

# ESTUDOS E PARECERES

---

---

## O NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS \*

Francisco Amaral  
Professor de Direito Civil e Romano  
na Faculdade de Direito da UFRJ

### 1. *Introdução. O problema da condição jurídica do nascituro*

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabelece, como princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro, dentre outros, o da dignidade da pessoa humana (art. 1.º) e o da garantia de todos os residentes no país à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º).

Consagram-se, assim, no texto constitucional, de modo concreto, efetivo e plenamente eficaz, valores fundamentais que justificam e legitimam a nova ordem jurídica, conquista da sociedade brasileira mobilizada em torno de um projeto nacional de redemocratização política e jurídica, no qual a pessoa humana é referencial básico e primeiro da sistematização constitucional, ao contrário da Constituição anterior, que dava

---

\* Comunicação apresentada no Seminário Internacional sobre "El Código Civil español como puente de unión entre las codificaciones europeas y el derecho latino-americano" realizado em Burgos, nos dias 13 e 14 de outubro de 1989.

prioridade à organização e ordenação do Estado. Emerge, assim um personalismo ético, na medida em que se erige, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em toda a sua extensão.

Além da proteção constitucional, o bem jurídico que é a vida humana, esteja a pessoa já formada ou ainda no período de sua formação, dispõe de tutela específica no campo do direito penal, que tipifica e condena os crimes de homicídio e aborto (Código Penal, arts. 121 a 126).

Não só a vida, mas também outros interesses do ser humano, que formam o substrato dos chamados *direitos fundamentais*, (quando vistos em relação ao Estado), ou dos *direitos da personalidade*, (quando postos em confronto com os demais titulares das relações de direito privado), são também objeto de proteção jurídica no Código Civil, cujo art. 4.º estabelece que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Tal dispositivo ainda se conjuga com outros do mesmo código (art. 337, da filiação legítima; art. 353, da legitimação; art. 357, parág. único, do reconhecimento de filho ilegítimo; art. 372, da adoção; art. 384, V, da representação; art. 458 (da curatela) e art. 462, da curatela; art. 1.169, da doação; art. 1.718, da capacidade de adquirir por testamento), e do Código de Processo Civil (art. 877), dispondo expressamente sobre a proteção jurídica dos direitos do nascituro.

É de concluir-se, portanto, que o direito brasileiro considera a pessoa como centro e destinatário da ordenação jurídica, elegendo o personalismo ético como pressuposto e fundamento ideológico do sistema de direito civil.

Admitindo-se a unidade e a coerência do sistema jurídico brasileiro, qual o sentido e o alcance de todas essas normas quanto à condição jurídica do nascituro no direito brasileiro, entendendo-se aqui nascituro como o já concebido? <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. Pierangelo Catalano. *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rassegna di diritto civile*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 8/88, ps. 47/48.

Essa questão, que periodicamente se repõe, não é despendida no direito contemporâneo. O progresso das ciências biológicas, médicas e da engenharia genética, os problemas jurídicos da inseminação artificial, da fecundação *in vitro*, da transferência do embrião, da contracepção, do aborto etc., suscitam problemas sobre o direito das pessoas e coloca em primeiro plano a relação entre as novas técnicas de reprodução e os direitos da personalidade, sabido que a pessoa é o valor central do direito civil.<sup>2</sup> Colocam-se questões que a ciência jurídica tem de enfrentar, elaborando soluções adequadas, de acordo com os princípios fundamentais do direito e os valores específicos de cada sociedade. Renova-se, por isso, o interesse e a conveniência, se não a necessidade, de se voltar à controvérsia da condição jurídica do nascituro. Em última análise, o que se coloca é a necessidade de se assinalar um *status* jurídico ao concebido ou nascituro, entendendo-se este como o embrião vivente no útero até o parto, a partir do que, todas as questões que a ciência contemporânea coloca podem ser enfrentadas.

Acresce a tais circunstâncias o fato relevante de se encontrar o Brasil em fase final de elaboração de um novo Código Civil, cujo projeto se desvia da sua própria tradição e da tendência dominante no direito contemporâneo, que é a de reconhecer a personalidade jurídica do nascituro.<sup>3</sup>

## 2. A questão de direito e seus termos

Garantidas na Constituição a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, e reafirmado, assim, o primado da pessoa como sujeito de direitos e da personalidade como titulariedade desses direitos e, por isso mesmo, como instituição básica do direito civil, a questão que se coloca é a de estabelecer, como já assinalado, a situação jurídica do nascituro. No caso particular do direito brasileiro, além da interpretação lógico-sistemática das normas que dispõem sobre a matéria, impõe-se

<sup>2</sup> Federico de Castro y Bravo. *Derecho Civil de España*, II, Madrid, Civitas, 1984, p. 20.

<sup>3</sup> Catalano. *Op. cit.*, p. 59.

precisar os termos em que se desenvolveu a experiência jurídica brasileira nesse particular, vale dizer, levar em consideração as concepções que influíram ao longo de seu processo evolutivo. Caracterizando-se o direito civil como um direito de formação histórica e jurisprudencial, forjado ao longo dos tempos com a contribuição do direito romano, germânico e canônico e no caso brasileiro ainda com as contribuições do direito francês, português, italiano, espanhol e alemão, é com elementos dessas ordens que o direito civil brasileiro se forma, tendo presente, e em primeiro lugar, a realidade social a que se destina. Impõe-se, portanto, a compreensão do processo evolutivo, pois que não percebe o sentido histórico do direito, dele só terá uma visão estática. O direito deve ser visto como um conjunto de normas resultantes e dirigidas a uma realidade social concreta, e que se orienta por princípios e categorias que se vêm construindo ao longo dos séculos.

Precisar a natureza jurídica do nascituro no direito brasileiro é, portanto, tarefa que impõe ao intérprete considerar o direito positivo e a ciência jurídica da atualidade como expressões de uma longa experiência jurídica que se protraí ao longo dos tempos e que, no caso brasileiro, se orienta pelas matrizes romanas e canônicas, através do direito ibérico, do qual as codificações espanholas e portuguesas são o traço de união entre o direito comum, de origem romana, e o direito que hoje disciplina e orienta os povos da América do Sul.

### 3. *A experiência jurídica portuguesa como elemento de transição entre o direito romano e o direito brasileiro*

O art. 4.º do Código Civil brasileiro, dispondo que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, cristaliza uma experiência jurídica multissecular que começa no direito romano, passa pelo direito medieval e chega ao direito brasileiro através do direito português, cuja função intermediadora se torna interessante realçar.

Como é que o direito justinianeu foi recebido em Portugal?

Inicialmente, através do direito canônico. Desaparecido o império romano do Ocidente com a queda de Roma em 476 d.C, permanece o seu direito como a *lex terrena* da Igreja, aplicando-se “sempre que não contrariasse o canônico. Recordar-se o princípio de Graciano no *Decretum: Totius legibus imperatorum in ecclesiasticis negotis utendum est, quoties sacris canonibus obviare non inveniuntur*”.<sup>4</sup> Caminham juntos os dois direitos, o espiritual e o temporal (*utrumque ius*). Desse modo, “a recepção do direito romano em Portugal, assim como noutros reinos europeus, é precedida e condicionada pela recepção do direito romano no direito canônico”.<sup>5</sup> Notícia disso nos dá o testamento do Bispo do Porto D. Fernando Martins, falecido em 08 de novembro de 1.185 onde se diz: “*Mando Portugalsensi: Ecclesiae decreta mea et institutiones et autenticam et novellam sicut sunt in uno volumine et sumam decretorum et institutionum et codicis siti in alio volumine ... Mando Bracharensi Ecclesiae codicem meum et digestum vetus et novum in tres partes cum isforciato, et psalterium glosulatum*”.

Na referência às obras de ambos os direitos está o exemplo da unidade espiritual dos direitos canônico e romano.

Antes disso o primeiro rei de Portugal, D. Afonso Henrique, em documentos de 1129, já se referia, ao fazer uma doação, à lei romana, juntamente com a lei dos francos e dos godos: “*Ego infans Adefonsus secundum auctoritatem donationum legum Romanorum atque Francorum seu Gothorum de hac hereditate quam tibi Monio Ruderici libera irrevocabili voluntate concessi et cartam fieri iussi manibus meis illam tibi roboro*”, embora haja controvérsia sobre a autenticidade de tal documento.<sup>6</sup>

A recepção do direito romano em Portugal também se fez através da influência castelhana, tanto da doutrina quanto da

---

<sup>4</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva. *História do Direito Português*, I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 154.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>6</sup> Martim e Rui de Albuquerque. *História do Direito Português*, I, Lisboa, 1985, p. 274.

legislação mandada compilar pelo rei Afonso X, o Sábio (1252-1284), na qual a presença romana era mais nítida e mais real. A introdução do direito justinianeu em Portugal da produção castelhana deve-se a várias circunstâncias, como a do idioma, pois, essa legislação era escrita em língua de mais fácil compreensão do que o latim ou grego, além do fato de já serem sínteses das decisões justinianeias, revestidas de aspectos culturais ibéricos, o que os aproximava dos juristas e letrados portugueses. Tais obras compreendem a produção doutrinária de Jacome Ruiz, como as *Flores de Derecho, Suma ou Flores de las Leyes e os Nueves Tiempos del juicio*, e a produção legislativa, como o *Fuero Real*, (1255) e o Código das *Siete Partidas*, este traduzido para o português ainda no século XIII, e de aplicação comprovada no século XIV,<sup>7</sup> vindo parte de seus textos a integrar as Ordenações Afonsinas, a primeira compilação portuguesa.

As Partidas, verdadeiro monumento literário e jurídico, são no dizer de Castan Tobeñas, “o instrumento mais representativo da recepção do direito romano não só em Castela como em toda a Espanha, dado o prestígio e a influência que adquiriram.”<sup>8</sup> E no que diz respeito aos direitos do nascituro, já dispunha na *Quarta Partida*, Tit. XXII, Ley III: “Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida: mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona, o de sus casas, nom le empescé”.

A necessidade de se sistematizar o direito existente, para proporcionar melhor conhecimento e, por isso mesmo, maior segurança às relações jurídicas, faz com que o rei D. João I de Portugal determine a reforma do direito português em 1446, o que leva ao surgimento das Ordenações Afonsinas, em homenagem ao príncipe, e depois rei, Afonso V, que efetivamente as promulgou.

<sup>7</sup> Gomes da Silva. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>8</sup> José Castan Tobeñas. *Derecho Civil Español, Comun y Foral*, Tomo Primeiro, Undécima Edición, Revista por José Luis de Los Mozos, Madrid, Reus S.A., 1975, p. 183.

Essas ordenações, que refletem a centralização do poder político e do poder jurídico nas mãos do rei, paralelamente à decadência do poder local e consuetudinário, organizam-se à semelhança das *Decretais* de Gregório IX, dividindo-se em cinco livros, por sua vez divididos em títulos e parágrafos, e constituem a “síntese do processo que, desde a fundação da nacionalidade... afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular”. E representam, materialmente, a “compilação, compreendendo a leis anteriores, decisões das Cortes concórdias, concordatas, costumes, normas das *Siete Partidas* e disposições dos direitos romanos e canônico”.

Com as Ordenações Afonsinas fica assim organizado o sistema das fontes de direito em Portugal: Primeiro, devia aplicar-se o direito nacional, manifestado em lei, estilo da Corte ou em costume. Secundariamente o direito romano, em matéria não religiosa e que não envolvesse *pecado*, ou o direito canônico se se tratasse de assuntos espirituais ou temporais que envolvessem pecado. E ainda, a glosa de Acúrsio, a opinião de Bártolo ou a decisão do rei, na falta de norma aplicável de direito romano ou canônico.

A importância das Ordenações Afonsinas está no fato de serem o substrato da experiência jurídica portuguesa da época medieval, consistindo ainda na base do processo evolutivo do direito português, considerando-se que as compilações subsequentes viriam a ser mera atualização dos preceitos anteriormente reunidos nas Ordenações Afonsinas.

No que diz respeito à matéria desta comunicação, mantida ficou a tradição romana, no Livro IV, Título LXXXIII, do *Tetor, ou Curador testamentário, que he dado ao meor em algum testamento*: “Estabelecido he per direito, que o Padre, e Avoo podem dar tetor, ou curador em seu testamento a seu filho, ou a seu neto, que estiver em seu poder, em todo caso que for meor de hidade comprida, a saber, de vinte cinco annos. E esto podem também fazer aos filhos nados, como aos que son no ventre de sua Madre...”

A referência aos filhos “que son no ventre de sua Madre”, reconhecendo a esses a possibilidade de serem representados por tutor ou curador, demonstra a permanência na experiência medieval portuguesa da regra justiniana *Bonorum ventris nomine curatoriem dari oportet* (D. 27, 10, fr. 8, e ainda D. 37, 9 todo o título e fr. 1, pp 17 e 18), na linha da tradição ibérica já demonstrada na Lei das Siete Partidas.

Depois das Ordenações Afonsinas nova compilação se faz em 1514, já no reinado de D. Manuel, pelo que adotou o nome de Ordenações Manuelinas. A razão de ser desta nova obra estava no fato das Afonsinas não terem tido a divulgação devida, o que prejudicou o necessário conhecimento e efetiva aplicação, sendo preciso que, depois de mais de cinqüenta anos de compilação afonsina, se elaborasse um novo texto, atualizado, do direito português, para ser divulgado agora com a ajuda da imprensa. O sistema adotado é o mesmo das Ordenações Afonsinas: cinco livros, cada um dividido em títulos, e estes em parágrafos, contendo basicamente a mesma matéria da compilação anterior, sem, todavia, a referente aos judeus, expulsos do reino em 1496, e a referente à Fazenda Real, que passou a ser objeto de legislação específica. E no que diz respeito às fontes do direito, a hierarquia é a mesma: a lei, os estilos da Corte, os costumes, o direito romano canônico, a glosa de Acúrsio, a opinião de Bártolo e, finalmente, a decisão do rei, sendo que o direito romano se aplica, como norma subsidiária, pela boa razão em que é fundado (*as quaes lex imperiales mandamos somente guardar pela boa razam em que sam fundadas*). As leis romanas aplicavam-se *imperio rationis* e não *ratione imperis*. Era o direito romano a *ratio scripta*.<sup>9</sup>

Nas Ordenações Manuelinas, no Livro III, referente ao processo judicial, Título XXVIII, par. 7º, também se protegia o nascituro ao dispor: “Item poderá ouvir, e julgar sobre demanda que faça algũa mulher que ficasse prenhe, pedindo que a metessem em pose dalguũs bens que lhe pertencessem, per razam da criança que tevesse no ventre”. É a posse em nome

<sup>9</sup> Gomes da Silva. *Op. cit.*, p. 211.

do nascituro, hoje disciplina no Código de Processo Civil brasileiro, arts. 877 e 878.

A mesma orientação vai-se encontrar nas Ordenações Filipinas, nova compilação do direito português elaborada por ordem de Filipe I, concluídas em 1595 e vigentes a partir de 1603, já no reinado de Filipe II, a qual mantém a mesma estrutura das ordenações anteriores (cinco livros, estes divididos em títulos e estes em parágrafos) e delas representando, apenas, mera atualização. Algumas disposições referem-se diretamente aos interesses e à proteção do nascituro, como no Livro III, Título XVIII, par. 7.º, que repete disposição das Ordenações Manuelinas, com o idioma da sua época: “E poderá ouvir e julgar sobre demanda que faça alguma mulher que ficasse prenhe, que a metam em posse de alguns bens, que lhe pertencerem por razão da criança, que tem no ventre”. Ou no Livro IV, Título 82, par. 5.º: “Outrosi, se o pai, ou mãe ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte do pai, ou mãe, assi o testamento, como os legados nele conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor”. E a doutrina era do mesmo entendimento.<sup>10</sup>

#### 4. O processo de codificação brasileira

O processo de codificação do direito civil brasileiro passa por vários projetos, que se iniciam com Teixeira de Freitas até finalizar com Clóvis Beviláqua.

Freitas considera o nascituro como pessoa. O art. 1.º da sua Consolidação das Leis Civis (1858), dispõe claramente: “As pessoas consideram-se nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tem-

---

<sup>10</sup> Coelho da Rocha. *Instituições de direito civil português*, I, Coimbra, 1886, p. 54: “O homem ou é nascido ou é embrião. Estes, em tudo o que é do seu interesse, são pelas leis equiparados aos nascidos, e conservam até o nascimento, todos os direitos que lhes competiriam se estivessem já nascidos no momento em que os adquiriram, contanto que nasçam capazes de viver.

po do nascimento". Tal disposição repete-a mais tarde, no art. 53 do Esboço de Código Civil (1864). "São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno", e no art. 221: "Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas". Também já no art. 44, 1.º, em matéria de proteção aos incapazes, dispunha: "Incumbe a representação dos incapazes:" 1.º "Das pessoas por nascer, a seus pais; e, na falta ou incapacidade destes, a curadores". Tais disposições são coerentes com a convicção de Freitas de que não há "ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa". (Esboço, art. 16)

Em todos esses dispositivos, e ainda na Consolidação, arts. 199 e 1.015, Freitas cristaliza os preceitos já contidos nas Ordenações Filipinas (L. 3.º, T. 18, par. 7.º, e 1. 4.º, T. 28, par. 5.º), citando, em nota ao art. 1.º da Consolidação, o conhecido aforismo *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*, e ainda as passagens de Paulo e de Juliano, respectivamente no D. 1, 5, 7 e D. 1, 5, 26 e de Paulo, D. 50, 16, 153 e D. 50, 16, 231.

Em comentário ao art. 221 do Esboço, Freitas reconhece a divergência existente no Direito Romano, acerca da existência das pessoas antes do nascimento, escrevendo: "O Direito Romano estabelece em vários textos que, durante a gestação, o filho não é ainda criatura humana: *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur partus enim, antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum.*" Outros textos, ao contrário, reconhecem a realidade assemelhando ao nascituro, o filho já nascido: *qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.* E passa a criticar Savigny, segundo o qual a primeira regra exprimiria a realidade das coisas em seu estado presente, sendo a segunda uma simples ficção, aplicável somente a uma ordem de fatos especialmente determinada. "Não concebo (afirma Freitas) que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos às pessoas por nascer, posto que, como diz Savigny, em uma ordem especial de fatos, se os nascituros são

representados no caso do art. 54 (do Esboço,) dando-se-lhes Curador, que se tem chamado Curador Ventre, é forçoso concluir que já existem e que são pessoas, pois o nada não se representa”.

O anteprojeto Felício dos Santos (1891) sufragava idêntica opinião, dispondo no seu art. 148: “a existência legal de toda a pessoa natural principia do momento da concepção no ventre materno: os direitos, porém, que lhes são conferidos ficam suspensos até o momento da nascimento”.

A nova Consolidação das Leis Civis, de Carlos de Carvalho (1889) também dispõe no seu art. 74: “As pessoas por nascer, estejam ou não concebidas, a lei conserva seus direitos para o tempo do nascimento, contanto que nasçam viáveis”. E no artigo seguinte: “A gravidez autoriza a posse em nome do ventre e a nomeação de um curador especial sempre que competir à pessoa por nascer algum direito que se há de tornar efetivo pelo nascimento”.

O projeto inicial de Clóvis Beviláqua (1899) dispunha no art. 3.º: “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”. Mas a revisão feita pela comissão especial da Câmara dos Deputados (1900) dava-lhe nova redação: (“*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas desde a concepção a lei garante os direitos eventuais do nascituro*”) que ainda seria mudada para a fórmula atual do art. 4.º do Código Civil.

Embora Freitas considerasse o nascituro como pessoa, e tal entendimento não fosse o adotado pelo Código, os fins visados pelo art. 1.º da Consolidação e pelo art. 4.º do Código Civil são idênticos, vale dizer, a lei conserva os direitos do nascituro para o tempo do nascimento.<sup>11</sup> embora existam direitos que possam ser exercidos independentemente do nascimento, por via do respectivo representante legal, os pais ou o curador.

Os diversos projetos que se sucedem no processo de codificação brasileira mostram a permanência dos preceitos legais do direito moderno e medieval português que, por sua vez,

---

<sup>11</sup> Milciades Mario de Sá Freire. *Manual do Código Civil Brasileiro*, II, Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, 1930, p. 43.

mantém as regras do direito de Justiniano no que diz respeito à personalidade jurídica do nascituro. O direito português apresenta-se, assim, como um elemento de união e de transição entre o direito romano e o direito brasileiro, passando pelo direito comum e pelo direito espanhol.

5. *O sistema do código civil brasileiro. Fidelidade ou repúdio à tradição romano-ibérica?*

A *sedes matriae* da questão reside no art. 4.º do Código Civil brasileiro, que consagra uma experiência jurídica milenar, de Justiniano a Freitas, passando pelos direitos espanhol e português. Mas não se mantém totalmente fiel à tradição, na medida em que faz concessões ao conceitualismo abstrato da Pandectística, como bem demonstra Catalano.<sup>12</sup>

Esse dispositivo apresenta-se, portanto, de modo contraditório, reconhecendo, simultaneamente, direitos do nascituro e dispondo que a personalidade começa do nascimento com vida, como se fosse possível separar a personalidade da subjetividade jurídica. Como se justifica tal contradição?

É certo que se apresentam nesta matéria, dificuldades terminológicas e conceituais, devendo porém considerar-se que os conceitos e as categorias históricas, se não correspondem integralmente à realidade, deles não se pode prescindir, pois na ciência do direito os fatos não se apresentam em si mesmos mas através de palavras e conceitos, pois a linguagem é a residência do ser. (Heidegger)<sup>13</sup>

Qual então a orientação do direito brasileiro? Aparentemente a dos que adotam a tese de que a personalidade começa do nascimento com vida mas, na verdade, a outra, a que reconhece a concepção como o início da personalidade.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Catalano. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>13</sup> Ricardo Orestano. *Il fatti di nomazione nell esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 20.

Sérgio Cotta. *Persona* (Filosofia del diritto), Enciclopédia del diritto, XXXIII, p. 159.

<sup>14</sup> Acerca da natureza jurídica do nascituro existem basicamente dois sistemas. Um considerando a concepção como o início da perso-

Rápida referência doutrinária permite compreender a aparente contradição.

Para a maioria dos juristas contemporâneos à elaboração do Código, "personalidade" era sinônimo de "capacidade de direito", ambas deferidas como "aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações", sendo pessoa "o ser a que se atribuem direitos e obrigações". Embora reconhecendo a capacidade como a "extensão dada aos poderes contidos na personalidade", Beviláqua afirmava que "a capacidade de direito confunde-se com a própria personalidade",<sup>15</sup> seguindo a opinião de Kohler ("nennt man die Persönlichkeit, auch Rechtsfähigkeit").<sup>16</sup>

Já outros consideram a personalidade como condição prévia de todos os direitos e deveres,<sup>17</sup> e outros ainda como atributo formal da ordem jurídica.<sup>18</sup> De modo genérico, entendia-se a personalidade jurídica como aptidão para ter direitos e obrigações, e pessoa como o sujeito, o titular desses direitos e deveres.

Recorde-se que, a partir da paridade ontológica entre o concebido e o já nascido, fixada pelo direito justinianeu como

---

<sup>15</sup> Clóvis Beviláqua. *Teoria geral do direito civil*. Ed. revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Editora Rio e Francisco Alves, 1975, parág. 4.º.

<sup>16</sup> Eduardo Espínola. *Tratado de direito civil brasileiro*, X, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1941, ps. 411 a 418, onde cita outros autores alemães da mesma opinião, como Unger, Crome, Yellinek, Rudolf, Krainz.

<sup>17</sup> Enneccerus, Ruggiero. *Apud* Espínola, *Op. cit.*, p. 287.

<sup>18</sup> Pugliati, Coviello, Ferrara. *Apud* Espínola, p. 291.

---

nalidade civil do homem, outro que estabelece o nascimento com vida como termo inicial desse estado. Adotam a primeira orientação os códigos civis da Argentina, Áustria, México, Peru, Paraguai. Seguem a segunda os da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Chile, Itália, entre outros. Uma terceira corrente, a da personalidade condicional, dita concepcionista, segundo a qual "a personalidade começa com a concepção sob a condição do nascimento com vida" (por todos, cf. Silmara Chinelato e Almeida, *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.º 97, jan/mar. 1988, p. 184.

princípio de caracter geral,<sup>19</sup> e da idéia de que o nascituro devia considerar-se como nascido desde que se tratasse de seus interesses, como exprime o princípio *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodus agitur*, a pessoa vem a colocar-se no centro da experiência jurídica, como síntese do “homem”, como categoria natural e biológica, com a “pessoa”, categoria ética e espiritual.

Já o conceito de capacidade jurídica, de elaboração conceitual estranha ao direito romano,<sup>20</sup> é criação recente do pensamento jurídico que só na idade moderna lhe dá conceituação unitária.<sup>21</sup>

Capacidade, de *capax* (que contém), de *capere* (conter, compreender), designando inicialmente uma idéia de continência, remete à ideia de quantidade, de medida, distinguindo-se da subjetividade jurídica, ou personalidade, que pressupõe um fato jurídico verificado (a concepção-nidação). Temos, então que pessoa é o indivíduo, o ser humano, e a personalidade, a qualidade que lhe é intrínseca e em virtude da qual ele é sujeito e titular de direitos. Pessoa é relação, que já existe no nascituro. Capacidade de direito é atributo da personalidade.

## 6. Conclusão.

O art. 4.º do Código Civil brasileiro compreende duas idéias aparentemente contraditórias: a) o nascituro é titular de direitos (e o Código em inúmeros artigos especifica tais direitos, independentemente do disposto na Constituição); b) mas não é pessoa, pois a personalidade começa do nascimento com vida, como dispõe.

A fórmula adotada reflete a influência da doutrina alemã, cedendo a concepção concreta e naturalista de Freitas e Beviláqua, que consideravam o nascituro como pessoa, ao con-

<sup>19</sup> Catalano. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>20</sup> Alberto Burdese. *Capacità, Enciclopédia del diritto*, VI, p. 1.

<sup>21</sup> Domenico Mattei, *Capacità (dir. interm)*, *Enciclopédia del diritto*, VI, p. 3.

ceptualismo abstrato e positivístico da pandectística que, utilizado no plano normativo, alterava essa paridade.

Dessa concessão resulta-lhe um aspecto contraditório que não resiste, porém, a uma interpretação lógico-sistemática, da Constituição e do Código Civil, de que resulta a convicção de persistir no direito brasileiro, como de outros países sul-americanos, a tradição romano-ibérica que considera o nascituro como pessoa, e a concepção como termo inicial da personalidade, sendo o nascimento apenas o fato jurídico que a consolida.