning this polemical and heated discussion. In short, the natalist theory defends the obtaining of personality only after birth, possessing the unborn child, then, mere expectation of rights; the theory of conditional personality emphasizes that the one who is not yet born retains its rights in suspensive condition contingent on live birth; for its part, the conceptionist theory, is the only one that provides fundamental rights to the unborn child, recognizing conception as the starting point of life, with personality being attributed at that exact moment. The arguments find fertile territory for debate in the lack of clarity of article 2 of the civil code of 2002, which safeguards right for the unborn child, but leaves its interpretation to the legislator who must use a systematic view of the legal order in order to obtain fair results. As an example, it was necessary to analyze the legal status of the anencephalic fetus through the controversial claim of non-compliance with fundamental precept n° 54.

Key words: Unborn child; Legal Entity; Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Diante do atual debate jurídico em relação ao início da vida humana, por meio da concretização dos direitos de personalidade, é essencial a presença de uma jurisdição efetiva e clara. Tal ordenamento deve reduzir, por parte do intérprete, eventuais resquícios ou possibilidades de dúvidas, promovendo calculabilidade e previsibilidade, na medida do possível com o objetivo de servir o direito como garantidor de princípios fundamentais, os quais visam à proteção da pessoa humana em toda sua completude.

Nesse sentido, com o propósito sistemático de gerar o reconhecimento legal do indivíduo como ser dotado de dignidade, e sanar eventuais nebulosidades interpretativas da legislação, deve-se contemplar a Constituição. Esta, por sua vez, dotada de centralidade e regência, examina os demais diplomas, servindo como filtro axiológico e normativo em sua carga principiológica. Nota-se, então, como fruto do processo natural de continuidade, o surgimento da tão necessária constitucionalização do Direito Civil. A partir do feito, ao se extrair a prática da teoria, o atual Código Civil (BRASIL, 2002, p.143) disponibiliza um capítulo separado para o reconhecimento legal da personalidade e capacidade dentro do título das pessoas naturais no Livro I da Parte Geral do código. Demonstrando, dessa forma, a importância e necessidade de um ordenamento *uno* que promova a dignidade da pessoa humana em todas as etapas de sua vida.

A previsão dos direitos de personalidade, como visto acima, é positivada no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando à pessoa humana o reconhecimento de direitos fundamentais e inerentes à sua existência. Contudo, há a constatação de imprevisibilidade no que se discerne ao início dos mesmos a partir da leitura do art. 2º do Código civilista: “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, p. 143)

O presente trabalho possui, então, como objetivo geral propor uma introdução ao tema mediante uma abordagem introdutória sobre as principais teorias do início da personalidade jurídica, com destaque à teoria concepcionista. Tendo em vista os objetivos específicos, busca-se pautar conceitos primordiais ao entendimento da temática, estabelecendo-os no estudo das teorias do início da personalidade; e salientar por meio de argumentos biológicos, éticos e jurídicos a notória plausibilidade dos direitos destinados ao nascituro desde sua fecundação como detentor de dignidade.

No que se refere a relevância da pesquisa proposta, busca-se estabelecer um diálogo necessário ao atual ordenamento jurídico brasileiro. Tal assunto, não deve ficar restrito aos corredores de um tribunal, e nem pode ser mantido apenas no campus de uma universidade, longe do conhecimento da população como alvo direto das medidas e consequências retiradas de seus desdobramentos jurídicos. Pelo contrário, uma vez que a discussão sobre os direitos do nascituro envolve a sociedade como um todo, e tange assuntos polêmicos e enclausurados na percepção ordinária, como o aborto ou a fecundação in vitro, é de suma relevância a prolongação de materiais e trabalhos acadêmicos, em parceria com sua divulgação no seio da comunidade, onde ocorre a consumação desses fatos, para a formação cada vez mais elaborada do conhecimento científico. Desse modo, o trabalho dedica-se a compreender se os direitos do nascituro são realmente assegurados juridicamente ou na verdade a vida fora do útero é classificada superior a vida intrauterina?

Sobre o modo como o artigo foi realizado, conta-se com a pesquisa bibliográfica (MARCONI; LAKATOS, 2022). Assim, para fins didáticos, foi estabelecida a divisão do mesmo em cinco partes. Além do aparato introdutório, tem-se o estabelecimento da fundamentação teórica por meio da conceituação de termos importantes ao assunto; a apresentação das teorias majoritárias sobre o início da personalidade; a ênfase na teoria concepcionista à luz dos argumentos biológico, ético e jurídico, este, por sua vez como resposta à indagação sobre quais seriam os direitos propostos no art. 2º do Código Civil; uma breve reflexão acerca da teoria dos sujeitos de direito despersonalizados: e, por fim, uma análise crítica a respeito da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54. Em seguida, será feita as conclusões devidas sobre os resultados da pesquisa.

2 LIMITAÇÃO TEÓRICA ACERCA DOS CONCEITOS

2.1 CONCEITO DE PESSOA

O direito como ciência social possui um enfoque metodológico limitado, construído ao longo dos anos, assim como qualquer outra ciência, para fins didáticos de compreensão ao tema proposto. Percebe-se sua impossibilidade de universalização, como resposta coerente e precisa a todos os aspectos da vida humana. Dessa forma, não há condições plausíveis de uma análise ontológica exaustiva do conceito de pessoa apenas pelo estudo jurídico. Contudo, é válido e pode

se ressaltar o formato que o termo pessoa adquire para o conhecimento do direito.

Segundo Diniz (2018), pessoa é o sinônimo de sujeito de direitos, o qual, por sua vez, é o sujeito de uma pretensão ou titularidade jurídica que se concretiza como a possibilidade de se fazer valer de uma ação judicial. Nesse sentido, o conceito de pessoa, como sujeito de direito, se divide em duas espécies, sendo a primeira denominada natural ou física, e a segunda jurídica ou coletiva. A segunda caracteriza-se por ser uma união de pessoas naturais que possuem uma finalidade em comum (GONÇALVES, 2007). O presente texto busca analisar o início da personalidade, termo que será visto à frente, da pessoa natural, obtendo, portanto, papel central na presente discussão.

De acordo com o art. 2º do artigo Código Civil brasileiro de 1916: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Contudo, à luz da constitucionalização do direito civil de 2002 na tentativa de se adequar aos ditames e padrões da Constituição, há a alteração do termo no novo diploma de homem para pessoa, e obrigações para deveres.

A primeira mudança, entende-se a concepção de pessoa como inserida no âmago da comunidade, a qual a respeita, por sua vez, em sua ampla e valorizada individualidade guiada pelo princípio da dignidade (TARTUCE, 2018). Em relação à segunda substituição, compreende-se que foi mais ampla em razão de o novo termo ser proveniente da lei ou de contratos (GONÇALVES, 2007). Além do fato de que nem todos os deveres são obrigacionais (TARTUCE, 2018). Dessa forma, o segmento que se refere às pessoas no Código Civil de 2002, Título I do Livro I, utiliza-se o conceito, como visto acima, de pessoa natural, tido como sujeito de direitos e deveres (DINIZ, 2018).

2.2 CONCEITO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Para Clóvis Beviláqua, é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações (BEVILÁQUA, 1910 *apud* GONÇALVES, 2007). Ou seja, se pessoa é sujeito das relações jurídicas, personalidade é a possibilidade de ser sujeito (DINIZ, 2018). Nesse sentido, entende-se como predicado obrigatório do termo pessoa, a personalidade, sendo esta, conectada, inseparavelmente, do seu núcleo de significado.

O seu conceito se condiciona como qualidade jurídica essencial para a concretização da pessoa, como tendo seus direitos e deveres respeitados (GONÇALVES, 2007). Ademais, é necessário salientar que personalidade não é um direito para ser obtido à luz de uma regra positivada de um ordenamento, mas é um reconhecimento da condição, simplesmente, de pessoa

humana como portadora de dignidade e autonomia.

A ideia de pessoa humana, presente neste artigo, reconhecida pela personalidade como sujeito de direito, parece ser um tanto redundante. Contudo, tal realidade é de suma relevância, na medida que não há o grande risco de que em um ordenamento futuro venha a se fazer distinção de “ser humano” e “pessoa”. Sendo, portanto, o primeiro concebido de maneira inferior ao segundo. Dessa forma, é lícito ressaltar o artigo 1º do Código Civil de 2002, o qual defende a personalidade caracterizada universalmente em que toda pessoa é capaz de direitos e deveres (GONÇALVES, 2007), bastando que a pessoa exista para que seja reconhecida sua personalidade.

Conclui-se, a partir do exposto, que personalidade é condição *sine qua non* para o reconhecimento da dignidade por parte de seu portador, sendo fundamental para ser qualquer ente ser reconhecido sujeito de direito, na medida em que este possuirá deveres e obrigações jurídicas.

2.3 CONCEITO DE CAPACIDADE JURÍDICA

Para se conceituar capacidade no âmbito jurídico, é a aptidão para usufruir dos direitos reconhecidos pela personalidade, sendo necessário analisá-la na medida ou forma dessa última. Se, como visto anteriormente, para ser reconhecido os direitos de personalidade de uma pessoa, é necessário somente que esta exista. Para ser capaz de fato, o ser humano precisa completar alguns requisitos. Assim, há a divisão em capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício (DINIZ, 2018).

A primeira categoria refere-se à todas as pessoas, não podendo ser negada seu reconhecimento, e nem privado a sua extensão de se contrair direitos e obrigações a ninguém. Nas palavras de Gonçalves (2007, p. 72):

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se

Por sua vez, capacidade de fato limita-se a fatores, como o cronológico; a perda da manifestação ativa da vontade; o uso de tóxicos ou a condição de ébrio habitual; entre outros motivos que restringem o exercício dos atos da vida cível. Se o indivíduo possui possibilidade para exercer, pessoalmente, seus direitos, considera-o como portador da capacidade de fato (STOLZE; PAMPLONA, 2018). Como toda pessoa tem capacidade de direito, ao se adquirir capacidade de

fato, denomina-se que o detentor das duas retém capacidade plena. Finalizado, assim, a fundamentação do aporte teórico conceitual sobre a matéria, a partir da elaboração do conceito de pessoa, personalidade jurídica e capacidade, será estudado as principais teorias acerca do início da personalidade civil.

3 TEORIAS MAJORITÁRIAS

3.1 TEORIA NATALISTA

Para os adeptos da teoria natalista, o nascituro não é considerado pessoa, sendo assim, possui apenas expectativa de direito (STOLZE; PAMPLONA, 2018). Segundo Rodrigues (2003, p. 36):

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Além disso, é preciso que haja o nascimento com vida, mesmo que precedido pela morte segundos depois, para que ocorra a averiguação da presença de personalidade, se o nascituro pereceu antes de nascer, não a adquiriu (GONÇALVES, 2007).

Entre os expoentes dessa teoria, estão presentes Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio Venosa. Na concepção desses autores, a personalidade jurídica se inicia somente com o nascimento. Contudo, há a procedência de incongruências e dúvidas não respondidas de forma satisfatória por parte dos natalistas. Tal como a de que, se o nascituro não é denominado pessoa, logo, não possui personalidade; então, deveria ser chamado de coisa? (TARTUCE, 2018).

Nas palavras de Reale (2003, p. 230): “Todo homem, mas tão somente todo homem, é capaz de direitos e obrigações. Não pode ser sujeito de direitos uma coisa, nem tampouco um animal irracional”. Além de que, como a jurisdição pode assegurar direitos fundamentais; como ao nome, à alimento, à imagem, à investigação de paternidade, dentre tantos outros, de algo que não possui personalidade? (TARTUCE, 2018).

Diante do exposto, conclui-se a presença de dificuldades teóricas e empíricas na teoria natalista. Em relação ao campo da teoria, esta precisa lidar juridicamente com a presença de direitos destinados a um ente despersonalizado. E constata-se a falta de percepção social e moral nos argumentos acerca da natureza do que seria o nascituro, sendo para os natalistas, conseqüentemente, em última instância, devido a sua falta de personalidade, um objeto ou um

animal.

3.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Para os condicionalistas, o nascituro se encontra em uma situação de possuir sua personalidade condicionada. Trata-se do ideal de suspensão a uma condição exigida, esta sendo, o nascimento com vida, se tal fato se concretizar, logo há o reconhecimento de personalidade. De acordo com a professora Chinelato (2004), esta teoria proporciona a personalidade no momento da concepção, porém a condiciona ao nascimento com vida, excluindo os Direitos da Personalidade.

Segundo Wald (1995, p. 120), entusiasta da teoria, “a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicionada que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”. Dessa forma, se a requerida condição não vier a obter sucesso, não ocorre o reconhecimento de sua personalidade.

Por sua vez, Monteiro (2007, p. 66) segue a mesma linha de raciocínio estabelecida acima. Nas palavras do autor:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

Conclui-se, a partir das proposições mencionadas, que para os dois grandes autores (WALD, 1995, *apud* MONTEIRO, 2007) e expoentes da teoria, o nascituro não é sujeito de direito, mas pessoa condicional. Porém, na medida em que este mereça, e a lei salvaguarda direitos eventuais por parte do que está para nascer, como apenas à título de exemplo, a curadoria (art. 462), cabe a concretização dos mesmos.

Nesse sentido, para alguns poucos autores ao analisarem a linha de pensamento proposta, os direitos mencionados seriam interpretados como direitos de personalidade. O principal destes direitos como sendo o direito à vida. Assim, tal proposta condicionada se pareceria bastante com a teoria concepcionista, porém, existe a necessidade de se fazer a ressalva de que esta possibilidade teórica dentro da interpretação da teoria condicional não é compartilhada pela maioria dos especialistas e professores do Direito Civil. Contudo, Farias e Rosenthal (2018, p. 347), renomados doutrinadores, ao tratar sobre o significado do tópico, salientam:

desde a concepção o nascituro já possui direitos de personalidade, estando os direitos patrimoniais – decorrentes de herança, legado ou doação – condicionados ao nascimento com vida. Por isso, observando que os direitos patrimoniais estão condicionados, sustenta essa teoria que a própria personalidade jurídica está condicionada, apesar de os direitos da personalidade já serem reconhecidos desde a concepção.

Em contrapartida, na concepção de Tartuce (2018), a condição suspensiva, por ser o elemento accidental do ato jurídico, coloca seu poder de eficácia ao caso futuro e incerto, propondo uma realidade suspensiva dos direitos do nascituro, não respondendo, portanto, à necessidade de direitos pessoais do mesmo. Se assemelhando, assim, a teoria da personalidade condicional, a partir da interpretação do referido autor e da maioria dos especialistas, com a teoria natalista, uma vez que as duas entenderiam o nascituro como, simplesmente, possuidor de expectativa de direitos, recebendo duras críticas de sua parte, na medida em que esta apenas prolonga o início da personalidade ao nascimento com vida.

Para finalizar o estudo sobre a teoria condicional, cabe ressaltar a posição da professora de direito Chinelato e Almeida (ALMEIDA, 2000, p.175), na qual: “Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe”.

3.3 TEORIA CONCEPCIONISTA

Para a teoria concepcionista, o nascituro gozaria de personalidade desde o momento da concepção, uma vez que, a partir desse marco fundamental, há o início da vida da pessoa humana. Tal teoria se condiciona como a mais completa e abrangente possibilidade acerca do diálogo proposto, pois dignifica o nascituro, reconhecendo seu status de pessoa, assim, sujeito de direito, sendo necessário a garantia e proteção dos mesmos. Como representantes concepcionistas estão presentes: Teixeira de Freitas, Silmara Chinelato, Nelson Rosenvald, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, dentre muitos outros autores.

Os adeptos da teoria concepcionista se diferenciam dos natalistas e condicionalistas, na medida em que o nascituro não possui apenas mera expectativa de direitos e sua personalidade não está condicionada ou suspensa a nenhum evento futuro e incerto. Pelo contrário, esta é atribuída a ele na concepção, possibilitando, assim, a titulação de direitos. Segundo Tartuce (2018, p. 126):

[...] atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao

nascituro expectativas de direito, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

Na mesma linha de raciocínio, manifesta pelo professor acima, pode-se constatar a impossibilidade de se resguardar direitos desde da concepção se não é garantida a proteção do nascituro – direito à vida – para que este possa concretizar os direitos concedidos (STOLZE; PAMPLONA, 2018).

Válido se faz ressaltar, porém, a divergência presente na teoria sobre os assuntos que tangem aos direitos patrimoniais. Não cabe discussão e análise, dentro da percepção concepcionista, no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos de personalidade ao nascituro. Contudo, não há um som uníssonos acerca da obtenção dos direitos patrimoniais pelo mesmo, sendo preciso uma breve argumentação sobre a questão.

Para Chinelato (2004), apenas certos direitos patrimoniais são relacionados ao nascimento com vida do nascituro. Tal realidade engloba os direitos patrimoniais materiais, ou seja, aqueles como a herança e a doação. Contudo, a autora também entende que a posse desses bens, frutos da herança ou doação, podem ser exercidos por um representante legal deste, desde o momento da concepção.

Por sua vez, em oposição ao pensamento apresentado acima, se encontra Flávio Tartuce (2018), o qual colabora para o entendimento da existência dos direitos patrimoniais desde a concepção. Dessa forma, como toda decisão presente é uma abertura ou precedente para novas conclusões judiciais, percebe-se a relevância do caso presente nos debates sobre a concessão pelo Superior Tribunal de Justiça do Seguro DPVAT pelo falecimento do nascituro em atropelamento de gestante (Resp. 1.120.676 – SC), e da Lei de Alimentos Gravídicos (lei 11.804/2008) voltados à proteção do nascituro (TARTUCE, 2018). Acerca dos casos propostos, pode-se asseverar que:

É certo que a adoção da teoria da concepção conferindo personalidade jurídica ao nascituro, implicaria na identificação de questionamentos quanto ao exercício de direitos patrimoniais, uma vez que estes fatalmente não poderão ser exercidos pelo não nascido. Conforme dispõe parte da doutrina concepcionista, a discussão em torno desses direitos deve cingir-se aos efeitos e não a questões sobre titularidade, pois, o nascimento com vida é, indubitavelmente, condição para que se opere em plenitude relações na seara patrimonial (PAMPLONA; ARAÚJO, 2007 p.12).

Conclui-se, portanto, nesse momento, o estudo geral das três teorias propostas sobre o início da personalidade. Necessário se faz, no próximo tópico, conceder o espaço apropriado para a

análise da teoria concepcionista, como a melhor teoria em relação à garantia dos direitos fundamentais ao nascituro, em três aspectos essenciais.

4 PRIMORDIALIDADE DA TEORIA CONCEPCIONISTA

Para as ciências naturais, em seu corte metodológico no que tange à esfera da biologia, é preciso estabelecer o momento em que a vida se inicia para compreender qual seria a teoria mais apropriada para o surgimento da personalidade jurídica destinada ao nascituro. Contudo, de antemão, é importante estabelecer o conceito de nascituro, tão debatido ao longo do presente texto, sendo este aquele que está por nascer, ou seja, já foi concebido no ventre materno, mas ainda não nasceu (PAMPLONA; ARAÚJO, 2007).

No que se relaciona ao começo da vida, esta se realiza na concepção, que se concretiza por meio do processo da fecundação, a qual, nas palavras do Dr. Gilbert Scott (2003, p. 121) “é o processo pelo qual duas células sexuais (gametas) se fundem para criar um novo indivíduo com potenciais genéticos derivados dos dois genitores”. Ou seja, na união do gameta masculino, representado pelo espermatozoide, com o gameta feminino, representado pelo óvulo, que ocorre em uma porção intermediária chamada ampola do tubo uterino (PAGANINI, 2008). Dessa forma, obtêm-se o zigoto.

Por sua vez, o denominado zigoto se desenvolverá em uma série de divisões celulares, denominada de clivagens. Tal processo, em qualquer um dos seus estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto – representa um *continuum* do mesmo indivíduo (CHINELATO, 2004). Originando, assim, o grande processo que ocorre dentro do útero materno até seu nascimento, completando o ciclo da vida intrauterino.

Cabe ressaltar, à luz da biologia, portanto, que o nascituro é considerado, desde de sua concepção, pessoa humana, na medida que possui material genético inconfundível, ainda que derivado, como visto acima, dos seus genitores (LLUSIA, 1979, *apud* CHINELATO, 2004). Se estabelece, assim, que mesmo que o nascituro dependa totalmente das condições elementares para seu desenvolvimento, encontradas dentro do útero feminino que o protege e nutre, o que está para nascer não pode ser confundido, em nenhuma hipótese, com a vida da sua mãe, sendo eles, nesse sentido, duas pessoas diferentes. Dessa forma, “a percepção da individualidade do embrião não poder ser calcada na aparência dele” (RAMOS, 2007, online)

Diante do exposto, sobre os argumentos de cunho biológico, pode-se finalizar com a

conclusão dada pelo professor de bioética da Universidade de São Paulo, Dalton Ramos, acerca da formação da vida a partir da concepção. Segundo o pesquisador, o comportamento das células embrionárias seria completamente diferente das demais células do corpo humano, o que por sua vez acarretaria na total diferenciação embrionária de qualquer outra circunstância que pudesse acometer o corpo da mulher, na medida em que:

[...] o embrião, se a ele for oferecido condições de proteção, acolhida e alimentação, ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo (com um ponto de início e um ponto de fim), coordenado (autossuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e progressivo (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos) (Noticiário STF, 20/04/2007).(RAMOS, 2007, online).

Os argumentos éticos, por sua vez, repousam no reconhecimento da dignidade da pessoa humana ao nascituro pelo simples fato deste já ser considerado pessoa, desde o momento de sua concepção. Tal dignidade possui condição, irrevogável para seu exercício, o respeito e consideração à vida. Dessa forma, é que se é proposto, no art. 1º, III, da Constituição Federal, o princípio da dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil, o que significa que todos seus atos serão pautados à luz e argumentação dessa realidade destinada ao ser humano.

É válido ressaltar o papel do princípio, visto acima, fundamental aos direitos da pessoa, resguardado inteiramente pela carta constitucional, presente no atual ordenamento jurídico. Contudo, se faz necessário, antes, proporcionar um breve entendimento da condição elevada e primordial que a Constituição possui.

Para Pamplona e Araújo (2007, p.02), em relação à temática tratada, “a obediência e a fidelidade à norma constitucional importa, no final de contas, tão somente o respeito a aquilo que ela representa: a consagração de um sistema de valores, princípios e direitos que são fundamentais à existência do homem”. Concretiza-se, dessa forma, a presença e necessidade de três características, basilares presentes na Constituição Federal de 1988 para a efetivação da garantia de direitos fundamentais à pessoa humana. Estas são a centralidade do texto, assim como a superioridade em relação à interpretação de outros diplomas e a normatividade para exercer seu conteúdo em vigor (ALCÂNTRA; SALES, 2013).

A elevação, proposta acima, da Constituição ao patamar de norma central e ordenadora é respeitar o Estado de Direito, o qual busca resguardar o indivíduo em sua individualidade de todo e qualquer possível Estado Absolutista que se perpetua por meio da tirania e perversidade de uma

porção da sociedade detentora do poder. Assim, é cabível o entendimento do texto constitucional como o sol do universo normativo, o qual possui ao redor de sua órbita todos os demais diplomas de um ordenamento (PAMPLONA; ARAÚJO, 2007).

Nesse sentido, há a necessidade do movimento de constitucionalização do Direito Civil, materializado no Código Civil de 2002, sendo uma forma de abraçar os novos padrões reconhecidos ao ser humano, por sua humanidade e não por sua propriedade (TARTUCE, 2018), como analisado anteriormente no presente artigo. Porém, assim como se observa no art. 2º do mesmo diploma, no que concerne à falta de objetividade e clareza existentes nas legislações infraconstitucionais, cabe ao Direito Civil recepcionar todos os ideais presentes nos horizontes normativos da Constituição Federal por meio de uma interpretação sistêmica do mesmo texto em todas suas facetas e singularidades.

A partir da noção central que a norma constitucional possui e da necessária recepção da mesma através da leitura unificada de todo o sistema, cabe averiguar o que a Constituição regula sobre o direito à vida.

No *caput* do art. 5º, sobre o título dos direitos e garantias fundamentais está escrito: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988, p. 13). Contudo, nota-se que o legislador ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida não mencionou o possível início da mesma, sendo primorosa, dessa forma, a necessidade de se olhar para, como feito no próximo tópico, as demais configurações legislativas presentes no ordenamento jurídico brasileiro que tratam a respeito do tema.

Porém, de antemão, pode-se salientar que o direito à vida da pessoa, como respeito à sua dignidade e, conseqüentemente, aos seus direitos fundamentais, não pode, em hipótese alguma, ser submetido ao escalonamento da legislação jurídica, sendo tal direito considerado pré-jurídico, uma vez que, é, *per si*, pressuposto inestimável para todos os demais. Ademais, como muito bem salientado por Oliveira (2014) ao considerar uma interpretação sistêmica do ordenamento a luz da primordialidade dada ao indivíduo, tanto pela Constituição de 1988, como por sua objetivação na maioria do Código Civil de 2002, como pessoa portadora de dignidade em todas as suas manifestações, inclusive a intrauterina, tem-se que:

[...] tendo em vista o Código Civil não ter tutelado de forma sistemática os Direitos

da Personalidade, não se pode negar o reconhecimento de tais direitos em vários dispositivos. Assim, os valores inerentes à condição existencial da pessoa humana, recebem proteção desde o texto Constitucional a uma variedade de diplomas legislativos infraconstitucionais, o que se pode concluir pela enorme relevância atribuída à pessoa pelo atual ordenamento jurídico, com a tutela constitucional dos direitos fundamentais até os direitos relacionados na legislação civil [...]. (OLIVEIRA,2014, p.99)

Sobre o mesmo tema, ressaltam Farias e Rosendal (2018, p. 351):

[...] a Carta Magna privilegia a vida humana, considerada como supremo bem, cuja proteção toca, a um só tempo, ao interesse público e privado. O direito à vida deve ser preservado e respeitado em qualquer circunstância. Por isso, há de se enxergar a matéria com o espírito de proteger a vida humana em todas as suas manifestações, inclusive no caso daqueles que já foram concebidos, tenham ou não, nascidos com vida.

Portanto, em relação aos argumentos de natureza ética, pode-se concluir que tendo em vista o caráter central de toda a Constituição, e sua ação direta na constitucionalização do diploma cível, ao se deparar com a incerteza proporcionada pelo mesmo, cabe priorizar o papel fundamental que o texto constitucional concede à vida, estendendo sua interpretação ao nascituro.

O último aspecto pode ser dividido em duas partes, sobre a primeira, será proporcionado um estudo sobre os direitos e institutos destinados pelo próprio ordenamento ao resguardo do ainda não nascido. Tal proposta possui como objetivo salientar a teoria concepcionista, sendo a mais ampla e apropriada a ser contemplada à luz dos direitos fundamentais advindos do reconhecimento da dignidade a toda pessoa humana. E, em segundo lugar, buscar-se-á analisar o argumento da teoria dos sujeitos de direitos sem personalidade como possível argumentação contrária à obtenção de personalidade e, conseqüentemente, da preservação da situação legislativa do nascituro como sujeito de direito.

4.1 DIREITOS RECONHECIDOS AO NASCITURO

De início, percebe-se que todas as teorias, mencionadas acima admitem a veracidade contida na segunda parte do art. 2º do Código Civil, (BRASIL, 2002) a qual põe à salvo direitos destinados ao nascituro. Para a teoria natalista, tais direitos se concretizariam em mera expectativa, sendo assim necessário o nascimento com vida para que possam ser reconhecidos à pessoa. Por sua vez, a teoria da personalidade condicional, afirma que os mesmos direitos estariam em condição suspensiva até o nascimento, quando seriam, de forma plena, efetivados. E, por último, a teoria concepcionista ressalta que o nascituro já possui direitos, por ser pessoa humana, portanto, essa

realidade jurídica deve ser protegida.

Cabe dizer que seria inadmissível reconhecer, e dessa forma, resguardar a proteção jurídica da pessoa humana em sua fase intrauterina, se não fosse zelado o *direito à vida* por parte do nascituro, condição essa, essencial para poder usufruir completamente dos seus outros direitos (PAMPLONA; ARAÚJO, 2007). Nesse sentido, se entende a proteção à vida do nascituro presente além do que se refere ao uso de uma interpretação valorativa sistemática da Constituição, como visto anteriormente, no inciso XXXVIII do art. 5º, o qual proporciona a instituição do tribunal do júri para julgar crimes, como o aborto, dolosos contra a vida (CHINELATO, 2004).

O Direito Penal tutela, da mesma forma, no que tange ao respeito da vida intrauterina, no crime de aborto, tipificado em sua codificação nos artigos 124 ao 127, protegendo a vida do nascituro. Presente na mesma linha de raciocínio, está a Convenção Americana dos Direitos Humanos, por meio do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil no Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. No item 1 do art. 4º se encontra sobre o direito à vida: “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”. (BRASIL, 1992, n.p). Portanto, verifica-se a importância de se assegurar a vida, como primordial ao assentamento de todos os direitos advindos do reconhecimento da pessoa humana.

Reconhecendo-se o direito à vida, tem-se, como predicado da ação, a garantia do direito à integridade física. Tal defesa se encontra configurada não somente no art. 5º da Constituição Federal, como também no art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo o nascituro direito de se desenvolver de forma saudável e sem danos. Dessa forma, na medida em que o Estado proporciona à mulher condições para a efetivação de uma gestação sem riscos, garante assistência pré-natal para a proteção do nascituro (MAZZA, 2014).

Atribui-se ao nascituro, também, direito à imagem e à honra, na medida que, segundo o art. 5º, inciso X, é assegurado a indenização pelo dano moral decorrente da violação expressa desse direito. Nesse diapasão, entendeu o STJ duas vezes pela atribuição de danos morais ao nascituro. Em primeiro lugar, por conta do falecimento do pai em atropelamento ocorrido antes do nascimento, atribuindo, assim, danos morais ao nascituro (REps 399.028 – SP). A segunda, no mesmo íterim, se concretizou no pronunciamento infeliz do humorista Rafinha Bastos sobre o filho da cantora Wanessa Camargo, até então estando grávida (REsp 1.487.089 – SP, 2015)

A partir da leitura do art. 1609, em seu parágrafo único, do Código Civil, concede-se a

possibilidade do reconhecimento preceder o nascimento, atribuindo o direito ao reconhecimento de filiação ao nascituro. Esta situação encontra fundamento, pois o grau de parentesco é estabelecido na concepção, e não apenas no nascimento com vida (PAMPLONA ; ARAÚJO, 2007)

No art. 542 do Código Civil está presente a possibilidade de se realizar doação ao nascituro, este possuindo, dessa forma, direito à doação, mesmo que esta seja entregue ao seu representante legal apenas durante o tempo da sua incapacidade. A doação, caracterizada no art. 538 do mesmo código, é: “o contrato em que uma *pessoa*, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens *para o de outra* (BRASIL, 2002, p.204).” Além disso, da leitura do art. 1798 do Código Civil, pode-se conferir o *direito à sucessão* ao nascituro. Dessa forma, o nascituro gozaria dos direitos provenientes de suceder, na medida em que já esteja concebido no momento da abertura do processo.

O art. 1779 do Código Civil confere ao nascituro, em caso de morte do pai, o *direito à curatela*. Visualiza-se no texto a seguinte disposição: “ Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.” Portanto, se a genitora vier a ser destituída do poder familiar, cabe ao curador zelar por todos os seus interesses, devendo, a partir do nascimento com vida, ser denominado um tutor para a proteção do nascituro (OLIVEIRA, 2014, p.102)

Indica-se, também, que o nascituro possui o direito à alimentos, proposto pela lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Tal legislação, em seu artigo 2º, diz que:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (BRASIL,2008, n.p)

Contudo, importante se faz entender a crítica da professora Silmara Chinelato sobre o nome dado à legislação presente:

A recente Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei (CHINELLATO, 2009. P.702

Pode-se concluir em relação ao aspecto jurídico, que os direitos propostos na segunda parte

do art. 2º do Código Civil de 2002, como mencionados acima, devem ser vistos à luz de uma interpretação *una* de todo o ordenamento presente, incluído a Constituição, os atos normativos e as leis. Dessa forma, é importante submeter todo o conteúdo do aspecto jurídico para a teoria concepcionista, na afirmação da professora Chinelato (2001, apud FARIAS; ROSENVALD, p. 347).: “[...] quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o *status* atributos da personalidade”

O seguinte silogismo, para conclusão do tópico, reflete com extrema precisão o texto citado acima: “1ª premissa: O exercício de um direito impõe prévia capacidade jurídica. 2ª premissa: Capacidade pressupõe personalidade. Conclusão: o nascituro é pessoa por ser capaz de ter direitos e contrair obrigações” (ALCÂNTRA; SALES, 2013, p. 5).

4.2 TEORIA DOS SUJEITOS DE DIREITO SEM PERSONALIDADE

No presente subtópico será analisado, em breves palavras, o argumento contido no artigo “Teoria Filosófico-Dogmática dos Sujeitos de Direito sem Personalidade” do ilustre jurista César Fiuza (2011). Em seu texto, o professor de Minas Gerais, busca responder a questão de como seria possível alguns entes, que não são considerados pessoas, titularizarem direitos e deveres, na medida em que a doutrina tradicional não contempla outra possibilidade além da pessoa humana de ser sujeito de direito. Logo, salienta os três casos possíveis de serem enquadrados na teoria proposta, a saber, o nascituro, a herança jacente e a massa falida.

Sobre os dois últimos casos, explica o professor que a massa falida pode ser entendida como os haveres e deveres daquele que faliu, os quais serão dirigidos por um síndico com o objetivo de sanar as necessidades dos credores, e por sua vez, a herança jacente consiste nos mesmos haveres e deveres só que de um morto, o qual não teve sucessores. Em ambas as situações, tanto a massa quanto a herança seriam considerados sujeitos de direitos, ou seja, como visto no tópico da análise teórica dos conceitos, sujeitos que podem intervir na produção da decisão judicial (DINIZ, 2018), embora não tenham personalidade. Em se tratando do escopo do presente artigo, a atenção maior em pauta será voltada ao primeiro caso, o do nascituro e sua relação com essa teoria.

Segundo Fiuza(2011, p. 13)”, é importante que se faça distinção entre o conceito de pessoa e de sujeito de direito, para ele, “toda pessoa é sujeito de direitos, mas nem todo sujeito de direitos é pessoa Há, segundo essa teoria, a certeza de que toda pessoa é sem dúvida considerada sujeito de direito, como pressuposto para assegurar as condições mínimas para a efetivação da vida, contudo, existe ainda sujeitos de direito que não são pessoas. Continua o autor:

Há casos em que o ordenamento jurídico atribui direitos a entes despidos de personalidade, como o nascituro e a herança jacente, sem lhes atribuir personalidade. São, pois, sujeitos de direitos sem personalidade. Essa é, sem dúvida, a melhor tese para solucionar o problema criado pela atribuição de direitos a entes não personificados. São sujeitos sem personalidades [...] A essência dos sujeitos de direitos não é a personalidade, mas a titularidade de direitos e deveres na esfera do Direito. Isso significa que pode exercer, que goza de direitos e possui deveres, que lhes podem ser exigidos.(FIUZA;2011, p.13)

Para Fiuza (2011), o nascituro se enquadraria na teoria mencionada, na medida em que se reconheceria, conforme uma interpretação natalista do polêmico art. 2º do Código Civil, sua personalidade somente depois do nascimento com vida, ainda que o mesmo tenha seus direitos assegurados não apenas no âmbito cível, como também por outros diplomas como constatado acima, ainda no útero materno. Dessa forma, não seria o ainda não nascido pessoa humana, e sim um sujeito de direito sem personalidade. Contudo, tal teoria não pode servir para se ignorar os direitos do ainda não nascido, como buscam alguns, uma vez que como sujeito de direito sem personalidade, o nascituro ainda possui, como o próprio nome diz, direitos, os quais devem ser cumpridos a rigor, sendo precedidos pelo direito primário e consequência para todos os outros, a saber, o direito à vida.

5 O FETO ANENCÉFALO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Até 2012 tínhamos apenas dois casos de "aborto legal" no Brasil: O primeiro, quando a gravidez gerava risco de vida à mulher e o segundo quando a gravidez fosse decorrente de estupro e precedido de consentimento da gestante. Esses dois casos permanecem até os dias atuais. Dessa forma, as mulheres que estão em uma gravidez de risco, com risco de vida, podem decidir pela prática do aborto (art. 128, I, CP), conhecido como aborto necessário ou terapêutico. Do mesmo modo, caso a mulher fique grávida por ter sido estuprada, ela pode optar pelo aborto (art. 128, II, CP), conhecido como aborto sentimental, humanitário ou ético.

Contudo, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a chamada ADPF 54, ação na qual declarou inconstitucional interpretar a chamada interrupção da gravidez de anencéfalos como um dos tipos de aborto punidos pelo Código Penal. Sob a visão biológica, a anencefalia pode ser caracterizada como “a ausência congênita do crânio, couro cabeludo e prosencéfalo, isto é, hemisférios cerebrais. Diferentemente do que o termo etimológico sugere, as

crianças portadoras dessa má formação não padecem da ausência de todas as estruturas que compõe o encéfalo, mas apenas de parte delas (PINHEIRO; RIBEIRO, 2021, p.434). Vale ressaltar, que apenas dez ministros votaram nessa ação - embora a composição do STF seja, em regra, de onze ministros, ocorre que Dias Toffoli declarou-se impedido de participar do julgamento por já ter emitido parecer a favor da legalidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos sem cérebro enquanto era advogado-geral da União e por oito votos a dois, o "aborto legal" de bebês com anencefalia foi aprovado no Brasil. Logo, a referida ação fundamentou-se basicamente em quatro argumentações: (1) Não se trataria de aborto, pois só é aborto quando se trata de um feto viável. Ora, como o anencéfalo não é um feto viável, não se trata de um aborto; (2) Os anencéfalos não são pessoas em potencial, pois nunca se tornarão uma pessoa; (3) Pela lei, o anencéfalo é um natimorto cerebral, e, portanto, um cadáver sem direitos; e (4) O aborto dos anencéfalos se enquadra nos casos de aborto terapêutico. (PINHEIRO; RIBEIRO, 2021, p. 448)

No que diz respeito a primeira argumentação, observa-se que a viabilidade fetal é a capacidade de um feto sobreviver fora do útero e de acordo com Jaquier, Klein e Boltshauser, cerca de 72% dos fetos anencéfalos levados a termo sobrevivem ao nascimento, enquanto 27% morrem antes ou durante o parto, ou seja, há viabilidade fetal. Em relação a segunda argumentação também é errônea, haja vista que pelo direito brasileiro basta nascer respirando para ser considerado uma pessoa, conforme o art, 2º do Código Civil (BRASIL, 2002, p.143). No que tange a terceira argumentação, uma vez que a maioria dos anencéfalos possuem tronco encefálico funcionante, os mesmos não podem ser enquadrados no conceito de natimorto, pois mesmo sem ajuda de nenhum aparelho, os bebês respiram, mamam, gritam e respondem a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos. Além de que a Lei nº 9.434/1997 define que o Brasil utiliza o critério de morte encefálica para determinar a cessação da vida de um indivíduo, não o de morte cortical. Por fim, em relação a quarta argumentação é visível que a mesma está apartada da atual realidade da medicina, visto que ela ignora os recentes avanços que tornam plenamente tratáveis as complicações decorrentes da grave deficiência do feto anencéfalo, sendo assim, não se enquadra no art. 128 do Código Penal que dispõe sobre a possibilidade de aborto terapêutico, que consiste justamente em aborto praticado por médico, quando não existe outro meio de salvar a vida da gestante. (BRASIL, 1940, p.50)

Entretanto, a análise na qual esse trabalho se destina não se relaciona necessariamente com as objeções das argumentações utilizadas para aprovar a ADPF 54, e sim no que concerne ao

que o atual ordenamento jurídico brasileiro apresenta em seu corpo de leis, estatutos e pactos dos quais o Brasil é signatário em suas diversas menções e regulações que tocam não somente ao direito à vida, como também mais especificamente os direitos à vida, à proteção jurídica do nascituro e aos direitos da pessoa com deficiência.

Em primeira análise, vale destacar o Pacto de São José da Costa Rica, celebrado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos celebrado em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em relação ao Brasil, no dia 15 de setembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Possuindo assim, força vinculante de caráter supralegal, isto é, está abaixo da Constituição Federal, porém acima da legislação ordinária, superando o Código Civil (BRASIL, 2002) e o Código Penal (BRASIL, 1940). Dessa forma, se houver qualquer conflito ou norma infraconstitucional que contradiga o pacto, torna-se ineficaz.

Ocorre que o conteúdo do referido pacto se opõe à licitude do abortamento de fetos portadores de anencefalia. Tal fato pode ser observado no artigo 4º, que trata do direito à vida, cujo inciso I alega que toda pessoa tem o direito de que sua vida seja respeitada e que a proteção desse direito dá-se desde a concepção, ou seja, ao usar o termo proteção da vida e se referir à concepção, o Pacto de São José salvaguarda não somente uma expectativa de vida, isto é, expectativa de tornar-se pessoa ou expectativa de direitos do embrião ou feto, mas também, e sobretudo, reconhece que o nascituro é pessoa e já possui direitos concretos. Além disso, o Pacto dispõe em seu art. 2º que, para fins da Convenção Interamericana, pessoa é todo o ser humano. Logo, o anencéfalo, enquanto ser humano, mesmo tomando apenas a redação do Pacto como referência, já estaria sob a proteção do direito à vida. (BRASIL,1992)

Outrossim, o feto acometido de anencefalia é considerado pessoa, mesmo que a má formação cerebral impossibilite sua sobrevivência fora do útero por muito tempo, como ocorre na maioria dos casos. Desse modo, a procedência da ADPF 54 contradiz o artigo 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois permite que pessoas portadoras de anencefalia tenham suas vidas ceifadas antes do nascimento pelo abortamento, sejam quais forem os argumentos utilizados. E mesmo se esta análise fosse realizada no plano da legislação ordinária, a conclusão seria a mesma. Pois no Código Civil em seu artigo 1º, dispõe que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil e no artigo 2º como já mencionado e defendido, alega que a personalidade civil começa no nascimento com vida, mas protege os direitos do nascituro desde a concepção,

assim sendo, o nascituro já possui direitos desde a concepção e não meramente uma expectativa de direito. (BRASIL, 2002)

Ademais, o caput do artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) não delimita um tempo mínimo de vida ou expectativa de vida do recém-nascido para a aquisição da personalidade jurídica. Por consequência, a baixa expectativa de vida extrauterina do anencéfalo não afasta sua condição jurídica de pessoa. Portanto, o anencéfalo além de ser biologicamente vivo, é sujeito de direito.

Outro ponto importante a ser analisado, diz respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois este estatuto conceitua em seu artigo 2º que criança é toda pessoa de até 12 anos. E em seu artigo 3º dispõe que toda criança goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e entre eles encontra-se o direito fundamental à vida. Aliás, o parágrafo único do referido artigo afirma que os direitos enunciados no ECA devem ser aplicados sem discriminação por deficiência, o que colabora com a impossibilidade de eliminar o anencéfalo, que é um deficiente e conseqüentemente está protegido por este estatuto, haja vista que o ECA abrange quem viola os direitos resguardados por ele ou o objeto de sua proteção. Vale acentuar que o estatuto, concede à criança e ao adolescente o direito à vida e à saúde por intermédio da efetivação de políticas sociais que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência conforme o artigo 7º. Portanto, é incabível que o ordenamento jurídico brasileiro permita o abortamento de crianças anencéfalas sem incorrer em discriminação de deficientes.

Ante o exposto, com base nas disposições supralegais contidas no Pacto de São José da Costa Rica, combinadas com o entabulado no Estatuto da Criança e do adolescente, deve ser considerada a cristalinidade da personalidade jurídica do nascituro, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica da criança anencefálica evidencia os mais diversos tipos de contraste moral e jurídico das quais seriam protegidas. Pois com a ADPF 54, a criança passa a ser vista como coisa (propriedade privada) dos pais, ou seja, fica exposta a diversos abusos ao invés de ser vista e considerada como pessoa humana possuidora de dignidade inviolável e intrínseca. Finalmente, harmonizo com a declaração do ministro Cezar Peluso em sua alegação:

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição

ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. (MAZZA, 2018, p.114)

6 CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo científico foi introduzir o tão polêmico debate sobre o início da personalidade jurídica no ordenamento e doutrina brasileira. Para se alcançar tal feito, foi necessário, em primeiro lugar, para uma melhor compreensão e inserção na temática proposta, fundamentar alguns conceitos básicos, como: pessoa, personalidade jurídica e capacidade. Assim, a discussão sobre as teorias majoritárias, no que dizem respeito ao assunto, poderiam ser sedimentadas com a base sólida do conhecimento teórico mínimo para a discussão presente.

Ao adentrar nas teorias, constatou-se a superioridade da teoria concepcionista. Sendo esta, a única que concede personalidade desde a concepção reconhecendo e respeitando, assim, a dignidade do nascituro como pessoa humana. Portanto, tal teoria demonstra ser a mais abrangente e completa, pois proporciona direitos fundamentais, essenciais para o exercício da vida do nascituro.

Percebeu-se a insuficiência doutrinária da teoria natalista, ao reter os direitos do ainda não nascido como mera expectativa, e na falta precisa de caracterização do que venha a ser o fruto do ventre materno, como visto acima. Dessa forma, uma vez identificados os direitos do nascituro no art. 2º do Código Civil de 2002 e outros diplomas, esses devem ser proporcionados de forma efetiva e plena. Por sua vez, a teoria da personalidade condicional, ao colocar em efeito suspensivo ao nascimento a realidade jurídica desses direitos, não realiza plenamente a proteção devida do nascituro. Esbarrando, de igual modo à teoria natalista, na concessão de direitos à entes despersonalizados.

Diante do exposto, buscou-se salientar a teoria concepcionista como garantidora de direitos fundamentais por meio de três aspectos. O primeiro foi o biológico, tratando da diferenciação genética presentes na genitora e no nascituro, como pessoas diferentes, sendo necessário a garantia aos dois indivíduos de seus respectivos direitos. Em segundo lugar, avaliou-se o aspecto ético, através de uma perspectiva constitucionalizada do Direito Civil, com o requerimento de uma interpretação valorativa do art. 5º aos demais diplomas que se encontrassem em nebulosidade conceitual. Por último, contemplou-se a vasta porção de direitos reconhecidos ao nascituro no

ordenamento jurídico brasileiro e a teoria dos sujeitos de direito despersonalizados, onde obteve-se mais um argumento para promoção e respeito da vida intrauterina.

À luz de tudo o que foi dito e estudado, pode se concluir que o nascituro possui, não apenas expectativa de direitos ou suspensão dos mesmos ao nascimento, mas personalidade, desde a concepção, advinda da sua realidade como pessoa humana. Nesse sentido, a teoria concepcionista se concretiza como a única possibilidade de se averiguar a realidade jurídica do nascituro. Dessa forma, o ainda não nascido - ainda que anencéfalo - deve ter seus direitos respeitados pelo Estado de Direito, o qual reconhece a dignidade, direito fundamental, dos indivíduos pelo simples fato de serem pessoas humanas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e. et al. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris (Online)**, v. 7, p. 87-104. 2003. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105/9819>. Acesso em: 17 nov. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 399.028. **Jusbrasil**, 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Lein. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências**. Diário Oficial da União (da República Federativa do Brasil, Brasília, 05 de fevereiro de 1997. Disponível em: [Allp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm). Acesso em: 29 nov.2022

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1v.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 16 ed. Niterói: JusPodivm, 2018. 1v.

FIUZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. JUS recurso eletrônico: Revista da Associação Mineira do Ministério Público, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

GILBERT, Scott. **Biologia do desenvolvimento**. 5 ed. Riberão Preto: Funpec, 2003.

MAZZA, George Mazza. **O que você precisa saber sobre Aborto**. 1 ed. Brasil: Ecclesiae, 2018.

MONTEIRO, Washigton. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva,

2007.1v.

OLIVEIRA, Vinícius Mazza. **Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro.** Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, v. 11, n. 1, 2014.

PAGANINI, Juliano Marcondes. **Nascituro: da personalidade jurídica à reparação de danos. 98p. Monografia (Graduação em Direito).** Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal.** Revista de Direito Privado, n. 30, 2007.

PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mário da Silva. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida.** Brasil: Lumen Juri Ltda, 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1v.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Parte Geral.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1v.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil brasileiro: Introdução e Parte Geral.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 1v.