

A PROTEÇÃO AO NASCITURO NA CONSTITUIÇÃO, NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E NA MODERNA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA – ANÁLISE COMPARATIVA

The protection given to the unborn human being in brazilian and portuguese constitutions, common law and modern jurisprudence – a comparative analysis

MÓNICA MARTÍNEZ DE CAMPOS¹

EVA DIAS COSTA²

Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto.

Sumário: 1. A proteção ao nascituro na Constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – Análise comparativa. 2. Bibliografia.

Resumo: O Código Civil português determina que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida e, no que respeita à capacidade jurídica ou capacidade de gozo (por contraposição à capacidade de exercício, que se adquire com a maioridade), prescreve que esta consiste na suscetibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito de direitos e obrigações.

O ordenamento jurídico português confere alguma proteção ao nascituro – e até ao concepturo – mas (com exceção das limitações legais à licitude da interrupção voluntária da gravidez), fá-la depender do posterior nascimento completo e com vida.

Não obstante, a melhor doutrina portuguesa vem defendendo que a ordem jurídica não pode negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos.

O ordenamento jurídico brasileiro vai muito mais longe do que o luso na proteção ao nascituro. Na verdade, uma interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional brasileiro e dos demais dispositivos infraconstitucionais obriga a concluir que ao ser humano, *desde sua concepção*, devem ser assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

¹ Doutora em Direito, Professora Associada do Departamento de Direito, Editora-Geral da Revista Jurídica Portucalense, Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, mmartinez@upt.pt

² Doutora em Direito, Professora Auxiliar do Departamento de Direito, Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, eva@upt.pt

o colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

Neste contexto, é objetivo deste trabalho a análise comparativa acerca da proteção que os ordenamentos jurídicos, português e brasileiro, dão ao nascituro.

Propõe-se ainda o cotejo direto entre a jurisprudência dos dois países irmãos, utilizando-se como exemplos o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no recurso especial nº 399.028 - sp (2001/0147319-0), publicado a 23.06.2003, e o proferido Supremo Tribunal de Justiça português a 03.04.2014, no processo 436/07.6TBVRL.P1.S1, 2ª Seção.

Em ambos, estava em causa uma indemnização por responsabilidade civil por morte a favor de um nascituro, neles se discutindo, entre outras questões, a respetiva personalidade e capacidade jurídicas.

No primeiro dos aludidos arestos o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro entendeu que o nascituro também tem direito a uma indemnização por danos morais em consequência da morte do pai, embora a circunstância de não o ter conhecido em vida tenha influência na fixação do *quantum*.

Por sua vez, na citada decisão Supremo Tribunal de Justiça português tomou posição no sentido de que o artigo 66.º, n.º 1, do CC deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

Palavras chave: Direitos fundamentais, direitos de personalidade, capacidade, proteção do nascituro, danos morais.

Abstract: According to the Portuguese Civil Code, one is a person only the moment one is born. With birth, that is complete separation from one's mother, and provided one is not stillborn, the law recognizes one's personality, one's ability to be the subject of rights and obligations.

The Portuguese law does provide some protection to the unborn child - and in very specific cases even to a child that has yet to be conceived - - but (with the possible exception of limitations to the legality of abortion), this protection is dependent on the subsequent birth with life.

Nevertheless, the best Portuguese doctrine has advocated that the law cannot deny the obvious fact that the unborn and the born child are biologically identical, and must therefore be accorded identical treatment in the eyes of the law.

Brazilian law goes much further than the Portuguese in protecting the unborn child. In fact, a systematic and evolutionary interpretation of the Brazilian Constitution and of infra constitutional law dictates the conclusion that the human being's rights

to health, food, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom, and family and community life, and to be safe from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty and oppression should be ensured from conception.

According to Article 2 of the Brazilian Civil Code, a person's civil personality also begins with birth, but the provision goes further: it also states that the rights of the unborn are protected from the moment it is conceived.

This is the background for what we propose in this paper, i.e., a comparative analysis on the protection both jurisdictions, Portuguese and Brazilian, grant the unborn child.

We also propose to make a direct comparison between the case law of the two countries taking as examples the judgment of the Brazilian Superior Court in the special appeal n ° 399 028 - sp (2001 / 0147319-0), published on 23.06.2003 and the decision of the Portuguese Supreme Court of 03.04.2014, in Case 436 / 07.6TBVRL.P1.S1, 2nd Section.

In both cases, what was under discussion was the right of a child that had not yet been born at the time their respective fathers died to a compensation for the loss of said parent. In order to reach a decision, both courts had to deal with issues of the unborn child's personality and legal capacity.

In the first of this decisions, the Brazilian Supreme Court easily ruled that the unborn child is also entitled to compensation for moral damages as a result of his father's death, although the fact of not having known in life has influence in determining the quantum.

In turn, the Portuguese Supreme Court was more limited by the text of the Civil Code, and decided that Article 66, paragraph 1, should be interpreted as referring to a person's legal capacity, and not one's personality, since the recognition of the personality of human beings is beyond the reach and jurisdiction of the Constitution and of ordinary law.

Keywords: Fundamental rights, personality, capacity, unborn child, moral damages.

A Constituição da República Portuguesa elenca um conjunto de direitos fundamentais, em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e que à luz dela devem ser interpretados³, com aplicação direta e que vinculam as entidades públicas e privadas e o legislador ordinário⁴.

³ Cf. o artigo 16.º:

«Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.».

No artigo 24.º da Constituição lê-se que “a vida humana é inviolável”, no n.º 1 do artigo 25.º, que “A integridade moral e física **das pessoas** ⁵ é inviolável” e, no artigo 26.º, n.º 1, que “A **todos** ⁶ são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação” ⁷.

O postulado constitucional da igualdade do artigo 13.º claramente já não quer fazer referência a **todos**, nem a todas as **pessoas**, antes a todos os **cidadãos** que, esses sim, são, no texto constitucional, iguais perante a lei. As expressões utilizadas pelo legislador - a que acresce a anteriormente citada, a vida **humana** - não são sinónimas e, sabendo que a hermenêutica constitucional dá singular relevância ao teor literal da norma, ao *elemento gramatical*, na terminologia de SAVIGNY ⁸, não podemos concluir que a escolha, em cada um destes casos, tenha sido ingénua nem arbitrária.

É, aliás, uma disposição idêntica à do artigo 10.º da Constituição Espanhola de 1978, segundo o qual:

«.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.».

⁴ Vide o artigo 18.º:

«Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retractor nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.».

⁵ Nosso enfatizado.

⁶ Mais uma vez, enfatizado nosso.

⁷ Similarmente, no artigo 15.º da Constituição Espanhola: “**Todos** tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes”. E, no artigo 14.º, “**Los españoles** son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”. Nossos enfatizados. Mais uma vez, não será por acaso que o legislador constitucional adota algumas vezes o vocábulo **todos**, outras vezes, as **pessoas** e, outras ainda, **os espanhóis**.

⁸ Não queremos aqui sustentar apenas os métodos clássicos de interpretação constitucional. É um tema que, no que toca aos chamados direitos de personalidade, nos importa, mas cuja análise profunda extravasa os limites deste trabalho. Remetemos, portanto, o tema para BRANCO, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais* – 2ª parte, para CUNHA JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, para MORAES, *Direito constitucional*, para SILVA, *Curso de Direito*

Não foi, porém, a Lei Fundamental portuguesa que tomou o encargo de definir quem, para o direito, é **pessoa**.

É Código Civil português que determina que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida e cessa com a morte. No que respeita à capacidade jurídica ou capacidade de gozo (por contraposição à capacidade de exercício, que se adquire com a maioridade), o Código prescreve que esta consiste na suscetibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito de direitos e obrigações.

A personalidade jurídica é uma qualidade atribuída pelo direito positivo a todas as pessoas humanas (ou *peças singulares*, na terminologia civil ⁹) e a outras entidades, a que o Código Civil chama *peças coletivas* ¹⁰.

A personalidade é inerente a todo ser humano desde o nascimento com vida. Ao adquirir personalidade, este passa a ter capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil.

Não constitui, porém, no nosso entender, uma limitação ao reconhecimento da qualidade de pessoa **humana** ¹¹, tão só a uma formulação jurídica que consiste na idoneidade ou aptidão para ser centro de imputação de efeitos jurídicos, na abstrata possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica.

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

Não podemos aceitar que o Direito defina – por essência, limitando – quem é *pessoa*, *Homem*, ser *humano*. Admitir essa possibilidade seria simultaneamente consentir que se discutisse se o *escravo* é pessoa, se o *índio* é pessoa ¹², se o *negro africano* que KANT catalogou é pessoa ¹³ e, portanto, estaria afinal a (des) coberto do imperativo categórico ¹⁴.

Ser *humano* é um conceito *natural*, ético, que ultrapassa o Direito positivo e que é neste apenas *traduzido*, de forma imperfeita ¹⁵, no edifício da *personalidade jurídica*.

Constitucional Positivo, para SOARES, *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*, quanto aos contributos brasileiros, e, em Portugal, para a obra de CANOTILHO, *Direito Constitucional*, e de MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Vide ainda CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*.

⁹ Cf. os artigos 66.º a 156.º.

¹⁰ Cf. os artigos 157.º a 194.º.

¹¹ Cujá vida é, reconhece a Constituição da República Portuguesa, *inviolável*.

¹² No ordenamento jurídico brasileiro ainda há referências à *capacidade do índio*.

¹³ KANT, *Of Different Human Races* (1777), traduzido para inglês por MIKKLESEN, 2013.

¹⁴ Cf. a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, na tradução para português de QUINTELA, 2014.

¹⁵ O reconhecimento da imperfeição está na necessidade que a doutrina jurídica tem de recorrer à figura da *extensão* da *personalidade* quando se refere à proteção que confere à pessoa humana que ainda não tem ou já não tem personalidade jurídica. Da mesma forma,

Etimologicamente, o vocábulo pessoa deriva do latim *persona*, que começou por designar a máscara usada pelos atores nas apresentações para ampliar a voz (*per sonare*) e caracterizar os tipos representados. Na sua evolução semântica, a palavra passou a designar o próprio ator (personagem) e depois, do palco para a vida real, o homem.

A *pessoa* assim definida, também pelo Direito, não **é**, portanto o homem: é apenas uma apresentação do homem na sua dimensão ou veste social ¹⁶.

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

A personalidade jurídica é um atributo essencial para se ser sujeito de direito, uma aptidão genérica para titular direitos e contrair obrigações.

Todavia, a noção de aptidão, ou seja, a qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas, não é o único sentido técnico de personalidade.

A personalidade traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas como mera *forma de expressão* da dignidade da pessoa humana ¹⁷.

Confronte-se o direito fundamental reconhecido pelo artigo 5.º da Constituição federal brasileira: "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*".

No Brasil, até a Constituição de 1988, o ordenamento jurídico, de concepção individualista-patrimonialista, fundado no Código Civil de 1916, dava prioridade à proteção dos interesses materiais em detrimento dos interesses existenciais. A Constituição de 1988 inaugurou uma era marcada pela centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais e apresentou-se com força normativa consolidada, podendo ser aplicada de forma direta aos casos concretos¹⁸.

atendendo a que o Direito Português está longe de reconhecer *personalidade jurídica* aos animais, quem é o titular do *direito* no novo (introduzido pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto) Capítulo VI do Código Penal Português que tem a epígrafe "Dos Crimes Contra Animais de Companhia"? Note-se a formulação do artigo 387.º: "*Quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos a um animal de companhia é punido (...)*" e do artigo 388.º: "*Quem, tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia, o abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos (...)*". Nossos enfatizados.

¹⁶ BETIOLI, *Introdução ao Direito*, 2015, p. 220.

¹⁷ Vide TEPEDINO, BARBOSA e MORAES, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, Vol. I, 2012.

¹⁸ Vide PEREIRA, "Dano Moral: A Necessidade de um Novo Conceito, Condizente com o Novo Paradigma Civil Constitucional", *Arquivo Jurídico*, v. 1, n. 1, jul/dez 2011, pp. 271 e ss.

Neste sentido, muito embora para ambos os ordenamentos aqui em confronto – o brasileiro e o português – a personalidade jurídica se inicie com o nascimento completo e com vida e termine com a morte, o ser humano é objeto de proteção legal ainda que não tenha ainda – ou não tenha já – *personalidade jurídica* e, portanto, capacidade de gozo de direitos.

No que respeita ao termo da personalidade jurídica, que não é tema central deste trabalho, sempre se dirá, antes de o deixar de lado, que apesar de a capacidade para ser sujeito de direitos da pessoa natural deixar de existir com a morte, o defunto ainda é *ente humano* e terá como tal de ser respeitado.

Embora já não tenha a possibilidade de adquirir direitos e obrigações e, muito menos, capacidade de os executar por si só, alguns direitos relativos à personalidade jurídica são-lhe ainda reconhecidos, através daquilo que é comum chamar-se, tecnicamente, de *extensão*, visando não só a proteção do ente despersonalizado, mas também, a da sua família, atual (sobreviva) e futura ¹⁹.

No que respeita ao ser humano *ainda não nascido*, mas concebido, que constitui a preocupação central deste trabalho, designado nascituro em ambos os ordenamentos jurídicos em confronto, o ordenamento jurídico português confere-lhe alguma proteção ²⁰, mas (com exceção das limitações legais à licitude da interrupção voluntária da gravidez) esta é *condicional* ou mera *expectativa*, cuja concretização em *direito* está dependente do posterior nascimento completo e com vida.

Tratar-se-ia, portanto, de uma condição inicial ou suspensiva ²¹.

Hoje, da fórmula do artigo 66.º, n.º 2, do Código Civil ("*os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*") e da sua conjugação com o disposto nos artigos 952.º e 2033.º do mesmo diploma parece resultar apenas a

¹⁹ Isto, tanto no ordenamento jurídico português como no brasileiro. *Vide supra*, nota 15.

²⁰ O ordenamento jurídico português também confere alguma proteção ao concepturo, o ser humano que não só não nasceu como não foi sequer ainda concebido – *e.g.*, os direitos sucessórios do concepturo na sucessão voluntária previstos no artigo 1799.º do Código Civil.

²¹ O artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil tem como antecedente histórico o artigo 6.º do Código Civil de 1867 (Código de Seabra), que dispunha do seguinte modo: "*A capacidade judiciária adquire-se 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*". De igual modo, era já admitido que os nascituros recebessem doações (artigo 1479.º) e fossem contemplados em testamento (artigo 1776.º). Enquanto o artigo 6.º do Código Civil de 1867 exigia para efeitos de aquisição da personalidade jurídica o nascimento, o artigo 1479.º do mesmo diploma aludia ao nascimento com vida, do mesmo passo que os artigos 110.º e 1776.º exigiam o nascimento com vida **e com figura humana**. Na época, a doutrina portuguesa considerava que o nascituro já concebido não tinha personalidade jurídica, a qual apenas seria adquirida com o nascimento completo e com vida. Quando o nascituro fosse contemplado em doação ou testamento, os bens ficavam-lhe reservados, na expectativa do respetivo nascimento, sendo adquiridos somente aquando desse momento. *Vide d' ALMEIDA, Da Personalidade Jurídica Dos Nascituros – Uma Análise Dogmática e Jurisprudencial*, 2013.

possibilidade de serem feitas doações aos nascituros, bem como o reconhecimento aos mesmos de capacidade sucessória.

Concretamente, a questão que se coloca é, pois, a de saber se o nascituro goza de personalidade jurídica, com o conseqüente reconhecimento de outros direitos, para além daqueles que estão expressamente previstos na lei.

O ordenamento jurídico brasileiro vai longe do que o luso na proteção ao nascituro²².

Na verdade, uma interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional brasileiro e demais dispositivos infraconstitucionais obriga a concluir que ao ser humano, *desde sua concepção*, devem ser assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de o colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil brasileiro, no artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, sendo certo que *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*²³.

Esta referência legal aos **direitos** do nascituro levou alguma doutrina brasileira a defender a ideia de se atribuir ao nascituro, enquanto detentor apenas de uma perspectiva de direitos, *personalidade jurídica formal* e após o nascimento com vida a *personalidade jurídica material*, alcançando com esta de forma efetiva os seus direitos patrimoniais e obrigacionais²⁴.

²² O Código Civil brasileiro não impõe a forma humana para a aquisição da personalidade. O Código Civil espanhol exige, para a aquisição da personalidade, que o feto tenha figura humana, fixando, ainda, no seu artigo 30, um prazo de vinte e quatro horas de vida, de inteira separação do corpo materno. No direito civil francês e no direito alemão não basta o nascimento com vida, mas é necessário ainda que o indivíduo seja viável, isto é, apto para a vida, e se nascer com vida a sua capacidade remontará a concepção. Para o argentino e o húngaro, a concepção já dá origem à personalidade. Diversamente, no ordenamento brasileiro a viabilidade é a aptidão para a vida, não importando as anomalias e deformidades que apresente.

A exigência de forma humana fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como tantos outros princípios constitucionais que regem a proteção à personalidade do indivíduo. Note-se, porém, que a jurisprudência atual vem caminhando no sentido de modificar tal entendimento legal, como se ver, por exemplo na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Cf. ASFOR, *Do Início da Personalidade Civil*, 2015.

²³ «A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui, entre nós, um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com a nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.» VENOSA, *Direito Civil: Parte Geral*, 2005, p. 153.

²⁴ GONÇALVES é um dos proponentes desta tese. Vide *Direito Civil Brasileiro*, 2006:

Segundo a divisão proposta, a personalidade jurídica formal seria aquela que garante os direitos personalíssimos: o direito à vida, ao nome, a intimidade. Já a personalidade jurídica material seria circunscrita ao direito patrimonial²⁵.

Há ainda quem fale, no Brasil, em *direitos eventuais*²⁶, figura que na essência não difere da tese da *personalidade condicionada* da doutrina tradicional portuguesa, no sentido de que o nascituro não teria personalidade jurídica, já que esta começa do nascimento com vida e que, quando a lei lhe confere proteção, o faz de forma excepcional: o nascituro (e, em casos ainda mais limitados, o concepturo não é pessoa, mas já é sujeito de direito, conquanto sob a condição de que de que venha a ter existência. Se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, não há uma perda ou transmissão de direitos, como sucederia de ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade.

A grande crítica que se faz ao citado posicionamento é o apego a questões patrimoniais e a ausência de resposta ao apelo de direitos da personalidade a favor do nascituro. Numa realidade que prega a personalização do Direito Civil, bem como a sua constitucionalização, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer e os direitos da personalidade, até por encontrarem amparo constitucional, não podem estar sujeitos a qualquer condição, termo ou encargo.

Aliás, embora afirme o contrário, essa linha de entendimento acaba por negar os direitos do nascituro, não reconhecendo a estes direitos efetivos na medida em que a condição suspensiva estabelecida faz nascer apenas direitos eventuais, ou seja, mera expectativa de direitos.

«Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o embrião, concebido in vitro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.»

Cf. ainda DINIZ, *Código Civil Anotado*, 2008, p. 35.

²⁵ Cf., a este propósito, TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, 2009.

²⁶ Cf. MONTEIRO: *Discute-se se o nascituro é pessoa virtual. 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, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade; VENOSA: O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Apud ASTOR, *op. cit.**

Assim, seria correto afirmar que a teoria da personalidade condicionada é essencialmente natalista, porquanto tem como premissa a aquisição da personalidade apenas com o nascimento com vida.

A doutrina francesa encontrou uma solução assente no instituto romano *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur*: considera-se que o nascituro nasceu com vida se houver vantagens ²⁷.

Esta regra está implícita nos artigos 311.º e 725.º do *Code Civil*, no primeiro caso, para a fixação da data da concepção e, no segundo, para a determinação da suas capacidades sucessórias, mas a jurisprudência tem vindo a estender estes princípios a outros casos, nomeadamente, ao problema do dano da morte de que tratam as decisões portuguesa e brasileira que aqui confrontaremos ²⁸.

Propôs-se, recordemos, a propósito desta querela que preocupa quer a doutrina quer a jurisprudência de ambos os ordenamentos jurídicos que aqui comparamos, o cotejo direto entre a jurisprudência dos dois países irmãos, utilizando-se como exemplos o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no recurso especial nº 399.028 - sp (2001/0147319-0), publicado a 23.06.2003, e o proferido Supremo Tribunal de Justiça português a 03.04.2014, no processo 436/07.6TBVRL.P1.S1, 2ª Seção.

Em ambos estava em causa uma indemnização por responsabilidade civil por morte a favor de um nascituro, discutindo-se entre outras questões, a respetiva personalidade e capacidade jurídicas.

No primeiro dos aludidos arestos o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro entendeu que o nascituro também tem direito a uma indemnização por danos morais em consequência da morte do pai, embora a circunstância de não o ter conhecido em vida tenha influência na fixação do *quantum*.

O acórdão em causa aderiu à tese que no Brasil há muito vem ganhando terreno, segundo a qual o nascituro é de facto **pessoa humana**, titular de direitos resguardados pela lei ^{29, 30}.

²⁷ Vide, para maiores desenvolvimentos, LALOU, *Etude de la maxime Infans conceptus pro nato habetur en droit français*, 1903-1904, e LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, 1994.

²⁸ Nomeadamente, a *Cour de Cassation* aplicou o princípio *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus* quando decidiu que "*si les conditions d'application du contrat d'assurance décès doivent être appréciées au moment de la réalisation du risque, la détermination des enfants à charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt*" (1ère Chambre, 10.12.1985, 84-14328, www.legifrance.fr).

²⁹ Encontramos no ordenamento jurídico brasileiro variados exemplos: o direito a alimentos previsto na Lei 11.804/2008, que confere às mulheres grávidas o direito aos alimentos denominados gravídicos, conforme dispõe o art. 2º da lei (sendo certo que os alimentos fixados à gestante somente serão convertidos em pensão alimentícia em benefício do menor após a ocorrência do seu nascimento com vida); o direito à curatela do nascituro do art.

O nascimento com vida não será, dessa forma, o marco inicial para o alcance dos direitos patrimoniais. Apenas os consolida, na medida em que passa a se tornar perfeita a possibilidade de defendê-los.

Quanto aos direitos da personalidade referentes à vida, à integridade física, à honra e à imagem, estes serão atributos ao nascituro desde o momento da sua concepção, razão pela qual deve ser protegido, designadamente pela figura da responsabilidade e da consequente possibilidade de indemnização pelos danos que lhes sejam causados *in utero* e durante o parto.

Esta teoria é agora dominante entre os autores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro³¹, que reconhecem direitos efetivos ao nascituro desde o momento da sua concepção.

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto.

1.779 do CC: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”; o art. 1.609, § único, do CC, relativo ao reconhecimento da paternidade antes mesmo do nascimento; o art. 542 do CC: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”; o art. 1.798 do CC: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

³⁰ A principal precursora da tese concepcionista no Brasil foi CHINELLATO:

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

³¹ A ela aderiram, entre outros, LIMONGI TARTUCE e DINIZ. Os citados autores apontam que a origem da teoria concepcionista está no Esboço de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do artigo 1º da sua Consolidação das Leis Civis, o qual aduz que “as pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”. Tal ensinamento influenciou de maneira notória o Código Civil argentino, o qual adota expressamente o pensamento concepcionista. A tese concepcionista relata a preocupação atual com relação à efetividade dos direitos do nascituro. É notório que o ordenamento jurídico brasileiro abrange vários dispositivos que conferem direitos aos concebidos e ainda não nascidos, como por exemplo a citada Lei dos Alimentos Gravídicos que foi responsável pelo reforço do debate entre o momento de aquisição dos direitos da personalidade, confrontando as teorias aqui apontadas.

Acerca da referida lei, TARTUCE – *op. cit.* - sustenta que os alimentos gravídicos, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere como pertinentes. *Vide também ASFOR, op. cit.*

Assim o demonstra a biologia: o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe.

Aos olhos da teoria concepcionista, os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde, espécies do género *direito à integridade física (lato sensu)*, não dependem do nascimento com vida, mas devem ser resguardados desde o início da vida intrauterina, tendo em conta que é esse o momento de início da vida humana.

A despeito da redação aparentemente contraditória do artigo 2º do Código Civil brasileiro, que, estabelecendo o início da personalidade civil do nascimento com vida, concede direitos e não expectativas de direitos do nascituro, é possível conciliá-lo consigo mesmo e com todo o sistema acolhido pelo Código, que reconhece direitos ao nascituro desde a concepção, em harmonia com os diplomas legais de outros ramos do Direito.

Com tais argumentos, CHINELLATO entende que, através dos métodos lógico e sistemático ³² de hermenêutica, o artigo 2.º do Código Civil brasileiro consagra na verdade a teoria concepcionista e não a teoria natalista ³³.

Refutada estaria, pois, a ideia de que a personalidade do nascituro é condicional. Apenas determinados efeitos de certos direitos, designadamente, dos direitos patrimoniais materiais, como à herança e à doação, dependem do nascimento com vida.

Assim, ao contrário do que afirma o pensamento da personalidade condicionada, verifica-se que a plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida, ou seja, o nascimento com

³² Tendo em conta que os demais ramos do Direito oferecem tutela jurídica de proteção ao nascituro. Ver *supra nota 28*, à qual se acrescenta que o Direito do Trabalho, bem como o Direito Administrativo, conferem toda a proteção à trabalhadora e à servidora gestante, direitos os quais são, também, constitucionalmente assegurados, como se pode observar a partir dos artigos 5º, *caput*, e XXXVIII e 6º, *caput* e XVIII. O Direito Penal, na mesma esteira, em regra, pune o aborto, protegendo o direito à vida do feto. A ação de posse em nome do nascituro, medida cautelar acolhida pelo Código de Processo Civil é outro exemplo de efetivação da tutela jurídica de proteção aos direitos do nascituro.

³³ E especifica direitos dos quais o nascituro é titular desde o momento da sua concepção, fundamentando, assim, a sua tese concepcionista: O nascituro é pessoa desde a concepção. Nem todos os direitos e estados a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como, por exemplo: o estado de filho (art. 458 do CC) – antes da Constituição de 1988 tinha o *status* de filho “legítimo” (art. 338 do CC) e de filho “legitimado” (art. 353 do CC) –, o citado direito à curatela (arts. 458 e 462 do CC) e à representação (art. 462 *caput* c/c arts. 384, V e 385, todos do CC), o direito ao reconhecimento (parágrafo único do art. 357 do CC e parágrafo único do art. 26 do ECA), o de ser adotado (art. 372 do CC), o direito à vida, o direito à integridade física (*lato sensu*), ambos direitos da personalidade, compreendendo-se, no último, o direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde – direitos absolutos – e o direito a alimentos, reconhecido ao nascituro desde o Direito Romano, respaldado no Brasil por expressiva doutrina e novos acórdãos. Cf. CHINELLATO, *Tutela Civil do Nascituro*.

vida não é condição suspensiva para a titularidade dos direitos da personalidade do nascituro. Haverá, antes, uma condição resolutiva, o nascimento *sem vida*, que, ocorrida, impossibilitará o exercício desses direitos.

A condição do nascimento *sem vida* será resolutiva porque a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, a par de outros dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, reconhece direitos e estados ao nascituro, a partir da concepção. Tais direitos só se configurariam impossíveis de exercício se a criança nascesse sem vida, facto que extingue tais direitos e, se estes extinguem, é porque já existiam desde o início da vida intrauterina.

Em Portugal, a citada decisão Supremo Tribunal de Justiça português tomou posição no sentido de que o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional³⁴.

³⁴ O texto integral está disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>.

Reproduzimos aqui o sumário da decisão, na parte pertinente:

«I - *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, respetivamente, 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.*

I - *O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, 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 intrauterina 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 Ewald Hörster, 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 atos 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*

A decisão é pioneira ³⁵ e contrariou em certa medida a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, em decisão de 02.02.2004, em processo no qual estava em causa a interpretação do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendeu que "(...) não é desejável, nem mesmo possível atualmente responder em abstrato à questão de saber se a criança por nascer é uma pessoa" ³⁶.

No caso português, a autora em alegações de recurso invocara em sua defesa que o artigo 26.º da Constituição, reconhecendo a todos o direito à identidade pessoal, não estaria a ser cumprido, se se interpretasse o artigo 496º do CC de uma forma discriminativa e limitativa, atribuindo o direito de indemnização por danos não patrimoniais aos filhos que já tenham nascido e não reconhecendo esse mesmo direito a quem esteja apenas concebido (nem que seja com um dia ou meras horas

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 17022009, proc. n.º 08A2124).».

³⁵ Em sentido contrário, veja-se, por exemplo, o Acórdão do STJ de 09.10.2008, disponível em www.dgsi.pt, que afirmou, no Proc. 07B4692, no qual se discutia o direito à indemnização por perda de um filho não nascido, em consequência de uma acidente, que: "(...) III - Numa sociedade pluralista, multicultural e constitucionalmente agnóstica, não é possível adotar um conceito de dignidade humana, de origem metafísica, segundo o qual o ser humano tem uma essência espiritual presente desde o momento da concepção. IV - O artº 66º nº 1 do C. Civil, ao atribuir a personalidade jurídica, apenas ao nascido com vida, não é incompatível com o artº 24º nº 1 da Constituição, quando diz que a vida humana é inviolável, uma vez que o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa.". Vide ainda, entre outros, os acórdãos do STJ, de 21-09-2006, no processo n.º 06P1575, disponível em www.dgsi.pt, e de 25-05-1985, publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência 3795 185, de 17-02-2009, no processo n.º 08A2124, também disponível em www.dgsi.pt, o acórdão da Relação de Coimbra, de 27-09-1988, e o acórdão da Relação do Porto, de 13-04-1989 (ARAGÃO SEIA), no processo n.º 0023761, in CJ 1989, t. II, pp. 221 e ss.: "os nascituros não têm direito a indemnização por danos morais próprios, mas poderão vir a tê-lo como herdeiros, pela perda do direito à vida do de cujus". Dito doutro modo, a lei apenas reconhece expressamente aos nascituros a respetiva capacidade sucessória, pelo que se os danos não patrimoniais da vítima mortal se transmitirem por essa via, sempre o nascituro poderá receber a indemnização como seu sucessor.

³⁶ Com esta justificação:

«No plano europeu, o Tribunal observa que a questão da natureza e do estatuto do embrião e/ou do feto, não é objeto dum consenso apesar de se verem surgir elementos de proteção deste/destes, a propósito dos progressos científicos e das consequências futuras da pesquisa sobre as manipulações genéticas, as procriações medicamente assistidas ou das experiências com o embrião. No máximo, pode-se encontrar como denominador comum dos Estados a pertença à espécie humana. É a potencialidade deste ser e a sua capacidade em tornar-se uma pessoa, a qual é aliás protegida pelo direito civil em grande número de Estados, como em França, em matéria de sucessões ou de liberalidades, mas também no Reino Unido, que devem ser protegidas, em nome da dignidade humana, sem para isso criar uma pessoa que teria um direito à vida, no sentido no artigo 2.º.».

de diferença) ainda que comungando da mesma fonte de identidade ou genética da personalidade progenitora.

Arguiu, bem assim, que uma tal limitação violaria também o direito constitucional da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Lei Fundamental portuguesa, mercê da posição desigual em que ficariam colocados os descendentes no mesmo grau do mesmo progenitor, relativamente ao enunciado direito, sendo certo que tanto um como outro provêm das mesmas pessoas.

Dando razão a esta ideia, a de que a identidade física do filho nascido é a mesma do filho nascituro enquanto encerrado no ventre materno e é desenvolvida de forma contínua e ininterrupta desde a concepção, a decisão portuguesa aderiu à melhor - ainda que minoritária - doutrina portuguesa, particularmente de CAMPOS³⁷, mas também de OTERO³⁸, CORDEIRO³⁹ e ASCENSÃO⁴⁰, entre outros^{41, 42}, que

³⁷ Para quem "à vida humana corresponde uma pessoa humana, pois pessoa é, nuclearmente, uma vida. Cada pessoa humana é uma pessoa jurídica, um titular de direitos e de deveres, uma sede de valores". Pelo que "o ser humano concebido não é menos pessoa que o já nascido", que "assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana - na concepção", pelo que "as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento estão (...) gastas e ultrapassadas" - cf. "O Estatuto Jurídico do Nascituro", in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - Nova Fase*, n.º 5, 1999, Belo Horizonte, p. 219/226).

Ainda, " [...] o direito à vida («naturalmente» desde a concepção) está consagrado na Constituição da República, no número 1 do artigo 24.º. Ora, o direito à vida é um direito «ao respeito» da vida perante as outras pessoas. É um direito «excludendi alios» e, só nesta medida, é um direito. É um direito a exigir um comportamento negativo dos outros. Atentar contra o direito ao respeito pela vida produz um dano superior a qualquer outro no plano dos interesses da ordem jurídica, qual seja o da morte." cf. "Lições de Direitos da Personalidade", Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 162.

Vide ainda do Autor "O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica", in *Revista Doutrinária*, Ano 5, n.º 5, 2002, pp. 111 e ss., e "A Vida, a Morte e a sua Indemnização", BMJ 365, pp. 5 e ss.

³⁸ Cf. OTERO, "Pessoa Humana e Constituição (Contributo para uma concepção Personalista do Direito Constitucional)." In *Pessoa Humana e Direito*, p. 361:

«Em termos constitucionais, a noção de pessoa humana identifica-se com o conceito de ser humano: todo o ser humano é pessoa. Assim, pessoa humana não é apenas o ser humano dotado de personalidade jurídica, segundo os termos tradicionalmente definidos pela legislação civil, antes compreende toda a individualidade biológica que é possuidora de um genoma humano, isto independentemente de ser juridicamente qualificada pelo direito positivo como pessoa».

³⁹ In *Tratado de Direito Civil Português*, pp. 321 e ss., CORDEIRO vai ao ponto de afirmar que o reconhecimento do direito à vida do nascituro é praticamente pacífico, atenta a consagração expressa da inviolabilidade da vida humana de acordo com o preceituado no artigo 24.º da Constituição, disposição que constitui precisamente a base jurídico-positiva do aludido direito. Segundo o Autor, o artigo 66.º do Código Civil padece de demasiadas anomalias para dele se retirar, em definitivo, um comando sobre o início da personalidade.

⁴⁰ ASCENSÃO, "A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos", in *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 109: "se é o genoma que caracteriza o corpo, logo que ocorre a

vinha rejeitando as teoria natalistas e a dos direitos condicionados ou eventuais ⁴³ e chamando a atenção para o facto de a ordem jurídica não poder negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos.

Como explica CAMPOS ⁴⁴, "*A personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muito jovens, muito idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para a sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos esses «seres humanos o são», são pessoas. E que todos os cuidados e meios devem ser colocados ao seu serviço.*".

A favor desta tese encontramos no ordenamento jurídico luso, como no brasileiro ⁴⁵, numerosos exemplos.

Desdou logo, como supra expusemos, no texto constitucional encontramos esta distinção clara entre *pessoa* e *vida humana*.

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

O art.º 1878º Código Civil, ao tratar da matéria das responsabilidades parentais, declara que incumbe aos pais a representação legal dos filhos "*ainda que nascituros*".

singamia ou fusão dos núcleos há um corpo humano. Porque o embrião tem logo definitivamente um genoma diferente do da mãe".

⁴¹ Como VASCONCELOS, que a esse propósito reviu a sua posição: "*Na primeira edição da nossa Teoria Geral do Direito Civil, sustentámos a construção tradicional que nega aos nascituros a personalidade jurídica. A natureza ôntica e eticamente humana do nascituro obrigou-nos a rever essa posição*" – cf. Direitos de Personalidade, 2006, p. 115.

⁴² Ainda SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, pp. 157-158. Vide ainda *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012.

«Sendo a vida humana um processo moldado numa certa natureza, importa ter presente que na caracterização da natureza humana, em si mesma, não será decisivo o grau da sua evolução mas a sua estrutura e dinâmica. Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora dependente da mãe.».

⁴³ Podemos considerar que se inserem aqui PINTO, MENDES, FERNANDES, MARQUES, LIMA/VARELA, TELLES, CANOTILHO/ MOREIRA, CUNHA e HÖRSTER, que, sensíveis ao teor literal do artigo 66.º negam a personalidade jurídica ao nascituro, propugnando que somente quando venha a nascer com vida pode adquirir direitos, v.g. os direitos atribuídos, antes do nascimento, por herança ou por doação expressamente previstos na lei. Vide, para maiores desenvolvimentos sobre a posição de cada um destes Autores e as razões invocadas, D'ALMEIDA, *op. cit.*

⁴⁴ "A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista)", *in Pessoa Humana e Direito*, 2009, pág. 51.

⁴⁵ Vide supra notas 28, 31 e 32.

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

Em conclusão, entendemos que a melhor doutrina é aquela que reconhece ao nascituro *humanidade* e o trata em conformidade, de acordo com o princípio da igualdade na formulação da Declaração Universal dos Direitos do Homem: todo o *ser humano* é igual.

O Direito está naturalmente vinculado a esta ideia, que se lhe sobrepõe, de dignidade e igualdade do ser humano, e a construção técnico-jurídica da personalidade não pode ser entendida como limitação desta realidade.

O reconhecimento da qualidade de pessoa humana está, pois, como de resto afirmou peremptoriamente o aresto português que *supra* analisamos, fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

É nossa convicção que *cada vida humana é um contínuo que começa na concepção e avança por etapas até à morte. A ciência dá nomes diferentes para essas etapas, incluindo zigoto, blastocisto, embrião, feto, bebé, criança, adolescente e adulto. Isto não altera o consenso científico de que, em todos os pontos do seu desenvolvimento, cada indivíduo é um membro vivo da espécie humana*⁴⁶.

Por conseguinte, qualquer que seja a formulação técnica que se adote, entendemos que a única interpretação dos direitos fundamentais conforme à Declaração Universal dos Direitos do Homem é aquela que reconhece ao nascituro direitos de personalidade *atuais*, merecedores de proteção independentemente do seu estado de gestação e do posterior nascimento completo e com vida.

II. Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. "A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos." *Revista da Ordem dos Advogados* 2008.

ASFOR, Ana Paula. "Do Início da Personalidade Civil." s.d. *Jus Navigandi*. 08 de 2015. <<http://jus.com.br/artigos/24650/do-inicio-da-personalidade-civil>>.

BETIOLI, António Bento. *Introdução ao Direito*. S. Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais." *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais – 2ª parte*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. *in Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - Nova Fase* 1999: 219/226.

⁴⁶ Vide o artigo 2.º d' *A Declaração de S. José*, disponível em www.senhordosocorro.org, acedido em 08.10.2015.

- CAMPOS, Diogo Leite de. "A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista)." AAVV. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- "A Vida, a Morte e a sua Indemnização." *Boletim do Ministério da Justiça* 365.
- "Lições de Direitos da Personalidade." *Separata do vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1990, 2.^a ed., 1995 ed.
- "O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica." *Revista Doutrinária* 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trans. Ingo Wolfgang SARLET e Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Vital Martins MOREIRA. *Constituição República Portuguesa Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*. 4.^a Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. II vols.
- CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado*. 3.^a Ed. S. Paulo: Manole, 2010.
- "Estatuto Jurídico do Nascituro: O Direito Brasileiro." *Questões Controvertidas* (2007).
- "Tutela Civil do Nascituro." 02 de 05 de 2001. *Saraiva Jur.* Ed. Saraiva. 09 de 2015. <www.saraivajur.com.br>.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.^a Reimpressão da 3.^a Edição de Março/2005 (Aumentada e inteiramente revista). Coimbra: Almedina, 2011.
- CUNHA JUNIÓR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 9a ed.: Rev., amp. e atualizada. Jus Podivm, 2015.
- d'ALMEIDA, Rita Guimarães Fialho. "Da Personalidade Jurídica Dos Nascituros – Uma Análise Dogmática e Jurisprudencial." 04 de 06 de 2013. *Jus Jornal*. 06 de 10 de 2015. <<http://jusjornal.wolterskluwer.pt>>.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13.^a. S. Paulo: Saraiva, 2008.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5.^a. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica, 2010. II vols.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. S. Paulo: Saraiva, 2006.
- KANT, Immanuel e Jon M. (Trad.). MIKKELSEN. *Of the Different Human Races (1777)*. Nova Iorque: State University of New York Press, 2013. <http://download14.docslide.net/uploads/check_up14/362015/55cf85cf550346484b919394.pdf>.
- KANT, Immanuel e Paulo (Trad.). QUINTELA. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Edições 70, 2014.
- LALOU, René. *Etude de la maxime Infans conceptus pro nato habetur en droit français*. Paris: Université de Paris. Faculté de droit, Thèse Droit, 1903-1904.

- LEFEBVRE-TEILLARD, Anne. "Infans conceptus. Existence physique et existence juridique." *Revue historique de droit français et étranger*, t. 72 1994: p. 499-525 .
- LIMONGI, Rubens França. *Instituições de Direito Civil. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999. 5.ª Ed. S. Paulo: Saraiva, 1999.*
- MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de Direito Civil. Parte Geral. 30.ª. S. Paulo, 1991.*
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional. S. Paulo: Atlas, 2003.*
- OTERO, Paulo. "Pessoa Humana e Constituição (Contributo para uma concepção Personalista do Direito Constitucional)." AAVV. *Pessoa Humana e Direito. Coimbra: Almedina, 2009.*
- PEREIRA, Clarisse de Cerqueira. "Arquivo Jurídico, v. 1, n. 1, jul/dez 2011." *Arquivo Jurídico jul/dez 2011 de Arquivo Jurídico, v. 1, n. 1, : 271 e ss.*
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. 38.ª. S. Paulo: Malheiros, 2015.*
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais. Salvador: Jus Podivm, 2008.*
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, s.d.*
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. 5.ª Ed. S. Paulo: Método, 2009.*
— . *Manual de Direito Civil. 5.ª. Método, 2015.*
- TEPEDINO, Gustavo, Heloisa
ral. S. Helena BARBOSA e Maria Celina Bodin de MORAES. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpressão da edição de 2006).*
— . *Teoria Geral do Direito Civil. 7.ª. Coimbra: Almedina, 2012.*
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Ge Paulo: Atlas, 2005.*