

DO CONSERVADORISMO À VANGUARDA: AVANÇO DO CONCEPCIONISMO NA PERSONALIDADE CIVIL SOBRE A TEORIA NATALISTA

FROM CONSERVATISM TO THE VANGUARD: THE ADVANCE OF CONCEPTIONISM IN CIVIL PERSONALITY OVER NATALIST THEORY

Rayla Rodrigues dos Santos¹; Henrique Mota Feitosa²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir o avanço da teoria concepcionista na proteção ao nascituro, a partir de uma redefinição valorativa da personalidade jurídica, demonstrando a predileção do concepcionismo pelos microsistemas legais em contraponto ao Código Civil, e a sua atuação no polo de decisões dos Tribunais Superiores. Com esta finalidade, utilizou-se do método dedutivo e a pesquisa se caracteriza como bibliográfica. Com a promulgação da Constituição Federal, todo o sistema jurídico foi submetido ao constitucionalismo enquanto visão unitária a partir dos princípios fundamentais. O preciosismo imposto pela Constituição provocou uma positivação em relação aos ideais de dignidade. No tocante ao nascituro, a Constituição Federal confere a este a proteção aos direitos da personalidade, dotando-o de uma espécie de personalidade jurídica formal.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria concepcionista. Nascituro. Personalidade jurídica. Preciosismo. Positivação. Dignidade.

ABSTRACT: The present article has as objective to discuss the advance of conception theory in the protection of the unborn child, based on a redefinition of the legal personality, demonstrating the predilection for conceptionism by the legal microsystems as a counterpoint to the Civil Code, and its role in the High Courts. For this purpose, the deductive method was used and the research is characterized as bibliographical. With the enactment of the Federal Constitution, the entire legal system was submitted to constitutionalism as a unitary view based on fundamental principles. The preciousness imposed by the Constitution provoked a positive attitude towards the ideals of dignity. Regarding the unborn child, the Federal Constitution confers on the latter the protection of the rights of the personality, endowing it with a kind of formal legal personality.

KEYWORDS: Conceptionist theory. unborn child . Legal personality. Preciosity. Positivation. Dignity

1. INTRODUÇÃO

O nascituro é o ser humano já concebido, mas que ainda não se submeteu ao processo natural do nascimento, caracterizando-se por ser *aquele que está para nascer*. A concepção se dá de forma intrauterina ou *in vitro*, recebendo ambas as observações legais. A situação jurídica do nascituro é palco de grandes discussões

¹ Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos (FIP). E-mail: rayla.rsantos@gmail.com

² Especialista em Direito pela UEPB/CCJ/ESMA. Especialista em Processo Civil pela Universidade Regional do Cariri (URCA-CE). Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Advogado militante desde 1998. Docente das Faculdades Integradas de Patos (FIP). E-mail: henriquefeitosa@fiponline.edu.br

doutrinárias no tocante ao instituto da personalidade jurídica, sendo esta analisada sob a ótica de teorias que tentam definir o momento certo para sua aquisição. Duas são as teorias na discussão sobre o início da personalidade jurídica: A teoria natalista e a teoria confeccionista.

Para a teoria natalista, tradicional no ordenamento jurídico brasileiro, o nascituro consiste em uma mera expectativa de direito, pois entende que a personalidade jurídica é adquirida a partir do nascimento com vida. Já a teoria concepcionista entende que a personalidade jurídica se dá desde a concepção, considerando o nascituro detentor de direitos. Esta, apesar de não ser a teoria dominante do ordenamento, é aquela que melhor atende aos seus anseios, já que o ordenamento garante, tanto ao nascituro como ao natimorto, direitos, demonstrando de forma implícita que a teoria natalista é conservadora e ultrapassada.

O concepcionismo corresponde aos valores contemporâneos do séc. XXI exercendo, assim, a função do Direito enquanto processo que deve acompanhar a sociedade buscando adaptar-se a esta. Consiste em um posicionamento atual, ligado à materialização dos interesses constitucionais, de modo que, atribuir personalidade jurídica ao feto é reconhecer a ele a dignidade que é sua por direito.

Com o advento da Constituição Federal, os ideais da teoria concepcionista se enraizaram no ordenamento. Microssistemas legais, a exemplo da Lei de Alimentos gravídicos (Lei n.º 11.804/08), inovaram no cenário jurídico com normas de cunho concepcionista, na intenção de resguardar o nascituro atribuindo a estes direitos inerentes a sua pessoa, já garantidos pela Carta Política Federal. O reconhecimento de direitos ao nascituro também passou a ser pauta dos Tribunais Superiores, atribuindo ao feto, em alguns casos, personalidade jurídica formal com a consagração de direitos.

O Código Civil de 2002 mostrou-se conservador ao reutilizar a definição do instituto da personalidade apresentada no Código Civil de 1916, não correspondendo ao constitucionalismo imposto pela Constituição Federal em sua promulgação. Apesar dessa questão, o concepcionismo alcançou o Direito Civil, se enraizando no próprio Código Civil com base em artigos como o 1.609, que garante ao nascituro o direito ao reconhecimento de paternidade. Embora o concepcionismo esteja alicerçado no Código Civil, diante dos novos parâmetros sociais, como as alterações no âmbito familiar e científico, persiste ainda uma real necessidade de

rompimento do conservadorismo ainda impregnado no atual Código.

O artigo está subdividido em quatro seções contadas a partir do primeiro capítulo. Na primeira seção, aborda a transição do sentido clássico da personalidade jurídica para o contemporâneo. Na segunda seção, volta-se para a demonstração de uma ruptura dos valores apresentados no atual Código Civil pelo concepcionismo. Na terceira seção, apresenta-se a transição para o concepcionismo por meio dos microssistemas legais, demonstrando o motivo pelos quais estes adotaram o concepcionismo. Na quarta seção, busca-se demonstrar o encampamento do concepcionismo pelos Tribunais superiores, a partir de uma análise a julgados favoráveis ao nascituro. Para a execução do artigo, utilizou-se como fundamento a lei, a doutrina, a jurisprudência e matérias disponibilizadas em sites, caracterizando a pesquisa como bibliográfica e documental. Em relação à abordagem, a pesquisa se caracteriza como qualitativa e o método científico adotado foi o dedutivo.

2. DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO SENTIDO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade consiste na qualidade ou condição de ser pessoa. Sob um aspecto geral, é a propriedade capaz de singularizar cada indivíduo enquanto ser humano. A personalidade jurídica é uma particularidade concedida a todos os sujeitos, atribuindo a estes a capacidade de serem inseridos na ordem civil. “É, portanto, qualidade ou atributo do ser humano” (Gonçalves, 2018). De acordo com o atual instituto civilista, ao se adquirir a personalidade jurídica aquele que nasceu com vida é reconhecido juridicamente como pessoa.

O sentido da personalidade civil no tocante a formação de sujeito de direitos e deveres submeteu-se a uma evolução. De acordo com o pensamento civilista clássico, o termo *sujeito de direitos e deveres* era estritamente ligado a valores patrimoniais. Como nos explica Artur Magno e Silva Guerra:

Os legados clássicos não ousariam repensar o modelo, nem pensá-lo de maneira distinta dessa, até porque, seria inimaginável o presente estágio científico vivido. Trabalha-se, por conseguinte, com o conceito de “Sujeito de direito”, reconhecendo-o como toda pessoa, seja natural ou jurídica, que seja capaz de manifestar-se juridicamente. (Guerra, 2015).

Como se pode observar, a personalidade jurídica sob o ponto de vista clássico era atribuída unicamente àquele capaz de manifestar-se. O termo

manifestação nos remonta ao instituto da capacidade, que “é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada” (Gonçalves, 2018). A capacidade de direito é atribuída a todos os indivíduos e não se submete a limitações ao longo do tempo.

Mas diante de um pretérito contexto histórico mundial, tanto a personalidade como a capacidade não se destinavam a todos aqueles que nasciam com vida.

No direito grego, os escravos e servos eram considerados entes diferenciados, não possuindo, apesar do nascimento com vida, o atributo da personalidade. Esta era reconhecida apenas aos habitantes da cidade de Atenas, sendo estes consideravelmente dotados de capacidade de direito (Galvani, 2010). A personalidade jurídica no direito grego “era um algo dado pela cidade-estado, ou seja, era um qualificador que determinava quais homens vestiriam o manto das pessoas de direito, por meio do qual se tornariam aptas a ingressarem no cenário jurídico” (Galvani, 2010).

Em relação ao direito romano, no tocante a personalidade jurídica, esta se encontra de maneira mais evoluída em comparação a prática da Grécia (Galvani, 2010). Afirma Galvani que em Roma a personalidade civil é mais intensa e estruturada, sendo destinada a todas as pessoas que se encontram separadas do ventre materno. Com esta definição, a personalidade jurídica do direito romano se assemelha a personalidade jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o art. 2º do Código Civil 2002, a personalidade se dá com o nascimento com vida, adotando assim como teoria pátria a natalista. Do ponto de vista desta teoria, o nascituro consiste em uma mera expectativa de direito, não sendo capaz, por tanto, de adquirir personalidade jurídica. Como nos explica Silvio Rodrigues:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus. (Rodrigues, 2007)

A teoria natalista corresponde ao sentido clássico da personalidade jurídica, reconhecendo como sujeito de direitos e deveres apenas aqueles que nascem com vida. Entretanto, devido às inovações da ciência no que tange a figura do nascituro, esta definição conservadora tem se tornado mitigada diante dos microssistemas e

decisões jurisprudências que reconhecem ao nascituro a titularidade de alguns direitos.

O reconhecimento desses direitos ao nascituro advém de tendências da teoria concepcionista “segundo a qual a vida humana se inicia no momento da união dos gametas e, a partir de então, recebe proteção jurídica, porque o embrião é sujeito de direitos” (Rezende, 2012).

O concepcionismo atende de forma integral aos anseios do ordenamento, atribuindo um sentido contemporâneo à personalidade jurídica, que não se vincula apenas a critérios patrimoniais para a definição de sujeito de direitos e deveres. A partir da teoria concepcionista, o sentido clássico da personalidade jurídica tornou-se pouco operante em seu modelo absoluto. A teoria concepcionista está enraizada no próprio Código Civil brasileiro, de forma que o ordenamento jurídico reconhece a personalidade jurídica ao nascituro, sendo esta concreta e não condicionada ao nascer com vida (Farias, 2018).

Ora, se ao ser concedida a personalidade jurídica o indivíduo se torna sujeito de direitos e deveres, o requisito *nascer com vida* se torna desnecessário para a concessão da personalidade ao nascituro, já que este, antes mesmo de nascer, é titular de direitos conferidos pelo ordenamento como um todo, assim como de maneira específica pelo Código Civil, como pode ser observado nos seguintes artigos do instituto:

Art.542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal;

Art.1.609. (*Omissis*)

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes;

Art.1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar;

Art.1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Com base nesses direitos reconhecidos ao nascituro por lei, ao ser afirmado no art. 1º do Código Civil que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, o próprio instituto civilista reconhece, ao proporcionar tais direitos, a personalidade jurídica do nascituro. “A teoria concepcionista, em sua forma mais pura, ao reconhecer o nascituro como pessoa – desde a concepção – alcançaria, inclusive, determinados efeitos patrimoniais” (Gagliano, 2017).

A teoria concepcionista argumenta que desde a concepção há um ser

humano dotado de patrimônio genético completo e autônomo daqueles que dispõem os seus genitores e que, a partir dela, há uma sucessão de eventos biológicos naturais que vão desencadear o desenvolvimento do embrião, culminado com o seu nascimento (Rezende, 2012). Deste modo, percebe-se que a teoria concepcionista tem avançado sobre o modelo clássico e pátrio da personalidade jurídica, mantendo vínculo com os anseios constitucionais, e considerando o nascituro em sua própria essência.

3. RUPTURA COM A TÁBUA AXIOLÓGICA DA CODIFICAÇÃO CIVIL 2002

A promulgação do Código Civil de 2002 trouxe ideais humanitários que até então não eram reconhecidos no Código de 1916. Este era considerado um código rígido e individualista, mas correspondente a sua época (Gonçalves, 2018). Diante da constante evolução da sociedade o novo código buscou adaptar-se aos novos valores sociais, direcionando suas regras não apenas para um único indivíduo, mas levando em consideração os interesses coletivos no âmbito dos três polos básicos de atuação do Direito Civil: família, propriedade e contrato.

Apesar da considerável alteração valorativa em relação ao antigo Código, o Código Civil de 2002 é considerado conservador e ultrapassado, em relação a alguns valores não abordados em seu texto, desde a sua promulgação. Leciona Paulo Nader que o novo diploma atuaria como um aperfeiçoamento do Código anterior, entretanto, o objeto de leis como a de Alimentos (n. 5.478/68) e a de reconhecimento voluntário da paternidade (Lei n. 8.560/92) não seria incorporado ao novo diploma (Nader, 2016). A publicação do Código Civil em 2002 foi recebida como um duro golpe na experiência constitucional brasileira (Schreiber, 2014).

O novo Código Civil foi constituído em um contexto histórico influenciado pela Constituição, onde se buscavam ideais de valorização da dignidade humana. Apesar dessa realidade, o novo diploma não atendeu as expectativas constitucionais, assim como não foi capaz de lecionar sobre as importantes mudanças sociais e descobertas científicas da época. Como leciona Cristiano Chaves, Nelson Rosendal:

O Código Civil de 2002 nasceu velho e, descompromissado com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas e problemas mais atuais do homem. Tome-se como exemplo o Livro do Direito das famílias que

desconhece o DNA e suas importantes influências na determinação da filiação, a pluralidade dos modelos familiares, e o avanço da biotecnologia, dentre outros graves equívocos e omissões. (Farias, 2018)

No tocante a personalidade jurídica, o texto do art. 2º do Código Civil, é praticamente igual ao do Código revogado, permanecendo a imprecisão a respeito da natureza jurídica do nascituro (Farias, 2018). Embora o atual Código tenha sido repaginado à luz da Constituição Federal, quando se analisa a personalidade jurídica observando a teoria pátria que a define, percebe-se que esta não corresponde em sua integralidade aos anseios constitucionais.

A Constituição Federal em seu art. 5º. Inciso X torna inviolável, entre outros direitos, o direito a vida, e este se estende a pessoa do nascituro, sendo penalizados aqueles que cometem ou provocam o aborto fora das exceções previstas em lei. Se ao nascituro a Constituição concede direitos antes do seu nascimento, a teoria natalista adotada pelo Código Civil não corresponde em parte ao constitucionalismo do ordenamento. Notoriamente, percebe-se a necessidade de desapego ao conservadorismo imposto pelo instituto civilista, havendo uma ruptura de valores ultrapassados que não correspondem mais a realidade social, avançando para uma nova roupagem que atenda juridicamente as inovações sociais e científicas.

A necessidade de ruptura do conservadorismo impregnado no Código Civil de 2002 pode ser confirmada pelas inovações científicas ligadas à figura do nascituro e a necessidade de tutela jurídica a todas elas. Se ao tempo da promulgação, o Código já era ultrapassado em relação a avanços científicos, atualmente urge a releitura deste diante dos desafios apresentados pela ciência.

Em relação ao nascituro não é mais discutível apenas a personalidade jurídica deste. Ao *ser humano em gestação* se tem dedicado discussões jurídicas que vão além de reconhecê-lo como sujeito de direito e deveres. Discussões essas feitas a respeito da reprodução natural ou laboratorial, da clonagem, das células-tronco embrionárias, do aborto e tantas outras que já existem e possíveis outras que virão a existir.

A respeito disso, com a evolução da reprodução assistida tornou-se necessário se pensar em todas essas inovações científicas citadas anteriormente, pois “a vida se inicia com a fecundação e a vida viável com a gravidez. O início legal da consideração jurídica da personalidade, posto ideias colocadas, é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher” (Namba,

2015).

Ao ser levado juridicamente em consideração todos esses avanços fica comprovado o reconhecimento do nascituro enquanto ser detentor de direitos da personalidade diante do ordenamento, demonstrando assim, o concepcionismo da personalidade jurídica se sobressaindo em relação ao conservadorismo do CC/2002.

De acordo com o Enunciado 1, da Jornada de Direito Civil disponibilizado pelo site da Justiça Federal no ano de 2016, se estende ao natimorto a mesma proteção concedida ao nascituro em relação aos direitos personalíssimos. Natimorto é aquele que foi concebido, mas não nasceu com vida (Farias, 2018). Diante desta situação, é possível perceber a relativização da teoria natalista e o avanço do concepcionismo quando se garante àquele que não nasceu com vida à titularidade de direitos.

Outra problemática, que impulsiona a ruptura dos valores apresentados pelo Código Civil - ainda não protegida juridicamente, mas discutida entre os doutrinadores - é a responsabilidade da gestante por condutas que prejudiquem o nascituro durante a gravidez. Neste caso a gestante poderá ser responsabilizada por danos impostos ao filho durante o período gestacional causado por comportamentos culposos, como por exemplo, fumar, usar entorpecentes e ingerir bebida alcoólica durante a gravidez (Farias, 2018).

Como pôde se observar esta e as demais discussões apresentadas representam a necessidade de um Código atual. Em relação à personalidade jurídica, apesar da teoria concepcionista não ser a teoria adotada expressamente pelo Código Civil, esta possui atuação mais eficaz do que a teoria pátria, caracterizada pela relativização em parte, pois traz em si conceitos conservadores que já não se aplicam em sua forma absoluta a realidade social e jurídica do nascituro.

4. TRANSIÇÃO PARA O CONCEPCIONISMO A PARTIR DOS MICROSSISTEMAS LEGAIS

Com o advento da Constituição Federal em 1988, todo o ordenamento jurídico brasileiro foi submetido à análise dos direitos fundamentais. De acordo com o art. 1º, inciso III da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, possui como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana, e se compõe de princípios

fundamentais que norteiam todo o ordenamento. Em relação à dignidade humana, esta “tem sido um valor guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas” (Schreiber, 2014).

A unificação do sistema jurídico por meio do constitucionalismo contribuiu para o reconhecimento do concepçãoismo por meio dos microssistemas legais. Em um primeiro momento, se faz necessária uma análise sobre o direito à vida tutelado pela Constituição. Este direito compõe o núcleo dos direitos da personalidade, que são direitos inerentes a cada indivíduo, e oferece proteção ao ser humano desde antes do seu nascimento até o momento da sua morte. O direito à vida possui dois polos de atuação: positivo e negativo.

Ao se pensar em vida, não se pode se ater apenas ao sentido de se manter vivo àquele a quem o direito protege. Como nos explica Marcelo Novellino:

O direito à vida possui dupla acepção. Em sua acepção negativa, consiste no direito assegurado a todo e qualquer ser humano de permanecer vivo. Trata-se, aqui, do direito de defesa que confere ao indivíduo status negativo (em sentido amplo), ou seja, direito a não intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares... A acepção positiva é associada ao direito à existência digna, no sentido de ser assegurado ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas. Essa acepção, no entanto, não se limita à garantia do mínimo existencial, atuando também no sentido de assegurar ao indivíduo pretensões de caráter material e jurídico (Novellino, 2018).

Deste modo, pode-se concluir que o direito à vida está diretamente ligado ao fundamento da dignidade humana, de modo que o Estado deve providenciar meios de subsistência que proporcionem dignidade. Como dito anteriormente, o direito à vida alcança aqueles que ainda não nasceram, proporcionando a estas condições de existência digna, garantindo a igualdade de tratamento em relação aos já nascidos vivos. Diante deste cenário surge a atuação de microssistemas legais com o objetivo de se garantir vida digna ao nascituro.

A Lei Alimentos Gravídicos (Lei n.º 11.804/08) adota a visão concepçãoista ao lecionar sobre o direito de alimentos concedido a gestante. Este microssistema surge apresentando uma visão contemporânea com o objetivo de atender aos anseios constitucionais garantindo ao feto a oportunidade de ter uma vida digna, ainda que uterina. O art. 2º. da referida lei confirma a atuação do concepçãoismo ao

expressar de forma clara que:

Art. 2º. Os alimentos de que trata essa Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinente.

É possível perceber que se busca proteger a gestação em toda a sua duração, visando proporcionar ao feto o direito à vida em suas duas acepções, resguardando o seu desenvolvimento uterino e o seu nascimento digno. Ora, se o direito a alimentos gravídicos é garantido em razão do nascituro, este se torna titular na pretensão deste direito, necessitando da representação materna na propositura da ação em razão de não possuir capacidade. Sendo assim, o nascituro possui legitimidade na pretensão deste direito, mas não possui capacidade. Deste modo, a Lei de Alimentos Gravídicos conferiu legitimidade ativa a própria gestante para a propositura de ação de alimentos (Gonçalves, 2018).

Outro ponto importante a ser destacado no âmbito das tendências concepcionistas, é a possibilidade de adoção do nascituro, isto é, daquele que ainda não nasceu fomentando novos ideais familiares da sociedade atual. O que hoje parece ser inovador é fruto de várias alterações sofridas e conquistas alcançadas no âmbito do Direito de família. Em tempos passados, a família era constituída pelo vínculo consanguíneo e o casamento civil, sendo marginalizados todos os demais que não se enquadravam nesse sistema (Madaleno, 2017). Entretanto, a partir dos valores apresentados pela Constituição Federal, o antigo conceito de família tornou-se mitigado, dando lugar aos novos modelos familiares constituídos com base em vínculos socioafetivos.

A adoção do nascituro não se encontra tutelada pela Constituição Federal, e do mesmo modo pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil, existindo a atual necessidade de se abordar a temática (Madaleno, 2017). Ligado ao setor familiar, o instituto da adoção também sofre transformações ao longo do tempo se adaptando aos novos valores reconhecidos pela sociedade, e por essa razão, alcança a figura do nascituro. Em pesquisa realizada pelo site Prolegis, se define a adoção como sendo:

Uma modalidade artificial de filiação que busca ser igual a filiação natural, sendo garantido pela Constituição Federal de 1988 a igualdade de direitos entre os filhos naturais e adotivos, proibindo qualquer distinção na certidão de nascimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua adoção no artigo 41, nos seguintes termos: “atribui a condição de filho ao adotado”, sendo a mesma definição repetida no artigo 1.626, caput, do Novo Código Civil. (Site Prolegis, 2007)

Adoção é efetivada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que dispõe sobre normas de proteção a este público. De acordo com a pesquisa realizada pelo site Prolegis, 2007, o microsistema legal está diretamente ligado aos Direitos Sociais previstos no art.6º da Constituição Federal, que garante, entre outros a proteção à maternidade e a infância. É revelador que a Constituição em seus artigos 227 e 229 descreve que a criança possui direito fundamental a criação e educação no âmbito familiar, considerando estes, sujeitos de direitos. Deste modo, conclui-se que a tendência concepcionista da adoção ao nascituro surge como forma de promover a este a proteção disponibilizada pela Constituição Federal, permitindo que este venha a usufruir de uma criação digna no seio familiar.³

Outra questão importante sobre a figura do nascituro consiste no reconhecimento da filiação e do direito a ascendência genética. Em um primeiro momento faz-se necessária à conceituação de filiação. Filiação consiste em um reconhecimento jurídico decorrente do parentesco estabelecido por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre filhos e pais (Tartuce, 2018). A filiação, assim como processo de adoção, passou por transformações ao longo dos avanços sociais, resultando em um instituto mais humanizado, condizente com os valores de dignidade humana.

O reconhecimento de paternidade só se estende aos filhos tidos fora do casamento, pois, em relação aos filhos de pais casados, a paternidade já é reconhecida em decorrência do casamento dos pais (Gonçalves, 2018). A lei que trata desta temática é a Lei de Investigação de Paternidade (Lei n.º 8.560/92), destinada ao reconhecimento da filiação de filhos havidos fora do casamento. Antes do constitucionalismo de 1988 os filhos de pais não submetidos ao casamento eram considerados ilegítimos (Gonçalves, 2018). Com o advento da Constituição Federal,

³ Disponível em <http://www.prolegis.com.br/ado%C3%A7%C3%A3o-seu-contexto-hist%C3%B3rico-vis%C3%A3o-geral-e-as-mudan%C3%A7as-trazidas-pelo-novo-c%C3%B3digo-civil/>.

essa diferenciação de tratamento em relação aos filhos havidos fora do casamento ou não, foi extinta. O parágrafo 6º do art. 227 da referida norma proíbe toda e qualquer forma de designações discriminatórias relativas à filiação.

A jurisprudência estende a aplicação desta lei para o reconhecimento de paternidade ao nascituro, considerando este sujeito de direito, podendo a mãe configurar como polo ativo no pedido de ação de investigação de paternidade. O microssistema legal apresentado se aplica ao nascituro, buscando garantir a este tratamento igualitário em relação ao direito à paternidade reconhecida. O concepcionismo se encontra enraizado nos atuais parâmetros deste instituto, pois se entende que “existe o direito fundamental do nascituro, ao qual a natureza humana não lhe deu oportunidade de vida extrauterina, em ter um registro de nascimento e que nele conste o nome de seus genitores” (Site Sedições, 2011)⁴. Estes direitos compõem os direitos da personalidade do nascituro, importantes para sua proteção enquanto ser humano.

Ainda em relação aos microssistemas legais de tendências *concepcionistas*, é oportuno abordar a questão da reprodução assistida, regulada pela Lei de Biossegurança (Lei 11.105/ 05), pelo Código de Ética Médica e Resolução n. 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina.

A reprodução assistida representa um grande avanço científico em relação ao nascituro, demonstrando o desdobramento legal do concepcionismo, pois apresenta inovações relacionadas à reprodução humana no âmbito laboratorial. A reprodução assistida, consiste na intervenção do homem no processo de procriação natural, com a intenção de proporcionar a pessoas com problemas de fertilização ou esterilidade o alcance da maternidade ou paternidade (Maluf, 2015).

A Resolução de n. 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina apresenta algumas restrições em relação à reprodução assistida que nos revelam uma proteção concepcionista em relação ao nascituro. Dentre elas, se encontra a vedação ao uso de técnicas de reprodução assistida que visem selecionar o sexo ou qualquer outra característica do futuro embrião.

A possibilidade de escolha da sexagem do nascituro no momento da reprodução assistida, sem restrições alguma, poderia chegar a violar o princípio

⁴ Disponível em <https://sedicoes.wordpress.com/2011/05/19/o-direito-a-personalidade-ao-nascituro-sem-sobrevida-por-ser-atributo-de-dignidade-embora-no-mundo-dos-anjos-nao-se-exija-registros/>

constitucional da dignidade humana, podendo promover uma relativização aos direitos da personalidade, tanto do nascituro como dos demais indivíduos. Há a necessidade de uma análise mais profunda a respeito dos pontos positivos e negativos da sexagem, entretanto, pensar nessa possível seleção, de acordo com artigo publicado no site Jus, no ano de 2015⁵, sobre a vedação da sexagem, nos remonta aos ideais *pregados* pela eugenia, que consiste na busca, por meio de técnicas científicas, pela raça perfeita. Esta concepção fere os direitos da personalidade do nascituro, pois sendo possível interferiria no fato destes serem considerados absolutos.

Deste modo, percebe-se a capilaridade do concepcionismo em todos os microssistemas legais apresentados, ora concedendo ao nascituro direitos que resguardam a sua dignidade, ora restringindo àqueles que possivelmente venham a atentar contra ela.

5. ENCAMPAMENTO DO CONCEPCIONISMO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O avanço do concepcionismo alcançou não somente os microssistemas legais como, também, passou a atuar no polo dos Tribunais Superiores. Tanto o Superior Tribunal de Justiça, como Supremo Tribunal Federal emitiram decisões favoráveis ao nascituro sob a perspectiva da teoria concepcionista. Dito isto, passaremos a observância de quatro casos, onde as decisões foram pautadas em valores concepcionista.

Posta esta afirmação é de interesse que se observe alguns julgados para compreender a atuação do concepcionismo no âmbito dos Tribunais Superiores. Do ponto de análise às decisões proferidas pelo STJ, este, no julgamento do RE 150297 DF, em 2012, pela 3ª Turma, sendo relator o Ministro Sidnei Beneti, atribuiu ao nascituro a indenização por danos morais e materiais causados pela morte do pai.

Segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, O nascituro teria direito aos danos morais, porém, seria levado em consideração o fato de não ter conhecido o seu pai em vida, e isso influenciaria na fixação do quantum. Entendeu-se que a dor

⁵ Disponível em <https://jus.com.br/artigos/43689/das-razoes-de-vedacao-da-sexagem-e-eugenia-na-reproducao-assistida>.

sofrida pelo nascituro em relação à morte do pai, seria menor em comparação a dor sentida por um filho que teve alguma convivência com o pai e este vem a falecer.

Ainda em relação ao direito a indenização por danos morais ao nascituro, julga o STJ o RE 384785 DF, em 2013, pela 3ª Turma, sendo o relator o Ministro Sidnei Beneti, que trata da má prestação de serviço hospitalar, ocasionando a morte do nascituro. No caso em questão, ao Hospital Santa Luzia S/A foi imposto o pagamento de 60.000,00R\$ de indenização aos pais pela morte do nascituro ocasionada pelo mau serviço prestado.

Em outro julgado o STJ inova ao conceder ao genitor do nascituro indenização por danos pessoais em razão de acidente que resultou na morte do feto. O julgamento do RE 1413586 SC, em 2014, sendo relator o Ministro Antônio Carlos Ferreira, reconheceu ao genitor o seguro DPVAT em razão da morte do nascituro provocada por acidente.

A decisão foi tomada com base no art. 3 da Lei n.º 6.194/74 que trata expressamente dos danos pessoais cobertos pelo seguro DPVAT, permitindo a indenização no caso de morte, e com base no art. 4 da referida lei, que diz que a indenização no caso de morte será paga de acordo com o previsto no art. 792 do Código Civil, que diz que na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. Assim, entende-se que nos casos de morte, a indenização deve ser paga aos parentes.

A decisão se fundamentou no art. 3, alegando que o dispositivo garante a indenização por morte, e no caso em questão o aborto causado pelo acidente representa a morte do nascituro. Assim, foi concedido o direito à indenização do seguro DPVAT ao pai do nascituro.

Do ponto de análise às decisões proferidas pelo STF, este, no julgado de Reclamação n.12.040-DF, pelo Tribunal do Pleno, sendo relator o Ministro Néri da Silveira, decidiu favoravelmente a respeito do nascituro concedendo a este o direito ao reconhecimento de sua filiação. O direito ao reconhecimento de filiação foi garantido de forma a expressar a própria personalidade do nascituro. O inciso X do art. 5 foi invocado trazendo a tona os direitos personalíssimos.

O pedido se deu em torno do consentimento para a coleta de material

biológico da placenta, para a realização do exame de DNA, ainda que em oposição à genitora, e a partir disso, dar-se o reconhecimento de paternidade. O Tribunal julgou procedente a reclamação, deferindo a realização do exame de DNA.

Como pode se observar, a teoria concepcionista ganhou espaço também no âmbito dos Tribunais Superiores. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, este tem acolhido a teoria concepcionista, se mostrando abertamente adepto aos anseios do concepcionismo, enquanto o Supremo Tribunal Federal não possui posição definida a respeito das teorias, ora seguindo a teoria natalita, ora a concepcionista (Gonçalves, 2018).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, se faz necessário entender que o direito varia de acordo com a dinâmica das relações sociais estabelecida em cada contexto. E como produto dessas relações sociais, deve ele ser reflexo da sociedade que representa. As normas estabelecidas no nosso ordenamento se caracterizam por serem fatos aos quais a sociedade, em dado momento, atribuiu valor. O apego ao conservadorismo legal desvirtua, em parte, o propósito para o qual foi criado o direito, forçando uma não adesão aos novos padrões estabelecidos pela sociedade.

Deste modo, perceptível é que a personalidade jurídica pela perspectiva natalista se mostra conservadora ao tratar o nascituro como mera expectativa de direito, não condizente com a proteção dispensada ao feto pela Constituição Federal, e, do mesmo modo, não acompanhando os avanços científicos e alterações sociais. Existe uma necessidade maior de transição teórica e prática para o concepcionismo, já que este apresenta ideais vanguardas correspondentes aos interesses do ordenamento.

A utilização da teoria concepcionista serve de ponto de contato entre o Direito Civil e a Constituição Federal, se adequando ao constitucionalismo pregado desde 1988. Se a Constituição Federal reconhece ao nascituro os direitos da personalidade, ao Código Civil não basta apenas colocá-los a salvo na expectativa do nascituro vir a nascer com vida. Os direitos da personalidade integram o ser de forma absoluta, acompanhando-o por toda a vida. Limitar esta esfera de proteção é atentar contra a sua própria dignidade. O concepcionismo é contemporâneo, de

vanguarda e constitucional. Deste modo, conclui-se que não há razões para a sua não prevalência no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

Adoção: seu contexto histórico, visão geral e as mudanças trazidas pelo novo Código Civil. 2007. Disponível em <http://www.prolegis.com.br/ado%C3%A7%C3%A3o-seu-contexto-hist%C3%B3rico-vis%C3%A3o-geral-e-as-mudan%C3%A7as-trazidas-pelo-novo-c%C3%B3digo-civil/>. Acesso 28 de set. 2018

BRASIL, **Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/codigos-1>. Acesso em 30 de set. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 30 de set. 2018.

BRASIL, **Lei de Investigação de paternidade, n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm. Acesso em 1º de out. 2018

BRASIL, **Lei de Alimentos Gravídicos, n. 11.804, de 05 de novembro de 2008.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm. Acesso em 30 de set. 2018

BRASIL, **Lei de Biossegurança, n. 11.105, de 24 de março de 2005.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 30 de set. 2018

BRASIL, **Resolução n. 2.121 de 24 de setembro de 2015. Conselho Federal de Medicina.** Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf. Acesso em 2 de out.

Das razões de vedação da sexagem e eugenia na reprodução assistida. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/43689/das-razoes-de-vedacao-da-sexagem-e-eugenia-na-reproducao-assistida>. Acesso 29 de set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB** – 16. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. 928 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. v.1: Parte geral – 19. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2017

GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. – Curitiba: Juruá Editora 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, parte geral: Volume 1. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, Direito de Família: Volume 6. -15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. **Direitos fundamentais do embrião na bioconstituição** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

Investigação de paternidade: direito à personalidade ao nascituro mesmo sem sobrevida. Nome, atributo de dignidade, embora no mundo dos anjos não se exija registros. 2011. Disponível em <https://sedicoes.wordpress.com/2011/05/19/o-direito-a-personalidade-ao-nascituro-sem-sobrevida-por-ser-atributo-de-dignidade-embora-no-mundo-dos-anjos-nao-se-exija-registros/> Acesso 29 de set. 2018.

Jornada de direito civil – Enunciados aprovados de NS. 1 a 137, 2016. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%201%20A%20137.pdf/view>. Acesso em 27 de set. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. -7ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. – 3. ed. –São Paulo: Atlas, 2015

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, parte geral: volume. 1. – 10.ª ed. rev. e, atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito** -2. Ed. –São Paulo: Atlas, 2015

NOVELLINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. – 13. ed. rev., ampl. e atual. –Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. 960p.

REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. **Direito e genética: limites jurídicos para a intervenção no genoma humano**. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 158 p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, parte geral: volume 1. – 34 ed. - São Paulo: Saraiva 2007

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade** – 3.^a ed. ver. e, atual. – São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014

STJ: **150297 DF 2012/0041902-2**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/02/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2013

STJ: **384785 DF 2013/0258840-6**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 24/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2013

STJ: **1413586 SC 2013/0348426-1**, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 19/06/2017

STF: **2040 DF**, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 21/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-0012

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.5: Direito de Família**. – 13. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.