



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE
CURSOTRABALHO DE CURSO I

**A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: UMA
COMPARAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL E
PORTUGAL**

ORIENTANDA - GIOVANA GUEDES DA PAIXÃO CASTILHO

ORIENTADOR - PROF. DR. JOSÉ ANTÔNIO TIETZMANN E SILVA

GOIÂNIA-GO

2023

GIOVANA GUEDES DA PAIXÃO CASTILHO

**A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: UMA
COMPARAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL E
PORTUGAL**

Artigo Científico apresentado à disciplina
Trabalho de Curso I, da Escola de Direito,
Negócios Comunicação, Curso de Direito, da
Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Prof.
Orientador Dr. José Antônio Tietzmann e Silva

GOIÂNIA-GO

2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
SEÇÃO 1. CONCEITO DE NASCITURO.....	4
1.1. Evolução histórica da proteção ao nascituro.....	6
1.2. Parâmetro de desenvolvimento dos direitos do nascituro no Brasil e Portugal.....	8
SEÇÃO 2-LEGISLAÇÕES SOBRE O NASCITURO NO BRASILE EM PORTUGAL.....	9
2.1. O nascituro sob a ótica da Lei Brasileira.....	9
2.2. Teorias sobre o início da personalidade.....	11
2.3. O nascituro perante o Sistema Jurídico Português.....	12
SEÇÃO 3- ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE JULGADOS BRASILEIROS E PORTUGUESES.....	14

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a importância do tema sobre os direitos do nascituro no Brasil e em Portugal.

Para a realização deste artigo foi utilizada a pesquisa em doutrinas, leis, Constituição Federal, Código Civil (CC) e jurisprudência brasileira e portuguesa.

No Direito, em decorrência da grande ocorrência de fenômenos sociais ao longo da evolução histórica das culturas, é relevante afirmar que os costumes se refletem nos valores morais inerentes às sociedades, ou seja, há uma ligação intrínseca entre os costumes e o conceito de Justiça. É nesse sentido que a moralidade costumeira consegue influenciar na criação de normas.

E desse modo, de comum entendimento que não é unânime o posicionamento sobre o surgimento da personalidade jurídica do ser humano, visto que vários ordenamentos jurídicos de diversos países conferem diferentes proteções à vida intrauterina.

Pode-se dizer que os ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, possuem vasta semelhança pela grande contribuição que o direito português trouxe ao território brasileiro. No mais, o Código Civil de 1916 teve grande reflexos da órbita lusitana, assim como, o Código Civil de 2002, teve a mesma influência na parte geral e de fundamentos.

No presente artigo, será abordado a jornada histórica do desenvolvimento do nascituro, além disso, as inúmeras divergências de entendimento no que tange à situação jurídica em que se localiza o nascituro, no Brasil e Portugal.

É importante dizer, que essas diferenças partem de um ponto subjetivo da percepção humana, da qual chegou a originar diferentes teorias da personalidade (natalista, condicional e concepcionista). As leis de ambos os países vão englobar acepções entre os demais direitos do nascituro, tendo em vista que há por várias décadas impasses entre a doutrina e a jurisprudência das duas nações.

No Brasil, por exemplo, o art. 2º do CC, põe relevância aos direitos do nascituro desde o momento da concepção, mas a personalidade jurídica só é tida com o nascimento com vida (natalista).

Já em Portugal, percebe-se que o art. 66 do CC, afirma que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida. Contudo, em julgado atual, o STJ português reconheceu que desde o momento da concepção até a morte, existe a devida personalidade jurídica, que deve ser amplamente protegida pelo Poder Público.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo a comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiros e português quanto a proteção do nascituro e levantar questões como “O nascituro é um ser autônomo ou faz parte do corpo de sua genitora?”.

A pesquisa faz jus de métodos científicos para melhor compreensão do tema. Sempre nos limites dos objetivos propostos, serão utilizadas pesquisas teóricas a respeito do assunto, visando analisar a problemática para gerar um debate acerca do tema. A pesquisa se desenvolve por meio de método hipotético-dedutivo.

Além do levantamento bibliográfico, a pesquisa contém a demonstração de fatos e julgados relacionados ao tema, que possam gerar discussão e análise de como é sua aplicação perante as situações.

SEÇÃO 1- NASCITURO: A HISTÓRIA E REFLEXÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL

1- Conceito de Nascituro

Em sentido amplo, pode-se dizer que nascituro é todo aquele que ainda está na vida intrauterina, ou seja, ainda não nasceu. Portanto, é a união dos gametas masculino e feminino.

Dessa forma, é por via da gestação que o feto é capaz de ter suas primeiras experiências sensoriais e auditivas, sendo assim, uma maneira de intervenção para o desenvolvimento da sua personalidade.

Para Maria Helena Diniz (1998, p.334), nascituro é:

[...] Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida [...]

A palavra nascituro tem origem do latim “*nasciturus*”, que indica aquele ser humano que há de nascer, porém não se sabe se é com vida ou sem, haja vista que, trata-se de mera expectativa.

Por ser mera expectativa de direito, o nascituro, encontra-se com alguns direitos resguardados em lei, por uma preocupação do próprio legislador. Silvio de Salvo Venosa, explica: “Entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito” (2005, p. 153). É por isso que, o direito do nascituro é legítimo.

De acordo com os ensinamentos do jurista português Pedro Pais de Vasconcelos (2006, p.116), o nascituro:

[...] não é uma simples víscera da mãe, mas um ser humano pleno de dignidade, pelo que haverá de ser reconhecido como pessoa para o direito, ou seja, o homem, pôr o ser, é necessariamente titular de direitos, donde não pode deixar de ser reconhecida a personalidade jurídica, porque “não é o texto da lei que permite afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas singulares[...]

É um tema longe de ter entendimento unânime, porque está em constante debate na doutrina brasileira e portuguesa a problemática do embrião gozar de personalidade jurídica ou não. O nascituro está diante de um processo de desenvolvimento, do qual a nidação e o nascimento são apenas fases de crescimento, assim como, o indivíduo nascido passa pela fase da infância, adolescência e vida adulta até chegar à aclamada velhice. Logo, o nascituro é um ser autônomo (Campos, 2001, p.1257). Veja-se:

[...]O embrião tem a informação genética necessária para estruturar (exceptuando as anomalias genéticas ou perturbações durante a gestação) as suas características físicas e neuropsíquicas. O embrião fecundado in útero ou in vitro tem um património genético exclusivo. [...]desde a concepção até o nascimento todas as investigações empreendidas no campo genético, ecográfico, embriológico ou de comportamento revelam um contínuo desenvolvimento celular, proveniente da expressão das informações memorizadas no genoma específico da espécie humana. [...] em cada momento do seu desenvolvimento o embrião um ser vivo, distinto do organismo materno que o acolhe [...]

Deve-se reconhecer, portanto, a ideia de que há a possibilidade de existir personalidade jurídica ao nascituro, por mais que tal questão esteja longe de ser pacífica. Por isso, para um melhor entendimento sobre o tema, é considerável compreender a evolução histórica em referência ao nascituro.

Embora haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tópico da presença de personalidade jurídica do ser que há de nascer, deve-se ter como base a análise das normas descritas nos art.66° (Portugal, 1966) e 2° (Brasil, 2002), sendo dos Códigos Civis de Portugal e Brasil, simultaneamente. Logo, ambos países adotam, mesmo que de forma indireta, a teoria

natalista, visto que apesar do nascituro possuir alguns direitos dentro da mãe, somente adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida.

É comum que Estados Democráticos de Direito, como Brasil e Portugal, sempre priorizem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme art. 1º. Dessa forma, é imprescindível o estudo quanto às diferentes linhas de pensamento pautadas, principalmente no que tange ao entendimento luso-brasileiro.

1.1. Evolução histórica da proteção ao nascituro

Na Antiguidade, embora também não houvesse conformidade acerca do status jurídico do nascituro, havia a proteção de determinados direitos inerentes a ele.

O Código de Hammurabi, já trazia a aceção de coexistência de duas pessoas distintas, assim como, protegia a mulher grávida: “Art. 209. Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto; Art. 210. Se a mulher morre, se deverá matar o filho dele” (Cordeiro, 2019, p. 317).

Na Grécia Antiga, o Direito era capaz de salvaguardar direitos ao nascituro, como por exemplo, o direito à sucessão do trono de dada cidade-estado grega, quando nascesse com vida. Há relatos que comprovam tal acontecimento, o principal pode ser o presente na literatura de Plutarco, reproduzida por Silmara Chinelato (2000, p. 07). Veja-se:

[...] Polydecte morreu cedo, sem filhos, e todos acreditavam que Licurgo seria o Rei. E o foi, mas apenas enquanto se ignorou a gravidez da Rainha, sua cunhada. Desde que ela foi conhecida, porém, Licurgo declarou que, se a Rainha tivesse um filho, seria a ele que a coroa pertenceria. Desde esse momento, ele administrou o reino apenas na qualidade de autor [...]

Quanto ao entendimento do Direito Romano, este encontra-se de forma contraditória, demonstrando tendências doutrinárias divergentes. Assim, diferentes relatos apresentam as distinções de tratamento no que concerne a capacidade jurídica que o nascituro representa, onde negam e aceitam a presença de capacidade aos nascituros, respectivamente. Nesse sentido, há estudos que provam a existência de personalidade jurídica condicional, visto que somente teria direitos o neonato que não nascesse com algum defeito físico.

De acordo com as afirmações de Semião (2000, p.46), o aspecto mencionado é claro:

[...] Manifesta-se assim vacilante, o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade. Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável, consoante o brocardo: “*Nasciturus para o jam nato habetur Quoties de ejus commodis agitur*”. Em outras ainda, considerava-se criança não viável como despida de personalidade e finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana [...]

A conclusão é evidente, para o Direito Romano não era imprescindível apenas o

nascimento com vida, mas também o neonato necessitava apresentar forma humana perfeita, isto é, havia uma seleção dos seres humanos com base em suas características hereditárias com o intuito de aperfeiçoar futuras linhagens.

O Cristianismo foi um grande marco para a conceituação ampla de direitos inerentes à personalidade jurídica dos indivíduos, com o parâmetro da ideia de fraternidade universal. Então, na Idade Média, entendeu-se que o homem possuía direitos próprios, através da Carta Magna do sec. XIII, instituída na Inglaterra. Porém, foi com a Declarações dos Direitos de 1789 que veio responsabilidade quanto valorização da figura da pessoa humana e da liberdade. (Diniz, 2012, p.132).

O grande marco para a aquisição de direitos humanos, pode-se afirmar que foi no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, responsável por grandes atrocidades causadas por governos totalitários à pessoa humana. Por isso, o mundo jurídico viu a necessidade de resguardar as garantias fundamentais dos indivíduos, por meio da criação Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas (Diniz, 2012, p. 133).

Sendo assim, a história da pessoa humana representa uma evolução gradativa em um espectro geral, e principalmente, dentro do próprio Direito com a origem dos direitos de personalidade contida nos Códigos Civis, para que o homem pudesse ter direitos e obrigações, ou seja, um sujeito dotado de personalidade jurídica.

1.2.Parâmetro de desenvolvimento dos direitos do nascituro no Brasil e Portugal

A base do antigo Direito de Portugal, veio do famigerado Direito Romano, conhecido como *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, razão pela qual teve também grande influência no Direito Ocidental. Do século XII ao século XVI, o *Corpus Juris Civilis* foi objeto de intenso estudo por parte de juristas, conhecidos pelo nome de glosadores, porque redigiam breves anotações às margens dos textos justinianeus. (Gomes, 2007, p.49)

Como é cediço, o Brasil fez parte do Império Português desde meados do ano de 1500, até o chamado dia da Independência, em 1822. Como se sabe, o Brasil compartilhou o ordenamento jurídico com a metrópole, da qual muitas normas e costumes continuaram enraizadas em território brasileiro.

A Idade Média portuguesa, foi marcada por ordenações que eram um compêndio de leis esparsas, jurisprudências e costumes. Essas ordenações tiveram fim com a criação dos códigos civis, tanto no Brasil como em Portugal. Assim, (Valesco, 1994, p.24) preceitua:

[...] Apesar das várias tentativas de reforma, as Ordenações vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867, e no Brasil até nosso Código de 1917. Elas são, pois, o monumento legislativo com maior vigência, tanto em Portugal quanto em nosso país [...]

Diante ao exposto, é valioso mencionar, portanto, que o Direito português e brasileiro, seguiram linhas simultâneas, principalmente no tocante ao entendimento da Igreja Católica a respeito do início da personalidade jurídica dos indivíduos, inclusive ao reconhecimento de direitos ao nascituro referentes a natureza patrimonial, visto que o Direito Canônico foi considerado fonte subsidiária ao Direito.

Com a independência do Brasil, os ordenamentos jurídicos da colônia e metrópole se separaram. Ressaltando que mesmo após a independência e até mesmo depois da República, o Brasil seguiu usufruindo da legislação portuguesa em matéria de Direito Civil, até que a figura de Clóvis Beviláqua, fosse um dos responsáveis pela criação do primeiro Código Civil de 1916, cujo artigo 3º determinava ter início a personalidade civil do ser humano com a concepção, mas a condicionava ao nascimento com vida. Desse modo, a atribuição de personalidade ao nascituro seria consequência natural. (Pereira, 2019, p.184).

Já com a criação do Código Civil de 2002, a personalidade jurídica da pessoa natural começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Brasil, 2002). Todavia, a lei deixa clara a presença de vários tipos de garantias ao embrião, muitas delas de natureza patrimonial.

Logo, Paulo Nader (2018, p. 233) aponta:

[...] O nascituro pode, ainda, ser reconhecido pelo pai e beneficiado por herança ou legado. É possível que, em seu nome, a futura mãe exercite o direito a alimentos. A nomeação de curador ao nascituro está prevista na Lei Civil, ex vi do art. 1.779, para a hipótese de falecimento do pai não estando a mãe investida do poder familiar. [...]

Por conseguinte, é um tema longe de ser pacífico dentro da doutrina brasileira, já que a concepção da personalidade civil da pessoa natural, gera divergências ao afirmar que se origina com o nascimento com vida, mas conjuntamente, o nascituro possui inúmeras garantias na vida intrauterina.

O primeiro Código Civil de Portugal foi adotado em 1867 seu artigo 6º afirmava que “A capacidade jurídica se adquire pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da proteção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente Código” (Portugal, 1867). O código ainda contemplava outras inúmeras garantias, como o direito de receber doações e testamentos, o que se permanecia em situação contraditória, pois a doutrina entendia que a personalidade só era tida com o nascimento com vida.

Com a criação do novo Código Civil luso, em 1966, não houve grande mudança à tutela jurídica do nascituro, pois o atual código civilista contempla em seu artigo 66 que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida (Portugal, 1966).

O jurista português Pedro Pais de Vasconcelos (2010, p.79), alega:

[...] A redação do artigo 66º do Código Civil não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro da sua letra. Como se disse atrás, a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora de o alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem. Por

isso, o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica. Assim interpretado, o artigo 66º do Código Civil torna-se harmônico com os demais citados preceitos do mesmo Código. A personalidade jurídica das pessoas humanas tem início concomitantemente com o início de sua vida e existência enquanto pessoas. [...]

Esta redação, trouxe ainda mais polêmica para a compreensão do começo da personalidade jurídica, ao fixar o seu início ao nascimento com vida, situação semelhante com o Brasil.

SEÇÃO 2- LEGISLAÇÕES SOBRE O NASCITURO NO BRASIL E PORTUGAL

2.1 O nascituro sob a ótica da Lei Brasileira

A complexidade do tema não encontra amparo somente no Direito Civil, mas também, no Direito Penal e, principalmente, no Direito Constitucional Brasileiro, em relação à proteção do direito à vida.

Logo, este estudo, inicia-se através da Constituição Federal de 1988, no rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais à vida humana, elencados pelo seu art. 5º, em respeito ao Princípio do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, da Lei Maior.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.92), assegura:

[...] A Constituição da República assegura, no artigo 5.º, caput, dentre outros direitos, o direito à vida, que é considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais. Assim, ao se falar em vida, quer-se protegê-la de forma plena, inclusive a vida uterina. [...]

O Código Civil Brasileiro de 2002, protege a figura do intrauterino de forma mais ampla do que a própria Carta Magna, tanto no que se refere à personalidade e, também, direitos de cunho patrimonial. Assim, poderá ser feita doação ao nascituro, sendo aceita pelo seu representante legal, com base no art. 542, do CC, assim como, há a possibilidade de o nascituro ser chamado à sucessão e ser incluído em testamento, conforme art. 1798, do CC. (Brasil, 2002)

Denota-se, portanto que, aquele que está para nascer para o ordenamento jurídico já é titular de direitos, de modo que a obrigação do genitor de prestar alimentos ao filho surge antes mesmo de seu nascimento (Dias, 2015, p.583).

Tanto que o artigo 1609 do Código Civil de 2002, contempla a possibilidade de reconhecimento dos filhos fora do casamento, de maneira irrevogável, sendo que tal questão, poderá ser levantada antes do nascimento, da qual é considerado ato irrevogável, personalíssimo e com eficácia *erga omnes*.

Nesse contexto, o próprio Estatuto Da Criança e Adolescente conceitua, no art. 26:

Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. (ECA, 1990).

Outro ponto importante é quanto aos alimentos gravídicos. Estes são referentes à obrigação alimentar quanto ao nascituro, que não cessa após o nascimento, pois serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor recém-nascido, mas ficarão sujeitos à revisão mediante solicitação de um alguma das partes, conforme art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 11.804/2008.

Percebe-se, portanto, a diversidade de diplomas e posicionamentos legais quanto ao tema, visto que o art. 2º do Código Civil de 2002 não é capaz de suprir toda a demanda jurídica perante o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, é imprescindível a atuação de tribunais e doutrinas sobre este estudo (Brasil, 2002).

2.2 Teorias sobre Personalidade Jurídica

a-) Teoria Concepcionista

Como o próprio nome já menciona, para esta teoria o feto deve ser protegido desde a concepção, ou seja, o feto é uma fonte de vida humana, que a lei o trata como sujeito de direitos, com personalidade jurídica.

O Doutrinador Adahyal Lourenço Dias (1985, p.281), conceitua:

[...] Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, ‘se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa [...]

No entanto, é cediço que, o Código Civil de 2002 não adotou a teoria concepcionista, ou seja, o seu art. 2º corrobora a ideia de que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, mesmo assim, como visto anteriormente, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Brasil, 2002)

b-) Teoria Natalista

Esta teoria, por outro lado, defende que o início da personalidade civil começa, apenas com o nascimento com vida, nos termos da primeira parte do art. 2º do Código Civil de 2002.

Portanto, são necessários dois requisitos, o nascimento e a vida, conforme explicação de Alexandre Marlon da Silva (2001, p. 29), veja-se:

[...] O “nascimento” é a separação do filho das vísceras da mãe, podendo ser natural ou artificial. Cabe à perícia verificar que não se trate de um aborto, isto é, a separação antes do ciclo mínimo indispensável ao término da gestação. Além do nascimento, deve haver o elemento “vida” podendo ser, num primeiro momento, caracterizado

pela respiração pulmonar, pois é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Desta forma, um só instante de vida e a personalidade será atribuída ao ser humano. O nascimento efetivo, assim como a vida do infante, constituem questões de fato, que se resolvem por perícia médicolegal [...]

Destarte, o nascituro não adquire a personalidade jurídica desde a concepção, já que não preenche os requisitos necessários para tanto, quais sejam o nascimento com vida, pois se trata de uma situação que se aproxima da personalidade, mas que com ela não se equipara. No mais, há presunção que ele estará protegido patrimonialmente, desde a concepção, mesmo não sendo considerado sujeito de direitos.

2.3 O nascituro perante o sistema jurídico português

Portugal se assemelha ao Brasil, na medida que não há somente uma lei ou dispositivo legal que esgote a discussão a respeito da personalidade jurídica do nascituro.

Permita-se afirmar que a proteção ao nascituro começa já no texto constitucional, através do art. 24 da Carta Magna portuguesa: “A vida humana é inviolável”. Nesse sentido, é plausível o questionamento quanto ao fato de que este dispositivo seja aplicável para qualquer forma de vida humana, ou se somente se limitaria a proteger o indivíduo que já nasceu.

A jurista Sônia Moreira (2017, p.178) afirma:

[...] a vida do embrião é objeto de proteção de outros diplomas legais lusitanos, como é o caso da lei penal, que pune os crimes contra a vida intrauterina. A proteção à vida mencionada na carta constitucional portuguesa poderia perfeitamente, enfim, se aplicar ao nascituro, independentemente da necessidade de se enfrentar a discussão acerca da personalidade jurídica do ser intrauterino, pois a norma constitucional não determina que a vida em causa, para merecer proteção, deva necessariamente ser a vida de um ser provido de personalidade na forma da lei. [...]

O art. 66 do Código Civil português, guarda semelhança com o art. 2º do Código Civil brasileiro, pois alega: “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”, acrescentando-se que “Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

No entanto, o preceito contido neste dispositivo não é capaz de esgotar todo o tratamento jurídico dado ao nascituro pela ótica da Lei portuguesa. Tanto no Brasil, como em Portugal, há divergências doutrinárias acerca da personalidade do feto, há quem defenda tanto a teoria concepcionista, como a natalina, ou até mesmo uma posição intermediária.

O doutrinador português Pais de Vasconcelos (2010, p.74), assegura que o legislador luso foi infeliz quanto à redação do artigo mencionado, ou seja, houve uma confusão entre a personalidade jurídica e capacidade de gozo de direitos. Confira-se:

[...] A redação do artigo 66º do Código Civil não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro de sua letra. [...] a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem. Por isso, o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido à capacidade de gozo e

não propriamente à personalidade jurídica. Assim interpretado, o artigo 66º do Código Civil torna-se harmónico com os demais citados preceitos do mesmo Código. A personalidade jurídica das pessoas humanas tem início concomitantemente com o início da sua vida e existência enquanto pessoas. [...]

Portanto, Vasconcelos aponta, o fato de ser debatido na doutrina de Portugal se o nascimento com vida poderia figurar como condição suspensiva ou resolutiva da personalidade jurídica do nascituro. Em primeiro lugar, tem-se como pressuposto que o feto não tem personalidade, mas possui alguns direitos., em ocorrendo o nascimento com vida, há de reconhecer sua personalidade jurídica de forma retroativa, quer à data da aquisição, quer à data da concepção.

Mesmo assim, a doutrina lusitana se divide quanto à situação jurídica do nascituro, como ocorre no Brasil, pois há juristas que preferem se ater à letra da lei civil, e também há quem procure buscar uma interpretação complexa sobre o tema.

Por outro lado, dúvida não há quanto à proteção jurídica do nascituro, como preceituam os ensinamentos de Mota Pinto (2012, p. 203):

[...] Seja qual for a posição que se adopte quanto à respectiva construção jurídica – direitos sem sujeito, estados de vinculação ou retroacção da personalidade (adquirida no momento do nascimento) ao momento da atribuição do direito -, é de se admitir a tutela jurídica do nascituro concebido, no que toca as lesões nele provocadas. Assim, a título de exemplo, um filho poderá pedir indemnização pelas deformações físicas ou psíquicas que sofreu ainda no ventre da mãe, causadas por um medicamento ou qualquer acidente. [...]

O sistema de proteção ao nascituro, torna-se amplo, ainda dentro da própria lei civil, pela existência de outros dispositivos que consagram direitos patrimoniais ao indivíduo não nascido.

Há o art. 952 do Código Civil Português de 1966, o qual disponibiliza ao nascituro o direito de adquirir bens por doação:

(Doações a nascituros)

1. Os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador.
2. Na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário.

Ademais, há o art. 1855 do Código Civil português, o qual admite a perfilhação de nascituro, sendo este já concebido.

Há de mencionar o art. 1.878 do diploma legal em tela, o qual estabelece deveres mútuos entre pais e filhos e, no que respeita àqueles, está incluído o dever de representar os últimos, ainda que nascituros.

(Conteúdo do poder paternal)

1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.
2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida

No que tange à herança o art. 2240 estende à herança deixada ao nascituro e ao

concepturo, aquele que ainda não foi concebido, mas se há expectativa de vir a ser, as mesmas regras referentes à administração de herança presentes nos arts. 2237º a 2239º do mesmo Código Civil:

(Administração da herança ou legado a favor de nascituro)

1. O disposto nos artigos 2237º a 2239º é aplicável à herança deixada a nascituro não concebido, filho de pessoa viva; mas a esta pessoa ou, se ela for incapaz, ao seu representante legal pertence a representação do nascituro em tudo o que não seja inerente à administração da herança ou do legado.
2. Se o herdeiro ou legatário estiver concebido, a administração da herança ou do legado compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido

Contudo, há a posição do Direito Penal português quanto o direito à vida do nascituro, tema polêmico, que não merece respaldo no estudo em comento.

SEÇÃO 3- ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE JULGADOS BRASILEIROS E PORTUGUESES

Apesar das divergências doutrinárias e legais quanto à proteção jurídica do nascituros nos ordenamentos português e brasileiro, é importante frisar a importância que os julgados possuem na tentativa de pacificar o tema.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo em diversas decisões, os direitos aos ainda não nascidos, mesmo sem ter delimitação expressa de quais são esses direitos. Veja-se:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 . EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º INCISO I, DA LEI N. 6.194 /1974. INCIDÊNCIA.1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento , o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º , 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil ; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542 , 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA , o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804 /2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 . O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como

a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. **Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, 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.** 5. **Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT**, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194 /1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. **Recurso especial provido. REsp 1415727 SC 2013/0360491-3. Quarta Turma do STJ. 29.09.2014. Relator: Sr. Ministro Marco Buzzi.**

No caso do seguro DPVAT, o STJ tem entendido que a natureza jurídica do seguro DPVAT, tem como intuito garantir que os danos pessoais sofridos por vítimas de acidentes com veículos sejam compensados, ao menos parcialmente, inclusive se quem sofreu o dano foi o próprio feto.

Como comentado anteriormente, dentre outros direitos resguardados ao nascituro, há os alimentos gravídicos, previstos na Lei 11.804/2008, os quais visam auxiliar diretamente a gestante e, conseqüentemente, indiretamente o nascituro. Dessa forma, é evidente a amplitude de direitos patrimoniais resguardados à pessoa não nascida. Assim, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. GARANTIA À GESTANTE. PROTEÇÃO DO NASCITURO. NASCIMENTO COM VIDA. EXTINÇÃO DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO RECÉM-NASCIDO. MUDANÇA DE TITULARIDADE. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA, DOS ALIMENTOS INADIMPLIDOS APÓS O SEU NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804 /2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro. 2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804 /2008. 3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade. 4. Recurso especial improvido. (REsp 1629423/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 22/06/2017).

Em consonância, é possível verificar analogia de interpretações do tema em julgados portugueses em relação aos brasileiros. Em 2014, o Supremo Tribunal de Justiça português, reconheceu o direito de indenização por danos não-patrimoniais ao nascituro, com interpretação que falta ao feto capacidade de gozo, mas não a personalidade. Note-se:

03 Abril 2014

Relator: ÁLVARO RODRIGUES

Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai. II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. III - **O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portioviscerummatris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.** IV - **Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes** – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca– merecedores de compensação. V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich EwaldHörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992). VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124). VII - Considera-se justa e adequada a quantia pedida pela Autora (filha da vítima) de € 20 000,00, a título de danos não patrimoniais próprios decorrentes da perda do seu pai. VIII - Na fixação do quantum indenizatório por danos patrimoniais futuros, a utilização de critérios matemáticos contidos em diplomas legais não se mostra proibida – desde que se mostrem facilitadores do cálculo para a determinação da pensão justa –, mas não substitui a devida ponderação judicial com base na equidade. IX - Os arts. 805.º e 566.º do CC, ao estatuírem sobre o cálculo da indenização e efeitos da mora, não fazem qualquer distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais razão pela qual os juros serão devidos desde a sentença ou desde a citação apenas e tão somente com base na existência, ou não, na sentença de um raciocínio atualizador.

Desse modo, tem-se consolidado na Corte Portuguesa o carácter protetivo da pessoa humana, independente do ato de nascer com vida e, portanto, foi acolhida a tese de que a interpretação do art. 66 do Código Civil português de ser de que a mencionada “personalidade” indicada pelo texto legal refere-se à capacidade de gozo (Portugal, 1966).

Segue outra decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

Processo nº 232/13.1GBTCS.C1

Tribunal: Tribunal da Relação de Coimbra

Sessão: 08 Março 2017

Relator: JOSÉ EDUARDO MARTINS

I – Desde que verificados os pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito (ou pelo risco), o dano decorrente da supressão da vida de nascituro é directa e autonomamente indemnizável.

II – Sendo o nascituro um ser humano em gestação, a quantificação do referido

dano justifica, comparativamente com o atribuível a uma criança de relação, um menor valor.

III – Seguindo as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas e da criteriosa ponderação das realidades da vida, estando em causa a perda da vida de um nascituro com cerca de 8 meses, para ressarcimento do dano considerado, é equitativa a indemnização, a cada um dos progenitores, de € 25.000,00.

IV - Perante um comportamento que, em simultâneo, configura contraordenação e um dos crimes previstos na al. a) do artigo 69.º do CP, esgotando a prática do ilícito penal o significado, efeito, ou ilicitude da contraordenação, por forma a que possa entender-se que a consome, a sanção acessória de inibição de conduzir a aplicar deve ser decretada com base naquela norma, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*.

Não obstante o carácter inclusivo da decisão acima referida, totalmente alinhado com o reconhecimento da personalidade jurídica do pré-nato, como se fosse a um ser humano já nascido, na medida em que foi concedida indenização por dano moral aos genitores do nascituro em razão de sua morte em acidente automobilístico, como maneira de minorar o sofrimento originado.

CONCLUSÃO

É cediço que, as legislações brasileiras e portuguesas, mostram-se em constante evolução, principalmente em relação à construção de um sistema de proteção aos direitos do nascituro, no que tange aos direitos patrimoniais e, ao tão polêmico, direitos referentes à personalidade, inerentes à vida, imagem, privacidade, dignidade e entre outros.

O Brasil e Portugal possuem muitas semelhanças jurídicas que expressam o reconhecimento à titularidade de direitos ao não nascido. Assim, não é necessário reconhecê-lo como uma pessoa de fato, já que na órbita dos direitos patrimoniais há considerável atribuição de direitos ao nascituro, contudo, dependentes do seu nascimento com vida

É possível notar que as Constituições dos dois países não mencionam o marco inicial da vida, ou até mesmo da personalidade humana. Mas, trazem preceitos à tutela da vida e da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado em ambas as Constituições, em seus artigos 1º.

É por isso que, há principal falha legislativa nos países em comento, seria justamente no que tange ao marco inicial da personalidade jurídica, pois adotam o nascimento com vida como elemento primordial, mesmo diante de inúmeras proteções àqueles dentro do ventre materno.

O Estado é o responsável pela observância ao princípio da legalidade e, portanto, é assim que se tem a ordem social para que se haja respeito às leis, com valores morais e éticos. Por fim, a vida humana está sempre em constante evolução conceitual, justamente no que diz respeito aos mecanismos legais de proteção à vida e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, assim, a vida intrauterina e extrauterina são somente fases da vida, ou seja, o momento da concepção até a velhice. Logo, todos os estágios de vida merecem respaldo

jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco – **O nascituro no direito civil brasileiro, contribuição do direito português in Revista Brasileira de Direito Comparado**. Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n1/revista_v21_n1_19.pdf Acesso em 30 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 ago 2023

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 15 de ago 2023

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 30 ago 2023

DINIZ, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**., São Paulo/SP, ed. 10, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**, Vol. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://direitouninove.files.wordpress.com/2016/03/direito-civil-brasileiro-2012-vol-1-parte-geral-carlos-roberto-gonc3a7alves.pdf>. Acesso em 30 ago. 2023.

MOREIRA, Sônia, “**O direito constitucional à vida do embrião**”, , Direito na Lusofonia - Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono, 3, Vol. II, Braga, Portugal, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47312/1/17Lusofonia%20III%202017.pdf>. Acesso em 30 ago. 2023.

PORTUGAL. **Código Civil Português** (1966). Decreto–Lei nº 47.344, Lisboa, Novembro de 1966. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966->

34509075. Acesso em 15 ago 2023.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** de 1976. - 9ª ed. - Coimbra : Almedina, 2022. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>. Acesso em 15 de ago 2023

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria geral do direito civil**, Coimbra/PT, ed. 3, 2005.

XAVIER, Stefano. **Tutela Jurídica do Nascituro no Brasil e em Portugal: a vida inspirando um ordenamento jurídico assentado na dignidade da pessoa humana**. Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/5051>. Acesso em 30 ago. 2023.