

ATRIBUIÇÃO DE DIGNIDADE AO NASCITURO: UM NOVO OLHAR SOBRE A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL

**ATTRIBUTION OF DIGNITY THE UNBORN: A NEW LOOK AT THE ACQUISITION
OF CIVIL PERSONALITY**

Régis Luiz Jordão de Alcântara¹

Ramiro Gonçalves Sales²

RESUMO

O momento da aquisição da personalidade civil é tema sobre o qual não há um entendimento unânime na doutrina. A proteção dos direitos do nascituro, com isso, quando realizada, é feita com reservas e de forma contraditória no emprego das teorias. E isso é problemático diante da insegurança jurídica que gera. A Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana tanto a fundamento do Estado Democrático de Direito quanto a princípio constitucional, irradiando-se, inclusive, na interpretação de institutos do direito privado. Não obstante, remanesce a restrição da atribuição de personalidade ao nascituro, sob o argumento de que o nascimento com vida é condição para se adquirir a personalidade. Propõe-se, a par disso, um novo olhar sobre a teoria concepcionista e a compatibilização de sua aplicação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES

ATRIBUIÇÃO; DIGNIDADE; PERSONALIDADE; NASCITURO.

ABSTRACT

The timing of the acquisition of legal personality is a subject on which there is not an unanimous opinion in doctrine. The protection of the rights of the unborn child, with that,

¹Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA), Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

²Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

when performed, is done so with reservations and contradictory when theories are applied . And that is problematic in the face of legal uncertainty it generates. The Federal Constitution of 1988 lifted the dignity of the human person both the foundation of a democratic state as a constitutional principle, spreading even in the interpretation of private law institutes. Nevertheless, it remains the restriction of assigning personality to the unborn child, arguing that the live birth is a condition for acquiring the personality. It is proposed, the addition, a new look at the conceptionist theory and its compatibility of your application with the principle of human dignity.

KEYWORDS

ATTRIBUTE; DIGNITY; PERSONALY; UNBORN CHILD.

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O *status* do nascituro é discussão perene nos corredores dos tribunais e nas salas de aula das universidades. De há muito os cientistas jurídicos debruçam-se sobre o tema de modo a deixá-lo à sombra do ordenamento ou à reboque de seu resguardo³. A cada nova decisão o conceito e a dimensão do compromisso jurídico sobre ele ganha novos contornos, nada obstando se constatar um processo dialético na sua compreensão⁴.

O advento da Constituição de 88 oxigenou os pulmões dos debatedores com o ar da dignidade da pessoa humana. Os desencontros civilistas a respeito de seus institutos adquiriram uma conotação constitucional, através do processo gradual da constitucionalização do Direito Privado. A grandiloquência do marco reside em três características do constitucionalismo contemporâneo: normatividade, superioridade e centralidade da constituição (BARCELLOS, 2006)⁵.

³ Refere-se as teorias civilistas sobre a aquisição da personalidade civil. A teoria concepcionista, que alentaria o nascituro, pondo-o sob a proteção do ordenamento jurídico; teoria natalista, que repudiara o nascituro, pondo-o à margem do ordenamento; teoria da personalidade condicionada, segundo a qual o nascituro teria direitos em potencial cuja consecução dar-se-ia sob a condição de nascer com vida. Assunto para qual se reservará tópico específico.

⁴ Carolina Sátiro de Holanda (2009, p. 85), versando sobre o processo dialético como meio através do qual a ciência progride de modo a superar seus erros, arremata: “as teorias são imprescindíveis para o progresso da humanidade e da própria ciência, isso porque existe uma sucessão de teorias: teorias melhores e mais amplas tomando o lugar de teorias menos amplas e menos testáveis. Nessa cadeia de teorias, é inevitável e, até mesmo, essencial o erro [...]”.

⁵ A *normatividade* consistiria no reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade. A *superioridade* diz respeito à rigidez da constituição de 88, ou seja, depende de um processo legislativo mais complexo do que o utilizado para a edição de leis infraconstitucionais para que seja

O incremento da legislação infraconstitucional também contribuiu para estreitar a distância entre o Direito Constitucional e o Direito Civil. Os direitos de personalidade, positivados a partir do Código Civil de 2002, enriqueceram a discussão sobre sua concessão e ampliaram o rol de direitos atribuíveis ao nascituro à luz do princípio da dignidade humana. Soma-se, ainda, nesta perspectiva e sem a intenção de esgotá-la, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), Pacto San José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº. 678/92) e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto nº. 99.710/90).

Os juízes, imbuídos do primado da força normativa da constituição⁶, interpretam a legislação sob um enfoque constitucional. Ato do qual se deve desincumbir, sob pena de se manter uma proposta judicial baseada em uma visão patrimonialista das relações privadas. E, assim, vem se pronunciado o Judiciário.

Registre-se, desde já, a despreensão da pesquisa, a fim de evitar falsas expectativas. Não se discutirá a questão de qual a melhor teoria acerca da aquisição da personalidade civil. E, muito menos, examinar-se-á e se levará a cabo o debate sobre o marco do início da vida. Com efeito, afastar-se-á de conjecturas científicas outras e se estreitará os laços de elementos jurídicos hábeis a robustecer a dogmática jurídica⁷.

AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL: OS CIVILISTAS EM BUSCA DE RESPOSTAS AO PARADOXO DO ART.2º DO CÓDIGO CIVIL E A PREDILEÇÃO PELA TEORIA CONCEPCIONISTA

alterada. E, por fim, a *centralidade* em razão de os demais ramos do Direito serem compreendidos e interpretados à luz das normas constitucionais (2006, p. 32).

⁶Konrad Hesse (1991, p. 19) defende a força normativa da constituição através da atuação conjunta não só da vontade de poder ao se aplicar as normas constitucionais, como também a vontade constituição: “A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar a ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)”.

⁷Objetiva-se se furtar, portanto, de um amplo dissenso sobre o tema, mantendo-o sob o domínio da racionalidade ao se construir argumentos e se concluir proposições. Neste sentido, Robert Alexy (2008, p.29): “[...] a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada ao cabo por meios racionais”. Demais disso, abstrai-se outros domínios do conhecimento para a obtenção dos resultados, atendo-se a pureza do Direito, conforme propõe Hans Kelsen (2006, p. 1): “Quando a si própria se designa “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”.

Personalidade é a atribuição concedida a um ente para torná-lo sujeito de direito. É atributo através do qual se separa o homem dos animais e objetos. Entes despidos de personalidade não são tratados pelo “quem”, e sim pelo “que”.

A discussão acerca do início da personalidade civil não começou hoje nem ontem. De há muito a doutrina sustenta um embate. Nada comparável a guerra de 100 anos entre a França e a Inglaterra durante o século XIV e o século XV, mas próximo a isso. O debate já existia desde o Código Civil de 1916, saindo de um território e adentrando em outro, Código Civil de 2002. A perenidade do dissenso doutrinário reside no “paradoxo” aquando, em um balançar de olhos, confronta-se a 1ª parte com a 2ª parte do art.2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Exclui-se a personalidade do nascituro na 1ª parte vírgula concede-a na 2ª parte.

Uma questão prévia antes de adentrarmos nas correntes de pensamento. Os direitos do nascituro, que faz alusão a 2ª parte do artigo, não são taxativos. Se assim fosse não faria sentido a previsão, pelo simples fato de os artigos que asseguram determinados direitos ao nascituro existirem independentemente do art.2º⁸ (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, 2006).

Volvendo para as correntes de pensamento, a doutrina triparte-se em relação à aquisição da personalidade civil: I) teoria natalista: defende a inexistência de personalidade antes do nascimento com vida. Nascendo, adquire-se personalidade, a vida é considerada independentemente de sua viabilidade ou da forma humana. II) teoria da personalidade condicional: a personalidade existe desde a concepção, sob a condição de nascer com vida (condição suspensiva). III) teoria concepcionista: o nascituro tem personalidade jurídica.

Os partidários da teoria natalista, predominante, guiam-se pela literalidade do dispositivo: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida [...]”. Quanto à segunda parte: “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. São eles: os direitos de personalidade sem conteúdo patrimonial, tais como direito

⁸ Os direitos do nascituro estão dispostos ao longo de todo o Código Civil. São eles: doação (Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal); reconhecimento como filho (Art. 1.609, parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes); curatela (art.1.779: Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar); vocação hereditária (art. 1.798: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão).

à vida, a uma gestação saudável e ao nome, afora os demais previstos no Código Civil. Embora se reconheça os direitos de personalidade ao nascituro, não o admitem como pessoa. A diferença entre uns e outros doutrinadores reside apenas no reconhecimento doutros direitos ao nascituro senão os previstos do Código Civil. Falha: admite-se direitos a entes despersonalizados⁹.

A teoria da personalidade condicionada, por sua vez, pauta-se no condicionamento para aquisição e exercício de direitos ao nascimento com vida. O nascituro seria um sujeito de direito em potencial. Trata-se de um aperfeiçoamento da teoria natalista. Se a personalidade somente se perfaz pelo nascimento com vida, o nascituro se restringe a um expectador de seus direitos. Falha: equivalente a da teoria natalista, admissão de direitos a entes despersonalizados.

A teoria concepcionista, por fim, toma o nascituro como sujeito de direito. Demonstra-se o argumento mediante silogismo: 1ª premissa: O exercício de um direito impõe prévia capacidade jurídica. 2ª premissa: Capacidade pressupõe personalidade. Conclusão: o nascituro é pessoa por ser capaz de ter direitos e contrair obrigações. O enunciado não deixa dúvidas acerca de o nascituro ter direitos, motivo pelo qual não se pode afirmar que não existe titular de direitos sem personalidade jurídica. Isto redundaria em uma contradição intransponível do Código.

Reputa-se a importância de três outros fundamentos: I) mais um doutrinário, no aprimoramento da teoria pela Maria Helena Diniz ; II) jurisprudencial, nas deduções do Enunciado nº.1 da I Jornada de Direito Civil e III) legal, na salvaguarda do nascituro nas leis e atos normativos seguintes: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90); Pacto San Jose da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº. 678/92), Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto nº. 99.710/90) e o Código Penal (Decreto-lei nº. 2.448/40) e Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/66).

Maria Helena Diniz (2011) divide a personalidade em duas: personalidade formal e personalidade material. O nascituro gozaria da primeira. Ser-lhe-ia garantido os direitos de personalidade, a exemplo do nome, gestação saudável, imagem e sepultura. O neonato, a seu

⁹ Expressão utilizada por Fábio Ulhôa (2010).

turno, usufruiria da segunda. Ser-lhe-ia concedido os direitos patrimoniais e obrigacionais, a exemplo da doação, herança, indenização por dano moral¹⁰.

O Enunciado nº. 1 da I Jornada de Direito Civil prevê o seguinte: “ a proteção que o código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem e sepultura¹¹”. Três comentários em prol da teoria concepcionista: o primeiro forçoso, o segundo de reforço e o terceiro de irrestringibilidade. Explica-se: I) Forçoso: o nascituro possui direitos de personalidade; II) a concessão de direitos prescinde do nascimento com vida; III) os direitos de personalidade não são taxativos.

A legislação esparsa estabelece em seu texto disposições cuja composição se harmoniza com a teoria concepcionista e cujo comentário se faz prescindível. Eis-las: art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90): “É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”. Item 1 do art.4º do Pacto San José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº. 678/92): “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto nº. 99.710/90): “Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

Soma-se a isso a criminalização do infanticídio (art.123) e do aborto (art.124) pelo Código Penal, cujo título no qual o delito se encontra etiquetado é denominado: “dos crimes contra a pessoa”. E a possibilidade de o nascituro ser, além de detentor de direitos, cumpridor

¹⁰ Não se deduz do último exemplo, entretanto, a impossibilidade de o nascituro ser beneficiado por indenização decorrente de dano moral. É-lhe conferida capacidade de direito, mas não de exercício, motivo pelo qual os seus representantes fazem suas vezes. Neste sentido, Maria Helena Diniz (2009, p. 130): “O nascituro tem *capacidade de direito*, mas não de exercício, devendo seus pais ou, na incapacidade ou impossibilidade deles, o curador ao ventre ou ao nascituro zelar pelos seus interesses, tomando medidas processuais em seu favor, administrando os bens que irão pertencer-lhe, se nascer com vida, defendendo em seu nome a posse, resguardando sua parte na herança, aceitando doações ou pondo a salvo as suas expectativas de direito. O fato de os direitos de personalidade ter cunho não patrimonial não elide o nascituro da possibilidade de fundamentarem ações de responsabilidade civil. Neste sentido, Silvio Romero Beltrão (2005, p.29): “[...] ao contrário do que perdurou por bastante tempo em nossa ordem jurídica, os bens de personalidade possuem uma correlação imediata com o interesse econômico, em que, diante da evolução social e correspondente disposição constitucional e civil, há um reflexo patrimonial nos direitos da personalidade [...]”.

¹¹ O enunciado vai ao encontro de prática que passou a ser adotada pelo Estado de Bremen na Alemanha em que os fetos são tratados com seres humanos dignos de sepultamento, conforme notícia Jürgen Habermas (2010, p.51): “Recentemente falou-se de uma alteração da lei de inumações do Estado de Bremen. Ela se refere aos natimortos, à morte de crianças prematuras, bem como aos abortos clínicos, e exige que se mantenha o devido respeito pela vida perdida, mesmo no trato com os fetos [...]”.

de deveres. O inciso I do art.126 do Código Tributário Nacional sujeita o nascituro à obrigação tributária, uma vez presente fato gerador: “a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil das pessoas naturais”¹².

Conclui-se que: Em termos “práticos”, a teoria natalista é a melhor, sem dúvida (BEVILACQUA, 1938). Em coerência, sustentação técnica e noção sistêmica do ordenamento é a pior, não há dúvida.

A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 2º SOBRE UM NOVO ENFOQUE

Pretende-se a apresentação de uma nova forma de se interpretar o dispositivo, não suscitadas pelos doutrinadores consultados¹³. Ressalva-se a ausência de contorcionismos, subterfúgios ou sofisticações no raciocínio realizado. Sua singularidade, ao revés, resulta da clareza, naturalidade e completude na exposição das razões e na conexão entre elas.

Dividir-se-á a construção em dois blocos para melhor elucidação do fim para o qual se propõe: I) reflexão da 1ª parte do art.2º; II) reflexão da 2ª parte do art.2º. Após, reconectando-as, concluir-se-á a proposição.

A primeira parte do artigo dispõe que: “A personalidade da pessoa começa do nascimento com vida [...]”. Ao legislador afirmar isso, assume a precedência da atribuição de pessoa antes do nascimento. Para tanto, basta se retirar o complemento nominal “da pessoa” para visualizar a mudança de interpretação: “a personalidade começa do nascimento com vida”. Se o nascimento é fato jurídico a partir do qual se adquire personalidade, ou seja, torna-se pessoa para a Ciência Jurídica, prescindível seria a expressão “da pessoa”. Se assim o fez o legislador, é forçoso o reconhecimento de pessoa antes do nascimento com vida; caso contrário, haveria redundância no dispositivo legal, hipótese inadmissível, em apego a boa

¹² Em respeito ao princípio *pecunia non olet* (o dinheiro não tem cheiro) do Direito Tributário, os nascituros possuem a obrigação de pagar tributos, a exemplo do pagamento de Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) uma vez donatário.

¹³ A construção interpretativa do dispositivo desenvolvida pela doutrina se restringe a apresentar pontos e contrapontos existentes entre as teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicionada. Examinou-se as principais e mais recentes obras de Direito Civil. Teoria Natalista: Fábio Ulhôa (2010) Sílvio Salvo Venosa (2011); Caio Mário da Silva Pereira (2011), Sílvio Rodrigues (2008), Pontes de Miranda (1984). Teoria da Personalidade Condicionada: Arnoldo Wald (2010), Washington Barros de Monteiro (2011). Concepcionista: César Fiúza (2011), Maria Helena Diniz (2011), Flávio Tartuce (2011), Carlos Roberto Gonçalves (2011), Silmara Chinelato (2000), Rubens Limongi França (1991), Clóvis Bevilacqua (1984). Ressalva-se a obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) por não assumirem uma posição teórica. Além disso, consultou-se alguns artigos escritos sobre o tema: artigos nacionais: Silma Mendes Berti (2007); Garcia Marques (2010); Fábio Luís Franco (2007); José Carlos Barbosa Moreira (2006), Edyeles Guinhasi de Deus de Almeida (2003); Flávio Tartuce (2007); Andréia Sabóia Medeiros (2005); Cristina Grobério Pazó (2006); . Artigos estrangeiros: Vitaliano Mattioli (2006), Eduardo Vera-Cruz Pinto (2003).

técnica, segundo a qual não há palavras inúteis no texto normativo (CARLOS MAXIMILIANO, 2006). Aquilata-se a interpretação pelo significado que o intérprete dar a cada palavra presente ao longo do comando normativo. Neste sentido, Carlos Maximiliano (1996, p.250-251):

[...] as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva [...].

Uma comparação do Código Civil Brasileiro com o Código Civil Português, Espanhol, Alemão e Italiano, robustece a premissa suscitada: reconhecimento da personalidade antes do nascimento. A razão da afirmação se consubstancia na ausência do complemento nominal “da pessoa” depois do substantivo “personalidade”. Eis-los: art.66 do Código Civil Português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”; artículo 30 o Código Civil Espanhol: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”; o §1º do Código Civil Alemão - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): “The legal capacity of a human being begins on the completion of birth”. Por fim, o art. 1º do Código Civil Italiano: “La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”.

Firma-se, então, o entendimento de que há personalidade antes do nascimento. Há um empecilho, todavia, para a completude do raciocínio: se se adquire personalidade civil após o nascimento com vida, o nascituro gozaria, por ser pessoa, de personalidade? E ainda: se lhe atribuir o gênero personalidade, qual espécie seria, uma vez que a lei condiciona a aquisição da personalidade civil ao nascimento com vida?

O art.1º do Código Civil admite a capacidade de direitos e obrigações a toda pessoa. Logo em seguida, o art.2º estabelece a aquisição da personalidade civil da pessoa do nascimento com vida. O advérbio “toda”, presente no art.1º, indica a conferência da capacidade de direitos e obrigações para toda pessoa, ou seja, tanto os neonatos quanto os nascituros, utilizando-se do raciocínio feito anteriormente a respeito do art.2º.

Maria Helena Diniz (2008, p.113-114) conceitua pessoa nos seguintes termos:

Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial”

Se pessoa e sujeito de direito são equivalentes. Então o nascituro é sujeito de direitos. Possui, desta forma, personalidade, pois personalidade jurídica é requisito indispensável para ser sujeito de direito (ORLANDO GOMES, 2002). De igual modo, pronuncia-se Clóvis Bevilacqua (1953, p.79-80): “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”. Adriano de Cupis (2004, p.19), entretanto, vê-la em menor extensão. Para o autor, não se infere da personalidade jurídica a condição de se ter direitos e contrair obrigações:

[...] a personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.

Miguel Reale (2001, p.215), por sua vez, acentua o fato de apenas o homem ser sujeito de direitos e deveres, separando-o dos animais e coisas: “Todo homem, mas tão-somente o homem, é capaz de direitos e obrigações. Não pode ser sujeito de direitos uma coisa, nem tampouco um animal irracional”. Sua visão dicotômica torna forçosa a afirmação de que o “ser humano” deve possuir personalidade; caso contrário, ser-lhe-ia qualificado como objeto ou animal.

Conclui-se, a par disso, que: I) a personalidade é atributo da pessoa; II) todo ser humano possui personalidade jurídica. Logo, se a personalidade civil inicia-se do nascimento com vida, o nascituro goza de personalidade jurídica, cujos direitos e deveres serão exercidos nos limites de sua condição de ser humano em desenvolvimento¹⁴.

Superado o primeiro bloco, passa-se ao seguinte. A segunda parte do artigo dispõe que: “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sua função é estabelecer o marco a partir do qual o nascituro, dotado de personalidade por ser pessoa, terá

¹⁴ Entendimento assemelhado encontra-se na obra de Maria Helena Diniz (2011), como dito alhures, separa a personalidade jurídica em formal e material. A personalidade jurídica formal é atributo por meio do qual se garante ao nascituro o gozo dos direitos da personalidade a partir da concepção; enquanto a personalidade jurídica material é atributo através do qual se garante ao neonato, além dos direitos de personalidade os direitos patrimoniais. Compartilha de sua intelecção, Flávio Tartuce (2007, p. 167-168): “[...] entendemos ser perfeita a construção de Maria Helena Diniz, par quem o nascituro tem *personalidade jurídica formal* – relacionada com os direitos de personalidade; mas não *personalidade jurídica material* – relacionada com os direitos patrimoniais, o que somente é adquirido com o nascimento com vida”.

direitos, qual seja, da concepção. Por já ser considerado pessoa, o nascituro, desde a concepção, possui direitos.

O novo enfoque consubstancia-se na admissão de personalidade ao nascituro antes do nascimento com vida diante da significância da expressão “da pessoa”, por a lei já prevê personalidade ao nascituro. O novo prisma anuncia mais um argumento favorável à teoria concepcionista, uma vez que se depreende a atribuição da personalidade ao nascituro desde a concepção da interpretação do dispositivo em sua plenitude¹⁵.

APONTAMENTOS ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DA PROPOSTA APRESENTADA

O desenvolvimento de três temas anteriores se faz curial para se adentrar no tópico propriamente dito. São eles: I) constitucionalismo contemporâneo¹⁶; II) a constitucionalização do direito privado; III) o conceito de dignidade da pessoa humana.

O constitucionalismo contemporâneo¹⁷ não o é no Brasil. Aqui, ele é recente e, segundo Luís Roberto Barroso (2006), tardio¹⁸. Possui como coadjuvante deste processo a

¹⁵ A alteração da redação do art.2º do Código Civil de 2002, referente à aquisição da personalidade civil, foi pontual, mas não menos importante por isso. Alterou-se a expressão “a personalidade do homem começa do nascimento com vida”, presente no art.4º do Código Civil de 1916 para a “personalidade da pessoa começa do nascimento com vida”. Utilizando-se da argumentação perfilhada no item anterior, pode-se afirmar que o Código Civil de 1916 pressupunha a existência de ser humano antes do nascimento com vida. Ou seja, dispunha somente sobre a existência de um ser humano, O Código Civil de 2002, contudo, pressupôs a existência de pessoa antes do nascimento com vida. A mudança é relevante porque o nascituro passou a ser sujeito de direito desde a concepção. Embora remanescesse ainda dúvida a respeito da atribuição da capacidade ao nascituro em razão da lhe ser assegurado direitos desde a concepção no Código Civil de 1916, o mesmo não se pode inferir de seu substituto, em virtude da pressuposição de personalidade jurídica antes do nascimento.

¹⁶ Norberto Bobbio (1998, p.247-248) define constitucionalismo: “é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último; é em função deste que se preordenam e organizam técnicas”; E continua: “representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder; mas também aqui são diversas as soluções históricas de limitação do poder”. Entende-se por tais técnicas as conquistas sociais obtidas com o fim último, como diz o autor, de garantir o ideal de liberdade. São elas: a separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), império da lei, como expressão da vontade geral, a busca da igualdade material e a soberania popular. Entretanto, a criação delas difere de Estado para Estado e não ocorreu de modo sucessivo ou de uma só vez, conforme reflexão de Norberto Bobbio (1992, p.5): “[...] são conquistas alcançadas após séculos de luta e de sofrimento, na eterna contenda por novas liberdades contra velhos poderes”. Há de se esclarecer, ainda, que o surgimento de novas técnicas não basta em si para se conquistar o novo, o sentimento constitucional (PABLO LUCAS VERDÚ, 2004) – consciência coletiva da constituição -, é elemento do qual o povo há de se desincumbir a fim de firmar a vontade da constituição (HESSE, 1991).

¹⁷ Precederam-no o constitucionalismo liberal do século XVIII (Estado Liberal de Direito), caracterizado pelo não-intervencionismo estatal e pelo individualismo. O surgimento dos direitos individuais e políticos remontam a esta época. E o constitucionalismo social do século XVIII e XIX (Estado Social de Direito) guiado pelo intervencionismo estatal e pela socialização. Surgem os direitos sociais, culturais e econômicos que, por

Constituição Federal 1988. A carta torna-se peculiar em virtude dos seguintes atributos tanto I) do ponto de vista metodológico-formal, já suscitadas na introdução, quanto II) do ponto de vista material: I) centralidade, superioridade e normatividade; II) presença de valores ao longo de todo o texto guiados pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais; aumento de tensões entre opções normativas em virtude de sua diversidade. Venceu-se, assim, o reacionário paradigma segundo o qual a constituição restringia-se a programas assemelhados a conto de fadas¹⁹.

A constitucionalização do direito privado foi um processo natural diante dos novos atributos da constituição, embora recepcionados por aplauso de alguns e por vaias de outros. A força normativa é um divisor de águas entre o passado e o futuro da relação entre a constituição e a legislação infraconstitucional²⁰.

A constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, atuando como filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil (BARROSO, 2006). Houve um movimento de despatrimonialização do direito civil ou de repersonalização do direito civil, tendo-se a dignidade da pessoa humana como ponta de lança na recolocação do ser humano e suas emanções no centro do direito civil (FACCHINI, 2003), dando-se ênfase ao reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade (BARROSO, 2006). A previsão de princípios e regras de feição privada ao longo da constituição modificou a forma pela qual os institutos e conceitos do Direito Civil eram interpretados. O novo paradigma impõe a adoção da

exigirem uma atuação positiva do Estado foram direcionados à esfera dos direitos programáticos (ANA MARIA D'ÁVILA LOPES, 2001).

¹⁸ A afirmação baseia-se no fato de o constitucionalismo contemporâneo ter sido iniciado na Europa continental após a Segunda Guerra Mundial em 1945 a fim de impedir a retorno histórico das atrocidades ocorridas, tendo por missão humanizar o homem através da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que são ramos de seu tronco.

¹⁹ Pode-se afirmar que houve uma simbiose entre as duas formas de constituição concebidas por Ferdinand Lassale (2009): constituição escrita (jurídica) e a constituição real (efetiva). O autor sustentava que as questões constituições não são jurídicas: No entanto, a efetividade da constituição tornou-se jurídica por meio da força de sua normatividade. Luís Roberto Barroso (2006, p.47), adverte sobre a insegurança jurídica e sobre a inefetividade das normas constitucionais advindas da reiterada modificação do texto constituição por meio de inúmeras emendas constitucionais, nestes termos: “Desnecessário enfatizar que da cíclica substituição de textos que não se consolidam resulta inevitável que se depreciem às raias da inutilidade. Sob a perspectiva jurídica, a constante variação, gerando incerteza, distancia-se de um dos eixos principais em torno do qual deve gravitar um Estado de direito: a *segurança*, a estabilidade das relações jurídicas, políticas e sociais. Esta órbita desencontrada não se aproximou, tampouco, como poderia fazer supor um enfoque pendular clássico da outra coordenada básica, a *justiça*, em sua realização mais ampla. E, naturalmente, uma ordem jurídica incapaz da satisfação ponderada desses dois valores fundamentais se reduz a mero formalismo retórico”.

²⁰ Rompeu-se, desta forma, com a velha e ranzinza dicotomia entre direito público e direito privado. O entrelaçamento do Direito Civil com a Constituição, de forma a condicionar a aplicação de um à aquiescência do outro, fê-la discussão viva apenas em páginas amareladas de um livro de capa de couro.

interpretação em conformidade com a Constituição, com o propósito de manter a coesão no sistema normativo²¹.

Superado, de forma sumária, os dois subtemas – constitucionalismo contemporâneo e constitucionalização do direito privado -, tratar-se-á da dignidade da pessoa humana, tentando, na medida do possível, focá-la na dogmática jurídica²².

A Constituição Federal de 1988 a prevê no inciso III do art.1º como fundamento da República Federativa do Brasil, no título I dos princípios fundamentais. Ou seja, a dignidade é tanto fundamento quanto princípio²³. Como fundamento, em virtude do reconhecimento do homem a partir de sua dignidade. Daniel Sarmiento (2004, p.111): pondera que: “a consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para garantia e promoção dos seus direitos fundamentais”. Sem ela, desta forma, o homem deixa de sê-lo concretamente²⁴. Agrega-se a própria noção de República e Estado Democrático de Direito. E, por consequência, o Estado tem o dever de

²¹ Daniel Sarmiento (2004) dispõe sobre a limitação do emprego dos direitos fundamentais nas relações privadas, em apego ao princípio da autonomia de vontade em seu sentido lato. O juiz, diante do caso concreto, valer-se-ia da ponderação para se alcançar a decisão mais apropriada ante a colisão entre os princípios. Para tanto, segundo Robert Alexy (2008, p. 96), “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”. Daniel Sarmiento (2004, p.304) estabelece a desigualdade material como critério para estabelecer a precedência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada. Eis seus termos: “Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria do poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”.

²² Não se propõe a apresentação da dignidade da pessoa humana sob o ponto de vista histórico, religioso e moral, muito embora seja um valor de grande envergadura.

²³ Julga-se dispensável afirmar a caráter de valor à dignidade da pessoa humana, pelo fato de se pressupô-lo por se tratar de um princípio. Por outro lado, o princípio pode assumir, também, a forma de regra através do processo de ponderação entre ele e outro princípio na solução de um caso concreto (Alexy, 2008). Aproveitando-se o ensejo, concorda-se com pensamento do autor ao rechaçar a elevação da dignidade da pessoa humana a um princípio absoluto. Isso por um argumento lógico: para que assim se entendesse, seria necessário tratá-la a partir de outra categoria de norma, diferente de normas-princípio e normas-regra. O fato de prevalecer, quase sempre, ao sê-la ponderada com outros princípios, não a torna diferente deles, mas, tão-somente, especial. A outro argumento a calhar. Ao considerá-lo um sobreprincípio, ter-se-ia, por uma questão de coerência, sobrepor os demais fundamentos do Estado Democrático de Direito: soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Se assim se procedesse, por exemplo, a sobreposição dos valores da livre iniciativa em relação aos demais, que não seus pares, seria um convite a um liberalismo selvagem.

²⁴ Fladimir Jerônimo Belinati Martins (2008, p. 72) discorre sobre a necessidade de concretização da dignidade da pessoa humana, afastando-se da mera satisfação de um homem abstrato: “[...] Passa-se a partir do texto de 88, a ter consciência constitucional de que a prioridade do Estado (política, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões, como fonte de inspiração e fim último. Mas não o ser humano abstrato do Direito, dos Códigos e das Leis, e sim, o ser humano concreto da vida real”. José Sebastião de Oliveira (2009, p. 520) destaca o amparo da personalidade humana a partir da Constituição de 88: “A tutela da personalidade humana, não encontrou total amparo no âmbito civil, e por este fato, encontrou amparo digno de sua relevância na Constituição, através da cláusula geral constitucional pétrea, indiscutivelmente a Constituição teve um grande marco na evolução no direito da pessoa”.

protegê-la e promovê-la em todas as formas pelas quais ela se expresse. Como princípio fundamental, em virtude de sua positivação, incorporando-a ao sistema jurídico.

A conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana não se traduz em um jogo de palavras com significação própria. Sua construção vai além. A razão disso reside em sua ímpar carga valorativa. Há maior parte dos autores a conceitua com base em seu percurso histórico ou em sua aplicação prática. Tentar-se-á fazê-la de forma a dotá-la de funcionalidade em face de sua normatividade. Dividir-se-á seus termos para concluir seu conceito ao final.

Dignidade é termo de cujo sentido filosófico não se pode fugir. O conceito kantiano ecoa em grande quantidade de obras que se prestam ao desafio de compreensão do termo, motivo pelo qual não se pode ficar alheio a ele. Para Kant, o homem é um fim em si mesmo, por isso tem dignidade. A coisa não tem dignidade por ser um meio para o atingimento de um fim, podendo ser substituída por outra de mesma quantidade ou qualidade (IMMANUEL KANT, 1996). Dignidade da pessoa humana a medida da dignidade está em tratar o próximo como a si mesmo²⁵.

Pessoa humana, a primeira vista, parece denotar redundância. Porém, há uma razão para isso: evitar exclusão de quaisquer espécies do gênero humano. Exemplo clássico a que se reporta é a escravidão, cujos negros eram considerados objeto, embora humanos. Neste sentido, Flademir Martins (2008, p.118): “[...] O Constituinte, cioso de que o verbete pessoa – numa concepção jurídica – poderia implicar juízo de exclusão, adotou expressamente a expressão “pessoa humana” [...]”. Disso se depreende ser um conceito lato, que não tolera quaisquer discriminações sobre sua incidência²⁶. E mais: sua incidência, inclusive, opera-se em favor do nascituro, conforme anuncia Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p.15-16):

Na atual concepção jurídica de pessoa humana, basta ter a qualidade de ser humano para o ordenamento jurídico reconhecer a qualidade de digno. Adquire-se, juridicamente, dignidade pelo simples fato de ser humano, ainda não tendo nascido. [...] Chega-se a afirmar que a dignidade da pessoa humana independe, inclusive, do nascer com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui qualidade de

²⁵ Esclarecendo o pensamento kantiano, Oscar Vilhena Vieira (2006, p.68) arremata “[...] E ser “fim em si” significa ser considerado com feixe de razão e sentimentos que não pode ser injustificadamente suprimidos. Essa noção de imparcialidade impõe que as pessoas se tratem com reciprocidade não apenas como uma medida de prudência, mas como um imperativo derivado da assunção de que o outro tem o mesmo valor que atribuo a mim mesmo – portanto, é merecedor do mesmo respeito [...]”.

²⁶ Dessume-se ao princípio da unidade de constituição ou da não contradição entre as normas constitucionais, correspondente a um diálogo harmônico entre elas. Se, por um lado, a constituição garante dignidade a toda e qualquer pessoa humana; por outro lado, tem por objetivo não tolerar quaisquer formas de discriminação, conforme dispõe o inciso IV do art.3º.

humano. O pressuposto da dignidade é a qualidade de humano, não o nascimento com vida.

Dignidade da pessoa humana é um atributo próprio do gênero humano que impõe ao homem o dever de respeito e de consideração pelos seus pares equivalente ao que espera dos outros para si. Trata-se de um agir reflexivo. Ingo Sarlet (2001, p. 60) desenvolve seu sentido nestes termos:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No ponto, encerra-se a tríade temática prévia. Passa-se a perfilar o confronto entre a proposição apresentada no tópico anterior e o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de demonstrar um novo olhar sobre a compreensão da personalidade jurídica à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e tornar a norma mais adequada à evolução social. Busca-se, para tanto, compatibilizá-lo a partir de uma interpretação técnico-jurídica, em detrimento de uma interpretação filosófico-jurídica e, quiçá, meta-jurídica.

O sistema jurídico, em face de sua autonomia científica, por si e em si, deve resolver os problemas que cria. À propósito, Fabio Ciaramelli (2006, p.152) reputa autopoietico o sistema jurídico: “[...] El sistema jurídico instituye su propia clausura operativa porque desde el punto de vista formal se organiza como um sistema autossuficiente y autorreflexivo [...]”. Em apoio ao dito, Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 157-158): “a *interpretação sistemática* ocupa assim um lugar firme entre os cânones da interpretação jurídica [...]”.

Rememora-se a construção da proposta: o art.2º do Código Civil estabelece, em sua primeira parte, que a personalidade da pessoa começa do nascimento com vida. Depreendeu-se do exame do enunciado a pressuposição de personalidade antes do nascimento com vida em face da presença da expressão “da pessoa”. Demonstrou-se a necessidade de assim proceder sob pena de redundância do legislador em sua criação. Comparou-se com o Código Civil Português, Espanhol, Italiano e Alemão na tentativa de revelar a diferença de sentido ao se interpretar o dispositivo em virtude da ausência de previsão do complemento “da pessoa”, restringindo a previsão deles a afirmação de que a personalidade começa a partir do nascimento com vida.

Uma interpretação simplista confere a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana aos nascituros a partir da premissa estabelecida de que a personalidade preexiste ao nascimento. Porém, pode-se ir mais além.

São quatro as ponderações que se faz em face da proposição: I) interpretação da norma constitucional através do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; II) interpretação da constituição conforme a legislação infraconstitucional; III) interpretação sistêmica e IV) previsão expressa da aplicação da dignidade da pessoa humana em favor do nascituro no Projeto de lei nº. 478/2007. Por fim, comenta-se Recurso Especial nº. 1.120.676/SC, em que é flagrante os desacertos do tribunal ao tentar compatibilizar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana às teorias sobre aquisição da personalidade jurídica.

A força normativa da constituição impõe, através do princípio da máxima efetividade, que as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a lhes atribuir a maior efetividade possível, preferindo-se pontos de vistas que assim se expressem na resolução de impasses constitucionais nos casos concretos (BARROSO, 1996). Nesta perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana alinha-se ao enfoque dado ao início da personalidade antes do nascimento com vida. À propósito, Teixeira de Freitas (1952) considerava nascidas as pessoas concebidas no ventre materno.

A interpretação da constituição, por outro lado, não pode se desvencilhar do sistema normativo. As extensões e limites na concretização das normas constitucionais, por vezes, desaguam na legislação ordinária²⁷; caso contrário, a Constituição de 1988, tida por prolixa, tornar-se-ia inadequada ao seu propósito de documento de resguardo dos valores positivados, ou, no mínimo, uma constituição-lei ou uma lei-constitucional.

Em que pese à primazia da constituição na interpretação das leis infraconstitucionais em função de sua centralidade no sistema jurídico (BARCELLOS, 2006), a doutrina prevê a possibilidade de inversão, ou seja, a interpretação da constituição em conformidade com as leis. José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.1106) evidencia que “algumas vezes se encontraria na legislação infraconstitucional sugestões de interpretação das fórmulas indeterminadas ou condensadas utilizadas no texto constitucional”. O autor (1998, p. 1106), contudo, limita-a neste sentido:

²⁷ Vários são os exemplos que se pode colher do Código Civil. Cita-se apenas alguns: personalidade, capacidade, contrato, propriedade, família.

A interpretação da constituição conforme as leis têm merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado complementemente diferente da constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido constitucionais.

A utilização da teoria natalista como *ratio decidendi* na sustentação do voto do Min. Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 3510 retrata bem o que o manejo da interpretação da constituição à luz da legislação infraconstitucional. Eis a passagem:

Falo “pessoas físicas e naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil”, litteris: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria natalista, portanto em oposição às teorias da personalidade condicional e concepcionista).

O sentido de que se vale, entretanto, não é de limitação dos preceitos constitucionais, e sim de sua ampliação. Sua aplicação legitimar-se-ia na medida em que a norma constitucional obtém o máximo de efetividade na tradução do alcance de seu sentido na legislação ordinária. O diálogo entre a constituição e o código civil seria harmonioso, salutar e tenaz, além de adequado ao momento de consagração da constitucionalização da legislação do direito privado que se perpassa.

A pergunta dos constitucionalistas sobre a extensão da atribuição de personalidade já foi respondida pelos civilistas e aprimorada no texto do Código Civil de 2002 em face da alteração da redação do art.2º²⁸. O princípio da constitucionalidade das leis aplica-se ao dispositivo não pelo simples fato de passar pelo crivo do Poder Legislativo ao ser editada, através de suas comissões especializadas, mas sim por impingir na expressão “pessoa humana” um significado ampliativo de um fundamento do Estado Democrático de Direito²⁹.

²⁸ O comentário sobre a modificação da redação do art.4º do Código Civil de 1916 encontra-se na nota de rodapé nº. 13.

²⁹ Embora o princípio da dignidade da pessoa humana não seja expresso no rol do inciso IV do §4º do art.60 da Constituição de 88, não se pode deixar de atribuí-la na condição de núcleo duro da constituição (cláusulas pétreas) por ser um fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. À propósito, Carl Schmitt (1996, p.120): “as decisões políticas fundamentais da Constituição são assuntos próprios do poder constituinte do povo e não pertencem à competência da instancias autorizadas para reformar e revisar as leis constitucionais”.

Soma-se a isso a pertinência de uma interpretação sistêmica³⁰. O sistema jurídico não comporta antinomias (CANARIS, 2002). O princípio da dignidade da pessoa humana expressa a proteção ao nascituro no Estatuto da Criança e do Adolescente, Pacto São José da Costa Rica e na Declaração dos Direitos da Criança³¹. Deduz o apreço pela dignidade no ECA a partir do art.7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Os demais pelo fato de não se poder suprimir a dignidade como dimensão dos cuidados e proteção que se deve dispensar ao nascituro³².

Compartilha-se, além disso, do entendimento perfilhado por Flávia Piovesan (2006) no sentido de os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto formal quanto materialmente constitucionais, terem *status* de norma constitucional³³, densificando o argumento segundo o qual o nascituro encontra-se sob a salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de lei nº. 478/2007³⁴ – Estatuto do Nascituro – cuja proposta alinha-se, em sua plenitude, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao nascituro desde a concepção, reconhecendo-lhe o direito à vida, à saúde,

³⁰ Flávio Tartuce (2007) vislumbra a proteção ao nascituro no art. 225 do texto constitucional por assegurar direitos das futuras gerações, englobando “as pessoas concebidas e não nascidas”. Eis seu texto: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

³¹ Art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90): “É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”. Item 1 do art.4º do Pacto San José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº. 678/92): “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto nº. 99.710/90): “Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

³² Maria Helena Diniz (2009) dispõe em sua obra de vários exemplos a partir dos quais se poderia afrontar a dignidade do nascituro, citamos alguns: uso de espermátide ou espermátide; reprogramação celular; emprego incorreto de técnica de utilização de tecido fetal; eritoblastose fetal etc.

³³ A autora critica o quórum de aprovação advindo da Emenda Constitucional nº. 45/04 para o reconhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos como equivalentes das emendas constitucionais. Para a autora, tanto os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a emenda, quanto os que a são posteriores, teriam, diante da preponderância material dos direitos, hierarquia de norma constitucional, independentemente do quórum de aprovação.

³⁴ O projeto, até então, só foi aprovada pela Comissão de Seguridade Social e Família. Faltam ainda: Comissão de Finanças e Tributação, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e, após, a votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

ao desenvolvimento, à integridade física e a todos os direitos de personalidade positivados no Código Civil. É o que se colhe do §1º e cabeça do art.3º:

Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica. § 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Não obstante, há evidentes desacertos na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em face das teorias sobre aquisição de personalidade jurídica. Colhe-se isso da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1120676/SC. Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.

O inconformismo do recorrente pauta-se na exclusão do nascituro como beneficiário do Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores Terrestres (DPVAT). Ele falecera no quarto dia após o atropelamento de sua mãe. Já possuía 35 semanas de gestação.

O tribunal dividiu-se. O relator, Min. Massami Uyeda, conheceu do recurso, porém julgou improcedente. Motiva sua decisão na ausência de personalidade civil do feto, razão pela qual não seria sujeito de direitos (teoria natalista). A indenização por morte não poderia lhe ser concedida, pois não possui capacidade sucessória. Entretanto, seu voto foi vencido. Sobre este voto não se tecerá maiores considerações pelo fato de o ministro assumir a corrente natalista, embora ressalve algumas hipóteses em que o nascituro possui direitos de personalidade: honra, imagem, nome, alimentos, gravidez saudável.

O voto-vista do Min. Paulo de Tarso Sanseverino divergiu do anterior e restou vencedor. Sobre ele se debruçará com mais atenção pelo fato da incoerência entre a teoria aplicada e a fundamentação empregada. O ministro justifica, no princípio da dignidade da pessoa humana, à luz da teoria natalista, a concessão da indenização em favor dos pais pela morte do nascituro. Aqui se localiza a contradição. De duas uma: ou se é concepcionista e se

atribui ao nascituro a condição de sujeito de direitos, ou se é natalista e não lha atribui. Eis-la do confronto alguns trechos do julgado e em cada um se definirá a teoria defendida:

Se é certo que a lei brasileira previu como aptos a adquirirem direitos e contraírem obrigações, os nascidos com vida, dotando-os de personalidade jurídica, não excluiu do seu alcance aqueles que, ainda não nascidos, remanesçam no ventre materno, reconhecendo-lhes a aptidão de ser sujeitos de "direitos" (TEORIA CONCEPCIONISTA)

Com efeito, não haveria, sequer, necessidade de se proceder à nova exegese do dispositivo de lei (art. 2º do CCB) que reconhece o início da personalidade civil - não é o que aqui se pretende - senão evitar o esvaziamento da existência digna de um ser humano que chegou, de forma tão serôdia, à morte, preservando-se, ainda, o ideal que todo o pai faz em torno do seu filho, sua significação, sua relevância na vida familiar (TEORIA NATALISTA).

Da mesma forma, não vejo espaço para se diferenciar o filho nascido daquele plenamente formado, mas ainda no útero da mãe, para fins da pretendida indenização, ou mesmo daquele que, por força do acidente, acabe tendo o seu nascimento antecipado e reste a falecer minutos após o parto (TEORIA CONCEPCIONISTA).

Por derradeiro, não haveria ainda considerar-se empecilho o fato de o nascituro, em não possuindo personalidade jurídica, não ser apto à transmissão de direitos aos seus ascendentes, porque aqui se está diante de contrato de seguro (em que pese legal) (TEORIA NATALISTA).

Dentro do novo enfoque apresentado ao longo deste artigo, a contradição torna-se mais expressiva. A precedência da admissão da qualidade de pessoa ao nascituro reflete, por via de consequência, a atribuição de dignidade da pessoa humana a eles. Aplica-se, desta forma, todos os direitos.

Nota-se, pelos votos, também, a discordância em relação à extensão dos direitos de personalidade. Enquanto no primeiro voto, se prevê o direito a honra, a imagem, nome; alimentos, gravidez saudável e outros os quais não se especifica; no segundo, acresce-se o direito a indenização por morte em favor dos pais.

Os direitos de personalidade, todavia, não devem ser descobertos em favor do nascituro, por já estarem às claras, tanto a partir da percepção de que a dignidade da pessoa humana também se destina aos nascituros quanto pela inespecificidade sobre quais direitos devem ser resguardados a eles, simplesmente o art.2º do Código Civil prevê que sejam garantidos os direitos do nascituro. Direitos, cujo exercício lhes seja impraticável em face de sua condição física não o permitir de realizá-lo, são os únicos insuscetíveis de resguardo (direitos patrimoniais, cuja execução dependeria de seu nascimento com vida). Os demais lhes são garantidos desde a concepção. O art.2º estabelece a existência de personalidade antes do

nascimento bem como a garantia dos direitos do nascituro desde a concepção, sem especificar quais seriam.

CONCLUSÃO

A aquisição da personalidade civil constitui o despontamento do homem em sociedade. Condição suspensiva a partir da qual passa a possuir direitos e contrair deveres na ordem civil, na forma do art.1º do Código Civil. O debate quase centenário sobre o momento a partir do qual se deveria considerar o ser humano uma pessoa ainda não foi resolvido. A doutrina se divide – teoria natalista, teoria da personalidade condicionada e teoria concepcionista – e a jurisprudência se contradiz ao aplicá-las.

O advento da Constituição Federal de 1988, com a previsão da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio fundamental da ordem jurídica, irradiou-se por todo o sistema jurídico através da constitucionalização do direito privado, alterando a forma pela qual se interpretava os seus institutos. Entretanto, o impasse e a contradição não cessaram na doutrina e na jurisprudência, respectivamente.

Um novo enfoque da interpretação do art.2º do Código Civil não se propõe a resolver a compatibilização entre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao nascituro, mas apenas apresentar um argumento não utilizado pela doutrina e não enfrentado pela jurisprudência, além de razoável de aplicação ao talante da hermenêutica constitucional. E que ganha uma conotação notável ao se comparar com a legislação alienígena. Dessa forma a teoria concepcionista avultou-se diante das demais.

No julgamento do Resp. 1120676/SC, nota-se uma contradição na aplicação entre as teorias, ou melhor, uma mistura entre elas ao se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação deste novo olhar demonstra a adoção da teoria concepcionista não como a melhor, mas sim como a escolhida pelo legislador e a mais coerente diante da maior efetividade a que se deve submeter o princípio da dignidade da pessoa humana em sua interpretação.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **German Civil Code (BGB)**. Disponível: <http://www.gesetze-im-internet.de>. Acesso em 21 nov. de 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Edeyels Guinhasi de Deus de. A Personalidade civil do nascituro. **Unesc em Revista**, Criciúma, v. 6, n. 14, p.31-46, ago. 2003.

BARCELLOS, Ana de Paula de. **Neconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (orgs). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p.71-104, mar. 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade do nascituro. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, v. 15, n. , p.47-61, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 1 out de 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 5 out de 2011.

_____. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1.916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. de 1917. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 8 nov de 2011.

_____. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente, e dá outras providências**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 out de 2011.

_____. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília, DF, Executivo, 6 nov. 1992. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 nov de 2011.

_____. Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção de Direitos da Criança**. Brasília, DF, Executivo, 21 nov de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 nov de 2011.

_____. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Executivo, 1º jan. de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 nov de 2011.

_____. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Brasília, DF, Legislativo, 1º jan. de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 nov. de 2011.

_____. Projeto de lei nº. 478, de 19 de março de 2007. **Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 22 nov. de 2011.

_____. **Enunciado nº. 01 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 20 nov. de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº. 1120676.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 nov 2011.

CANARIS, Claus-wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CHINELATO, Silmara Juny de Almdeida. **Tutela Civil do Nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas.** Madri: Trotta, 2006.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade.** São Paulo: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: volume 1: Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização de direito privado.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições do Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANCO, Fábio Luís; OLIVEIRA, José Sebastião de. O Nascituro e o início da vida. **Revista Cesumar**, Maringá, v. 7, n. 1, p.241-249, jun. 2007.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Brasil, Ministério da Justiça, 1952.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. Carina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HOLANDA, Carolina Sátiro de. **A Ciência como Obra Inacabada**. In: ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade; VIANA, Renata Neris (Org.). **Temas de Epistemologia Jurídica**-Volume II. Fortaleza: Unifor, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. De P. Quintela. Lisboa: Edições de 70, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, Ana Maria Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Florianópolis: Sergio Fabris, 2001.

MARQUES, Garcia. Mais um passo em defesa da vida. Direitos humanos. A aprovação do estatuto do nascituro pela comissão de seguridade social e família da câmara dos deputados significou um passo importante na luta. **Cidade Nova**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 9, p.12-13, set. 2010.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2008.

MATTIOLI, Vitaliano. I Diritto del nascituro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 94, p.7-50, jul. 2006.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. Os Direitos do nascituro. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 56, n. 366, p.105-113, abr. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDEIROS, Andréia Sabóia. Personalidade civil: no Direito Romano e no Direito Atual. **Revista Jurídica da FA7**: período científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza, v. 2, n. 1, p.13-22, jan. 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Rt, 1984.

MONTEIRO, Washington Barros de. **Curso de Direito Civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro à Vida. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 340, p.11-18, 23 fev. 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião de; MENÓIA, Regina Cristina da Silva. Aspectos dos direitos da personalidade como direito constitucional e civil. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 9, n. 2, p.505-526, jul. 2009.

PAZÓ, Cristina Grobério; MORELATO, Vitor Faria. A personalidade civil do nascituro sob a regência da EC 45/2004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, n. 95, p.25-39, maio 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINTO, Eduardo Vera-cruz. **Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo09.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário**. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (orgs). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madri: Alianza, 1996.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileiro de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 33, p.155-177, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMIÃO, José Fernando. **Direito Civil**: volume 1. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**: volume 1. São Paulo: Atlas, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional com Modo de Integração Política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011.