



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

LICENCIATURA EM DIREITO

Trabalho de fim de curso

**A PRECARIEDADE DO CONCEITO DE PERSONALIDADE JURIDICA DAS
PESSOAS SINGULARES E O DIREITO DOS NASCITUROS**

Estudante: Égia Síntia Zacarias Machaieie

Supervisor: Dr. Abílio Diolé

MAPUTO

Fevereiro, 2024



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

LICENCIATURA EM DIREITO

Trabalho de fim de curso

**A PRECARIEDADE DO CONCEITO DE PERSONALIDADE JURIDICA DAS
PESSOAS SINGULARES E O DIREITO DOS NASCITUROS**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane em cumprimento dos requisitos parciais para a obtenção do grau de Licenciatura em Direito.

Estudante: Égia Síntia Zacarias Machaieie

Supervisor: Dr. Abílio Diolé

MAPUTO

Fevereiro, 2024

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

EU, **Égia Síntia Machaieie**, declaro por minha honra, que o presente Trabalho de Fim de Curso é da minha autoria , tendo sido elaborado em conformidade com o regulamento para Obtenção do Grau de Licenciatura em Direito, em vigor na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e representa o resultado do meu esforço pessoal, este trabalho nunca foi apresentado em nenhuma instituição de ensino para a obtenção de qualquer grau acadêmico constituindo, por isso, um trabalho original, cujas fontes consultadas para elaboração do mesmo, foram devidamente indicadas.

A estudante

(Égia Síntia Zacarias Machaieie)

DEDICATÓRIA

A minha mãe (em memória), a combustão da minha inteligência, o motor da minha carreira estudantil, a grande luz das minhas noites acadêmicas, o meu maior espelho e a minha força. Obrigada pela infinidade de amor e carinho, que como o teu rosto lindo nunca sumiram, sempre visualizo a tua alegria pelo meu sucesso.

Amo-te!

AGRADECIMENTOS

A Deus. Enquanto eu orava na tarde de hoje, eu pedia a Deus para ensinar-me a ter um coração grato por tudo o que o Senhor meu Deus tem me concedido, toda honra e glória sobre essa jornada sejam dadas a ti, o Senhor é realmente bom. Obrigada pela força, coragem e toda a energia e saúde que o Senhor me concedeu, realmente como Paulo, combati um bom combate, mas sempre foi na força do seu braço, Deus.

À minha família, Machaieie, Mazuze e Macuacua o meu muito obrigada. Um especial obrigada ao meu pai Zacarias Machaieie e aos meus irmãos (Américo, Manuel, Gilda).

Às minhas eternas barulhentas: Hortência Chivale, Nilza Roque, Tévia Cossa e Teresa Aurélio, a vossa amizade foi o bálsamo dessa jornada.

Ao meu Querido grupo Portugal, fui sempre obrigada a limpar os dentes, porque era impossível escondê-los em vossa companhia, obrigada Chefe Valdemar Jojo, Angélica Mabongo, Chélsia Nicolau e Natércia Guilamba.

À Stélvia minha companheira até o fim dessa jornada, ela conheceu os meus principais desgostos na faculdade. Meu querido amigo Leonel, nunca vi alguém que acredita tanto em mim, mas do que eu mesma(risos), muito obrigada, também a todos meus amigos, Heldo, Pedro, Berílio, Gércia, Tidinha e Orildo. Ao meu Pastor mano Jorge Markel, muito obrigada pelas orações, mano Miro, meu querido líder e toda a minha comunidade, muito obrigada pelas orações.

De forma muito especial, agradeço ao meu Supervisor pela disposição e orientação e por ter sugerido o tema durante as aulas de Teoria Geral de Direito Civil.

EPÍGRAFE

"Quando o lugar mais perigoso para um bebê é o ventre de sua mãe, temos a prova da decadência de uma sociedade".

(Desconhecido)

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto dissertar sobre o conceito restrito de personalidade jurídica das pessoas singulares e suas consequências para os nascituros. Todavia, antes de desenvolver o tema principal, será abordado o conceito de pessoa e evolução histórica do conceito e atribuição da personalidade jurídica das pessoas singulares, ademais, o trabalho pretende discutir os conceitos de personalidade, capacidade, nascituros e a forma como estes conceitos são tratados no Direito comparado e suas principais escolas doutrinárias. Posteriormente, analisaremos o seu regime jurídico especificamente no ordenamento jurídico moçambicano, e a interpretação destas normas por alguns juristas moçambicanos, analisaremos a questão nos termos do Direito Internacional e seus instrumentos, Direitos dos nascituros, o regime do aborto. O objetivo deste trabalho é responder as questões ligadas ao início da personalidade jurídica, a consequência de um conceito que não abrange os nascituros. Para realização do mesmo recorreremos a muitos manuais, artigos, algumas decisões jurisprudenciais. Muitos são os posicionamentos relacionados com este tema, uns perfilham que não existe personalidade a partir da concepção, outros posicionam-se no sentido de o nascituro ter a personalidade jurídica desde que ele é concebido, tem dignidade humana e por isso tem o direito a vida e os outros direitos de personalidade.

Palavras-Chave: Personalidade Jurídica, Direito dos Nascituros, Dignidade humana e o crime do aborto.

ABSTRACT

The present job aims to discuss the restricted concept of legal personality of natural persons and its consequences for unborn children. However, before developing the main theme, the concept of person and the historical evolution of the concept and attribution of legal personality of natural persons will be addressed. Furthermore, the work intends to discuss the concepts of personality, capacity, unborn children and the way in which these concepts are treated in comparative law and its main doctrinal schools. Later we will analyze its legal regime, specifically in the Mozambican legal system and the interpretation of these norms by some Mozambican jurisconsults, we will analyze the issue in terms of international law and its instruments, the issue of abortion and the right to life. The aim of this work is to answer questions linked the legal personality of unborn children. To carry out the same, we resprted to many manuals, articles and some jurisprudence decisions. There are many positions related to this topic, some state that there is not personality form conception, others are positioned in the sense that unborn child has the legal personality of being conceived, has human dignity and therefore has the right to freedom and other personality rights.

Key Words: legal personality, rights of unborn children, human dignity and the crime of abortion.

ABREVIATURAS

Art.º- Artigo

CC - Código Civil

CRM - Constituição da República de Moçambique

CP - Código Penal

Op. Cit - Obra citada

LF - Lei da Família

Pág - Página

Ss- seguinte

ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE.....	i
DEDICATÓRIA	ii
AGRADECIMENTOS.....	iii
EPÍGRAFE.....	iv
resumo	v
ABSTRACT.....	vi
ABREVIATURAS.....	vii
INTRODUÇÃO	1
i. Justificativa	1
ii. Formulação do problema	1
iii. Objetivos	2
Objetivo geral	2
Objetivos específicos.....	3
iv. Metodologia	3
v. Tipo de pesquisa.....	3
vi. Estrutura do trabalho	4
CAPÍTULO I.....	5
PERSONALIDADE JURÍDICA E NASCITUROS.....	5
1. Conceito de Nascituro e Evolução Histórica.....	5
1.1. Grécia Antiga	5

Na Grécia era admitida a capacidade dos nascituros, o que é evidenciado pelo rei Licurgo, ora vejamos :.....	5
1.2. Posição do Direito Romano	6
1.3. Idade Média e o Pensamento da igreja Católica nos dias atuais	7
2. A condição jurídica e a personalidade jurídica dos Nascituros	8
2.1. Diferença entre nascituro e prol eventual/concepturo.....	10
3.1. Pessoa.....	11
3.2. Personalidade Jurídica e Começo da vida.....	12
CAPÍTULO II	16
INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PRINCIPAIS ESCOLAS DOUTRINÁRIAS	16
1. Teorias sobre o inicio da personalidade jurídica	16
1.1. Teoria natalista.....	16
1.2. Críticas	17
1.3. A Doutrina da escola Concepcionista	18
1.4. A doutrina da personalidade Condicional.....	19
1.2 A subordinação das condições suspensivas e resolutivas	20
1.4.1 Críticas	20
CAPÍTULO III.....	22
O NASCITURO NO DIREITO COMPARADO.....	22
1. Um olhar sobre o Direito Comparado	22
1.1. Direito português.....	22
1.2. Da Doutrina Portuguesa	23
1.3. Direito Francês	26
1.4. Direito Argentino	27
1.5. Direito Italiano	27
1.6. Direito Espanhol	28

CAPÍTULO IV.....	27
O NASCITURO PERANTE ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO	27
1. A posição do legislador e da Doutrina Moçambicana.....	27
1.1. O regime da personalidade dos nascituros	27
1.2. Constituição moçambicana de 2004 com revisões de 2018.....	30
1.3. O código penal	31
2. A dignidade humana do nascituro	34
2.1. Tratados e Convecções internacionais	35
2.2. <i>Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança</i>	35
2.3. <i>Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas</i>	35
3. <i>O crime de Aborto e a afronta a Dignidade do Nascituro</i>	36
3.1. Pró-vida x pró-escolha	36
3.2. O Movimento Pró-Vida	36
3.3. O movimento Pró-Escolha	37
4. Nascituro como pessoa e como sujeito de direitos.....	37
4.1. Direito a vida.....	38
CONCLUSÃO	38
RECOMENDAÇÕES	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de fim de curso *intitulado* “*A Precariedade do Conceito de Personalidade Jurídica e a Defesa dos Direitos do Nascituros: Os Direitos de Personalidade dos Nascituros e o Aborto*” surge como resposta aos requisitos para obtenção do grau de licenciatura em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

i. Justificativa

Inicialmente, importa referir o que os romanos entendiam por pessoa, no Direito romano, para se ser pessoa e adquirir personalidade devia-se preencher certos requisitos: o nascimento perfeito (com vida, viabilidade e forma humana) e a capacidade. Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa, ao aduzir os primordiais entendimentos acerca de pessoa e personalidade, relembra que em Roma e em todas civilizações antigas, a personalidade não era um atributo de todas as pessoas (entendidas como seres humanos, mas sim um privilégio, para o qual concorriam determinadas condições).¹

Embora, actualmente, nos países ocidentais entenda-se que toda a pessoa seja dotada de personalidade, nem sempre foi assim, existindo algumas exceções históricas, como o instituto da escravidão no direito romano. Não se entendia personalidade jurídica como um atributo de todas as pessoas, mas como um atributo criado e outorgado pela lei civil apenas a quem tivesse determinadas condições, é por este motivo que Roxane Cardoso Brasileiro Borges prefere falar de personalidade jurídica como um valor e não como um atributo. O autor supramencionado entende que este conceito está ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, não sendo considerado nenhum requisito para que certo ente ingresse no mundo jurídico e seja reconhecido como sujeito de direitos e deveres.

ii. Formulação do problema

O legislador civil coloca limites na extensão no conceito de personalidade jurídica, fazendo-a depender do nascimento completo e com vida nos termos do artigo 66 do CC e acrescenta o legislador,

¹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, V. 1- Parte Geral.6.ede.São Paulo:Atlas, 2006. Pág.114

que os direitos reconhecidos aos nascituros dependem do seu nascimento, significa, que não nascendo tem se como nunca ter existido, e que a ordem jurídica não protege a sua condição.

Sucedem que o legislador penal, vem cuidar de forma implícita, dando tutela à condição jurídica dos nascituros, quando proíbe o aborto. Tendo em conta que o código penal é uma constituição material, e este cuida de bens jurídicos fundamentais, parece-nos haver uma discrepância entre o pensamento do legislador penal e do civil (lei da família e das sucessões), tendo em conta a hierarquia das fontes do direito, é lógico que prevaleça a constituição material, e a constituição formal, que é a nossa lei mãe, parece convergir com esta última fonte no sentido de proteção da dignidade humana, no sentido de o direito à vida ser para além do nascimento, mas no sentido de tutela desde a concepção.

Para ser pessoa basta existir, existindo para o mundo jurídico toda pessoa é dotada de personalidade, que é uma qualidade da mesma, que o Direito se limita apenas a constatar.

No decorrer do presente trabalho pretendemos responder às questões seguintes:

- a) Que efeitos jurídicos podem advir do não reconhecimento da personalidade jurídica dos nascituros?
- b) Será que os nascituros têm menos vida que as pessoas já nascidas?
- c) Qual é o limite de ser pessoa?
- d) A criminalização do aborto, não é uma garantia de que os nascituros têm personalidade jurídica, desde a sua concepção?
- e) Pode se ter menos ou mais personalidade jurídica?
- f) É legítimo fazer a personalidade jurídica depender de algum termo ou condição?

iii. Objetivos

• Objetivo geral

O presente trabalho tem como objetivo geral, analisar e desenvolver uma proposta de adequação do conceito da personalidade jurídica, que permita segurança jurídica aos nascituros.

• **Objetivos específicos**

- Explicar e concretizar o conceito de personalidade jurídica;
- Concretizar o conceito de nascituro e aborto;
- Discutir a extensão e limites da personalidade;
- Discutir o regime dos direitos e obrigações dos nascituros;
- Apresentar as prováveis consequências de um conceito restrito da personalidade jurídica;
- Relacionar o conceito de personalidade jurídica e o regime jurídico dos nascituros com o crime de aborto;
- Entender até que ponto pode esta norma civil de determinação da personalidade limitar os direitos humanos ou fundamentais à vida dos nascituros;
- Analisar o conceito de capacidade de gozo relacionado a personalidade jurídica dos nascituros.

iv. Metodologia

Para a elaboração do presente trabalho, privilegiar-se-á o recurso ao método de investigação indireta, consubstanciado na análise bibliográfica com recurso a manuais, monografias e dissertações de mestrado e artigos da internet, e interpretação da legislação vigente no país e em ordenamentos estrangeiros.

v. Tipo de pesquisa

- a) Quanto ao método de abordagem, a pesquisa será dedutiva, uma vez que tem por base uma análise que parte de um estudo geral, para a compreensão dos aspetos e conteúdos particulares discutidos no trabalho;
- b) Quanto à abordagem do problema, esta pesquisa será qualitativa, pois, admite que tudo quanto possa influir para as conclusões e recomendações do presente trabalho sejam tidas como sendo de qualidade, desde a doutrina, bem como a qualidade no seio da interpretação legal e jurisprudencial;

Quanto aos procedimentos, nesta pesquisa ocorre a interceção da pesquisa bibliográfica, por meio da análise de material já elaborado, constituído por livros e artigos, e pesquisa legislativa e jurisprudencial.

vi. Estrutura do trabalho

O presente trabalho está subdividido em quatro (4) capítulos, dispendo da seguinte organização:

No **primeiro capítulo**, intitulado “*A personalidade jurídica e o Nascituro*”, faz-se uma abordagem acerca da história e evolução do conceito de personalidade jurídica, conceito de nascituro, conceito de personalidade jurídica, conceito de pessoa e de capacidade jurídica,

No segundo “Início da personalidade: principais escolas doutrinárias”, são três principais correntes: natalista, concepcionista e condicional e o debate sobre as condições apostas ao início da personalidade.

Ao longo do **terceiro** “do direito comparado” faz-se o estudo dos diversos sistemas jurídicos sobre o início da personalidade e dos direitos do nascituro em: Espanha, França, Argentina, Portugal e o seu debate doutrinário.

No **Quarto e o último** capítulo, "cuidado do regime jurídico da personalidade jurídica e dos direitos de personalidade dos nascituros em Moçambique", analisando a legislação civil, constitucional, penal, trabalhista e a dignidade do nascituro, o crime do aborto e o direito à vida.

Mais adiante, serão apresentadas as conclusões, recomendações e referências bibliográficas.

CAPÍTULO I

PERSONALIDADE JURÍDICA E NASCITUROS

1. Conceito de Nascituro e Evolução Histórica

Temas relacionados a Bioética nunca estiveram tão patentes em debates jurídicos como nos dias de que correm. A prova disso são as fervorosas discussões sobre questões bioéticas travadas no meio acadêmico, prática forense diária e, inclusive nos tribunais superiores. O termo “bioética” ou “ética da vida, surgiu no início da década de 70 como um neologismo, e foi usado pela primeira vez pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, em um artigo intitulado “Bioethics, sciences of survival” e em seu livro “Bioethics bridge to the future”. Essa ciência recente primou por estudos científicos quanto aos problemas morais encontrados do início ao fim da vida.²

1.1. Grécia Antiga

Na Grécia era admitida a capacidade dos nascituros, o que é evidenciado pelo rei Licurgo, ora vejamos:

Colidentes, o qual morreu logo depois sem herdeiros; de maneira que todos estimavam que Licurgo devia ser rei, como também o foi até que se tomou conhecimento de que a mulher do seu irmão tinha ficado grávida: logo que ele percebeu, declarou que o reino pertencia ao filho que nascesse, se fosse homem e depois administrou o reino como tutor do seu domente.³

Significa que aquele ser já tinha adquirido o direito de governar Esparta. Outra forma foi a punição do crime do aborto. Em Tebas e em Mileto, a retirada da vida era punida com penas severas, sendo possível a pena de morte. Respeitando as diferenças entre as pólis, em Atenas não há registros

² A Enciclopédia de Bioética traz, atualmente, o seguinte conceito: “Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode definir-se como um estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais- das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar “.

³ PLUTARCO, Vida de Licurgo. Disponível em <<http://www.consciencia.org/plutarco/licurgo.shtml>>. Acesso em: 13 de Nov.2023.

de punição a esta conduta. Já os legisladores Sólon e Licurgo puniam o aborto com uma pena pecuniária, forma de reparação por danos causados a família. Nota-se que os gregos já conheciam o nascituro e asseguravam-lhe direitos, concepção que se perdeu com o passar do tempo.

1.2. Posição do Direito Romano

Conforme Cretella Júnior, em Roma era preciso preencher duas condições para ser pessoa e, portanto, ter personalidade completa: uma natural, consistente no nascimento perfeito (nascimento com vida, forma humana e viabilidade fetal), e uma civil, consistente na presença de um *status* (uma qualidade, condição civil de capacidade) criado pela doutrina romana.⁴

Para o direito romano pessoa e homem eram conceitos distintos. Enquanto este era o conceito biológico começando com o nascimento e terminando com a morte, aquele era o conceito jurídico, necessitando o homem reunir duas condições, para atingi-los, sendo elas: o nascimento perfeito e o *status*.⁵

Quanto ao natural, deveriam ser preenchidos requisitos:

- a) Nascimento com vida : de acordo com o Digesto⁶ **50, 16, 129**, aqueles que nasciam mortos, eram considerados como se não tivessem nascido. A vida era provada através de sinais. Para os sabianos⁷ era bastante a respiração. Enquanto para os Praculeanos, além da respiração, era necessário que estes produzissem sons, tendo Justiano decidido pela primeira teoria. Haveria ainda de ter o desprendimento das vísceras maternas (Digesto, **35,2,9,1**), ou seja, rompimento do cordão umbilical. Se, de alguma forma, permanecesse ligado à mãe, ainda seria parte das entranhas desta, não tendo vida própria.

⁴ CRETELA, Júnior José, Apud RIBEIRO, Ana Luiza Boulos, O nascituro como pessoa e os reflexos do sistema de responsabilidade civil, São Paulo, 2010. pág.13

⁵ Conforme nos ensina Cretella Júnior, havia três *status*: o *status civitatis*, o *status libertatis* e o *status familiae*. Apenas reunidos estes três *status* haveria a capacidade plena de direito. Em razão da idade, do sexo ou da mente, a capacidade de fato poderia ser limitada. No caso dos escravos, cabe ressaltar que não eram considerados pessoas.

⁶ Digesto conhecido igualmente pelo nome grego Pandectas uma compilação de fragmentos de juristas Clássicos.

⁷ A escola Sabiana era uma das duas escolas mais importantes do direito durante os séculos I e II. Estava formada por juristas que se dedicavam ao direito como profissão, diferente da escola Proculiana que o considerava como um exercício livre de nobreza.

- b) Forma humana: o bebê deveria nascer com aparência humana, se fosse portador de má formação que lhe retirasse essa característica, poderia ser morto pelo pai, já que poderia ser considerado um monstro ou prodígio (Digesto 1, 5 e 14).
- c) Maturidade fetal ou Viabilidade: atingida geralmente depois do sexto mês de concepção.

Quanto às causas restritivas de capacidade de fato, eram três: 1. **Sexo**- apenas homens eram capazes, estando excluídas mulheres e crianças. 2. **Idade**: a maioria dos homens era atingida aos 25 anos. 3. **Saúde**: aqueles que tivessem certas incapacidades físicas permanentes ou alienação mental, precisavam de curador.

Para os romanos, a personalidade iniciava-se com o nascimento, antes disso não havia como se falar em sujeito ou objeto de direitos. No entanto, eles levavam em conta a existência do nascituro, conforme conclui Windscheid, para a doutrina da época: o feto no útero ainda não é homem, porém, se nasce capaz e com direito, a sua existência se computa desde a época da sua concepção.⁸

Quanto aos direitos patrimoniais, podia aquele que ainda estava para nascer ser instituído herdeiro em testamento, também quanto a herança, importa trazer o pensamento Luiz Rolim: “O pai de sangue, possuidor de bens, falecia deixando a esposa grávida. Seus bens deveriam ser repartidos com o feto, o nascituro em igualdade de condições com os filhos vivos.”⁹

1.3. Idade Média e o Pensamento da igreja Católica nos dias atuais

Esta fase é marcada pela forte presença da igreja, exercia um monopólio cultural forte, refletido na mentalidade da época, que passou a ser chamado **teocentrismo cultural**.

No direito, tal padrão filosófico proporcionou mudanças, o homem passou a ser considerado sujeito de direitos, e não objeto, tendo contribuído para o conceito de pessoa e direitos de personalidade atuais. A doutrina cristã era dominante, naquele período, defendia o respeito pela vida humana, atendendo a interrupção para a vida intrauterina. Exercendo sua forte influência, a igreja

⁸ WINDSCHEID, *Apud, DE VASCONCELOS, Iam Maul Meira, O nascituro e a proteção dos seus direitos, Campina grande, 2010. pág.13*

⁹ ROLIM, Luiz Antônio., *Apud, DE VASCONCELOS, Iam Maul Meira, O nascituro e a proteção dos seus direitos, Campina grande, 2010. pág.14*

enraizou o direito à concepção de que o aborto constitui uma praga social tendo os antigos concílios o punido como forma de homicídio.

Ao longo dos séculos a igreja Católica manteve a sua doutrina defensora da vida humana. A encíclica de Pio XI e a Sara Congregação de Santo Ofício datadas do final do Século XIX, enunciam que não há nenhuma forma de aborto lícito.

2. A condição jurídica e a personalidade jurídica dos Nascituros

Segundo o artigo 66.º do CC, “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Os Direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

A palavra nascituro deriva do latim *nasciturus* e significa “que deverá nascer”. Chinnelato define-o como “pessoa já concebida no ventre materno, a qual é conferida todos os direitos compatíveis com a condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz”.¹⁰

O nascimento importa, porém, deve haver uma importante modificação no que respeita o contacto e relacionamento da pessoa. O nascituro tem contacto com a mãe a partir do momento em que é concebido no seu ventre. Embora ouça e sinta algo do que se passa no exterior, o nascituro relaciona-se pessoalmente apenas com a sua mãe. Não tem contanto interpessoal com mais ninguém. Após o nascimento, o recém-nascido reconhece a mãe, em cujo ventre permaneceu até que viesse ao mundo. É no campo do relacionamento social que o nascimento tem maior relevância, antes de nascer relaciona-se com a mãe, com o nascimento, passa a relacionar-se com as outras pessoas, o nascimento significa o ingresso da pessoa na polis.

A relevância da pessoa no Direito é, sobretudo, interpessoal. Por isso, o nascimento é de grande relevância jurídica, mas, ainda assim a pessoa não deixa de ser relevante para o Direito antes de nascer. A sua natureza humana é a mesma, a sua situação biológica continua a evoluir, a sua situação jurídica modifica-se de acordo com a natureza das coisas.¹¹

¹⁰ ALMEIDA, Simara Juny de Abreu Chinelato, apud, DE VASCONCELOS, Iam Maul Meira, O nascituro e a proteção dos seus direitos, Campina grande, 2010, pág. .22

¹¹ DE VASCONCELOS, Pedro Pais, Teoria Geral do Direito Civil, 2012, 7edicao, Almeida. pág. 65

A gravidez é o período de crescimento e desenvolvimento do concebido dentro da mulher. Começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, com a devida fixação do zigoto na parede do útero. Desde este momento até ao nascimento, o ser ali gerado é chamado nascituro, e tem despertado o interesse dos povos desde o início da civilização.

De acordo com Maria Helena Diniz:

“Nascituro é aquele que na vida intrauterina tem personalidade jurídica formal, no que atina aos Direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenceriam em estado potencial, somente com nascimento com vida”.¹²

O ser humano desenvolve-se no ventre materno através da gravidez, que é o evento resultante da fecundação do óvulo (ovócito) pelo espermatozóide. Habitualmente, ocorre dentro do útero e é responsável pela geração de um novo ser. Esse novo ser, concebido no ventre materno, é denominado nascituro. O nascituro possui grande relevância no ordenamento jurídico moçambicano, e desde o início da civilização desperta o interesse dos povos, sendo dado a ele divergentes tratamentos ao longo dos tempos. O termo nascituro teve origem a partir do termo latino *nasciturus*, e conforme o direito civil, é o ser humano desde a concepção até ao nascimento com vida, cujos direitos, a lei põe a salvo. Nascituro é aquele que foi concebido, ou seja, está no ventre materno, mas ainda não nasceu. Posteriormente, torna-se um recém-nascido, podendo ser este nascido com ou sem vida, sendo o último chamado de natimorto. Ainda na óptica da definição do dicionário Soares Amora, nascituro é aquele que ainda há de nascer; ou o gerado, mas ainda não dado à luz. Ressalta-se que o termo nascituro não pode ser confundido com os termos embrião e/ou feto. De acordo com o dicionário Soares Amora (2014), embrião é o feto até o terceiro mês de vida intrauterina; e o feto é o ser vivo, produto da concepção, a partir do terceiro mês de vida.¹³

De Plácido e Silva cita ainda que nascituro significa:

*Derivado do latim **nasciturus**, participio passado de nasci, quer precisamente indicar aquele que há de nascer. Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está*

¹² DINIZ, Maria Helena, *Dicionário Jurídico*, São Paulo, Saraiva, V.3,1998

¹³ ARRUNDA, Anna Calra MilHomem, *Personalidade Juridica do Nascituro*, 2020, pág.3

*em vida intrauterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.*¹⁴

Vislumbra ainda Hécio Maciel Madeira que:

*O termo latino **nasciturus**, não foi utilizado na terminologia jurídica romana pelo fato de significar “o que há de nascer”, onde abrangia desta forma além dos concebidos, os não nascidos, como também aqueles ainda inexistentes no ventre materno, ou seja, todos aqueles que haveriam de nascer; denominados estes no nosso ordenamento jurídico de prol eventual.*¹⁵

Diante de grandes significados para a mesma palavra, conclui-se de forma sucinta que o nascituro esteja entre a fase da concepção até o nascimento. A medicina não conceitua como nascituro a fecundação *in vitro*, enquanto o ovo ainda não tiver sido implantado na mãe, ao contrário no caso de que se terá o conceito nascituro desde que haja a certeza da gravidez, sendo ela resultado de uma fecundação natural ou inseminação artificial ou sendo ela também fecundação *in vitro*.

De acordo com Abílio Neto no seu Código Civil anotado, o nascimento que é condição *sin qua non* para adquirir personalidade jurídica nos termos do artigo 66 do CC, é a separação da criança do ventre materno. Verificando-se o nascimento com vida, o nascido adquire todos os direitos reservados para ele.¹⁶

2.1. Diferença entre nascituro e prol eventual/concepturo

Referindo-se a prole eventual, Serpa Lopes assim expõe:

Quando se trata de indivíduos não concebidos, só em uma hipótese podem eles, se nascerem, adquirir um direito surgido anteriormente: se pertencerem a prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão, pois do contrário são absolutamente

¹⁴ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 2004. pág.942

¹⁵MADEIRA, Hécio Maciel, apud RIBEIRO, ana Luiza Boulos, O nascituro como pessoa e os reflexos do sistema de responsabilidade civil, São Paulo, 2010. Pág.17.

¹⁶NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*,18ed, revista e actualizada, janeiro, 2013, pág. 22

*incapazes de adquirir por testamento ou por outro qualquer título os indivíduos até a morte do testador.*¹⁷

O nascituro por ser já concebido, tem seus direitos resguardados desde a concepção conforme previsão legal. O elemento diferenciador para Texeira de Freitas entre o nascituro e a prole eventual (o nascituro é a pessoa por nascer e a prole eventual é uma pessoa futura). Considerando que o nascituro já existe por estar no ventre materno, embora ainda não tenha nascido e que a prole eventual ou futura, por sua vez, não seria pessoa, porque não existe.: nascituros em sentido próprio (*stricto sensu*) e a dos *concepturos*. Na esteira de Carvalho Fernandes, a palavra nascituro, tomada em sentido amplo designa duas situações, os primeiros ainda não nascidos, mas concebidos e os segundos que se quer foram concebidos, mas que se espera que venham a nascer de uma determinada pessoa¹⁸.

3. Conceito de Pessoa, Personalidade Jurídica e Capacidade

3.1. Pessoa

O Direito não é apenas pelas pessoas, vive para as pessoas, disse Hermogeniano: *hominum causa omne iusconstitutum est*. A teoria das camadas ônticas, com Max Scheler e Hartmann, distingue duas realidades sobrepostas: **Matéria Orgânica e Vida**¹⁹. Pessoa é um ser humano.

Desta forma, a digna Maria Helena Diniz conclui que:

*Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos. 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.*²⁰

¹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Apud*. RIBEIRO, Ana Luiza Boulos, *O Nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil*, São Paulo, pág. 22

¹⁸ FERNANDES, Luís. A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 5ªed, Lisboa, 2009, pág. 202

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Teoria Geral Introdução as pessoas e bens*, Vol. I, 2ªed, Lisboa, Coimbra editora, 200. Pág. .45

²⁰ 8 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil*. 2008, pág. 114

3.2. Personalidade Jurídica e Começo da vida

O direito gira em torno do Homem. Por outro lado, é ao Homem que o Direito se dirige, apresentando-se ele como o seu único destinatário e fim. As normas humanas são traçadas exclusivamente para o homem sendo apenas ele que se pode sujeitar e rebelar. Só o Homem se vincula ao Direito, e só a ele o Direito visa servir.²¹

Quando se deve reconhecer a existência de um homem? Baseados na ciência, temos hoje a possibilidade de saber exactamente quando ocorre a fecundação e o início do desenvolvimento do ser humano, mas seria o momento da fecundação o momento inicial da vida humana? Médicos, cientistas, especialistas em reprodução humana apontam vários critérios. Uns adoptam o critério celular, pelo qual reconhecem a vida desde a fecundação; outros reconhecem o início da vida a partir do momento em que há a implantação do ovo no útero (cerca de oito dias após a fecundação, com a nidação); neurocientistas defendem que o início da vida acompanha a formação do cérebro (duas semanas após a fecundação); outros adotam o critério cardíaco, relegando o princípio da vida ao momento em que o coração começa a bater (o que ocorre em torno da 4ª semana de gestação), entre outros entendimentos. A religião também adota posições diferenciadas: para católicos e protestantes, por exemplo, a vida começa com a fecundação; para islamitas a vida começa na 16ª semana, quando o ser humano adquire uma alma; para os judeus a vida humana começa no parto, após o nascimento; para os budistas a vida seria um processo contínuo e ininterrupto. Filósofos também adotaram critérios diferentes. Os filósofos pitagóricos, por exemplo, defendiam que a vida começava com a fecundação, e os estóicos, por sua vez, entendiam que a vida humana começava no parto.²² O conceito de personalidade no Direito Romano diferia de cada pessoa. Para adquirir personalidade jurídica, não bastava o nascimento completo e com vida, era preciso que o feto estivesse completamente separado do ventre materno, fosse viável e tivesse forma humana.

Segundo Monta Pinto: “A personalidade jurídica traduz-se precisamente na aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas, esta aptidão “nas pessoas singulares – nos homens, uma existência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os seres humanos. Nas pessoas coletivas trata-se de um processo técnico de organização de relações jurídicas

²¹ CAMBULE, Gil, *Teoria geral do Direito Civil*, W editora, vol. I, 2018, pág. 141

²² RIBEIRO, Ana Luiza Boulos, *O nascituro como pessoa e os reflexivos no sistema de responsabilidade civil*, São Paulo, 2010, pág. 30

conexionadas a um dado empreendimento coletivo. Na perspectiva de Manuel de Andrade, é a idoneidade ou aptidão para receber, para ser centro de imputação deles- efeitos jurídicos (Constituição, modificação e extinção de relações jurídicas)²³.

A personalidade jurídica é uma qualidade, a qualidade de ser pessoa. É uma qualidade que o Direito se limita apenas a constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao Direito.²⁴

A personalidade costuma ser definida formalmente como a suscetibilidade de direitos e obrigações ou de titularidade ou de ser sujeito de direitos e obrigações ou de situações jurídicas. Pessoa jurídica é então, nesta perspectiva, todo centro de imputação de situações jurídicas ativas ou passivas, de direito ou de obrigações.

Atenta esta definição tradicional e formal, pode perguntar-se se é por se ser sujeito de direitos e obrigações que se é pessoa ou, ao contrário, se é por se ser pessoa que se é sujeito de direitos e obrigações. A questão pode, à partida, ser encerrada das duas maneiras, e tem efetivamente sido, sem que se tenham retirado as consequências de um modo e do outro de colocar a questão e, no entanto, a questão para este civilista não é inocente e nem inócua.²⁵

A personalidade é uma qualidade.²⁶ O Direito limita-se apenas a constatar e respeitar a verdade, que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao Direito.²⁷

Atenta a definição formal, pergunta-se se é por se ser sujeito de direitos e obrigações que se é pessoa ou, ao contrário, se é por se ser pessoa que se é sujeito de direitos e obrigações. Se se partir da suscetibilidade de direitos e obrigações para a qualificação de certo ente como pessoa, como se tem feito chegar-se-á a conclusão de que a personalidade é consequência da titularidade de direitos e obrigações, partindo deste ponto de vista torna-se fácil admitir que a lei possa criar outras pessoas, pessoas jurídicas, para além das humanas através do expediente de lhes atribuir “*ex lege*” direitos e obrigações , é o que sucede com as pessoas colectivas, que resultam da “personalização”.²⁸

²³ PINTO, Carlos Alberto de Monta, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ed, Coimbra editora, 1994, pág. 192j

²⁴ DE VASCONCELOS Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*.2012, 7ªed. pág. 34

²⁵ *Ibidem*, pág. 35

²⁶ DE MONACA, Cabral, Apud, DE VASCONCELOS Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*.2012, 7ªed. P.35

²⁷ DE VASCONCELOS Pedro Pais, *op cit. pag.35*

²⁸ *Op Cit Ibidem*, pág. 36

Este ponto de vista, ao aceitar a personalidade jurídica como algo construído pelo Direito, tem a vantagem de facilitar a personalidade colectiva e da sua inclusão num amplo conceito geral-abstrato de personalidade jurídica, como tem sido tradicionalmente feito pela doutrina. Tendo, todavia, o defeito de colocar no mesmo plano a personalidade das pessoas humanas e das coletivas o que induz por vezes a um equívoco grave que se traduz no reconhecimento do Direito e a lei do poder de atribuir a personalidade e, conseqüentemente de excluir e condicionar, o que envolve riscos importantes, abrindo caminhos para construções jurídicas que não respeitam a dignidade da pessoa humana e nem a centralidade da pessoa em todo Direito. A personalidade das pessoas humanas não é, então algo que possa ser atribuído ou recusado pelo Direito, é algo que fica fora do alcance do legislador social.

Este entendimento tem a virtude de não esvaziar o conceito de personalidade da sua dimensão ética e do seu conteúdo substancial e, assim, de defender as pessoas contra os perigos, historicamente já experimentados de condicionamento e manipulação ou mesmo de recusa a personalidade com base em critérios racionais ou religiosos, tem a desvantagem de dificultar autorização tecno-jurídica da personalidade das pessoas colectivas, ao quebrar a unidade de um conceito geral e abstrato que abrange tanto as pessoas singulares como as colectivas.²⁹

3.3. Capacidade jurídica

É a suscetibilidade de ser titular de situações ou posições jurídicas ativas ou passivas, de direitos e vinculações. O art.º.67 do CC dispõe que “as pessoas podem ser sujeitas de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal contrário: nisto consiste a capacidade jurídica.”. a capacidade pode ser restringida pela lei.³⁰

Diverge a doutrina quanto a equivalência ou não da capacidade com a personalidade, Sílvio Rodrigues³¹ admite que afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. No entanto, a grande maioria dos estudiosos admite a distinção entre os institutos.

²⁹Op Cit, ibidem, pág. 36

³⁰ Idem, pág. 80

³¹ RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 35.

Venosa também congrega a gama de doutrinadores que distinguem os institutos afirmados. “A capacidade é elemento deste conceito, ela confere o limite da personalidade”.³²

Portanto, podemos entender que para se adquirir personalidade, basta o nascimento completo e com vida ao ser humano. No entanto, para ser capaz basta o preenchimento de requisitos.

O professor PEDRO VASCONCELOS vinca que a capacidade não pode ser confundida com a personalidade, o primeiro é um conceito quantitativo e o segundo é qualitativo. A personalidade existe ou não existe, não pode ser graduada e nem restringida, nem condicionada e nem limitada, a capacidade pode ser limitada por lei. A capacidade divide-se em *Capacidade de Gozo*, que é a medida de Direitos e vinculações de uma pessoa poder ser titular e a que pode estar adstrita e a *Capacidade de exercício*, que consiste na medida de Direitos e de funções que uma pessoa pode exercer por si só pessoalmente e livremente.

O conceito do n°1, art.º.66 do CC é na verdade um lapso do legislador, este queria naqueles termos legislar sobre o momento em que se adquire capacidade de gozo e no n°2, este queria dispor sobre a capacidade de gozo. E legitimam o erro do legislador no sentido de que o conceito de capacidade de gozo é ainda ilimitado, daí que tende a confundir-se com a personalidade jurídica.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo, *Apud, Ana Luiza Boulos Ribeiro. O Nascituro como pessoa e os Reflexos no sistema da Responsabilidade Civil, pág. 13*

CAPÍTULO II

INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PRINCIPAIS ESCOLAS DOUTRINÁRIAS

1. TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A discussão sobre a natureza jurídica do nascituro já é há muito conhecida e tem proporcionado os mais diversos entendimentos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Relacionada a tal questão, temos a problemática da definição do início da personalidade jurídica. Desde o direito Romano há uma grande hesitação entre os juristas e a legislação para definir e demarcar quando passamos a ser sujeitos de direitos. Dentre as muitas teorias para solucionar a questão, no Brasil três merecem destaque, sendo elas: a natalista, a personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista.

1.1. Teoria natalista

Esta corrente doutrinária atribui personalidade somente ao ente que nasceu vivo, portanto aquele que está por nascer não a possui, sendo detector apenas de uma expectativa de personalidade. Reconhecida legalmente na primeira parte do artigo 66 do Código Civil, cujo conteúdo já foi acima transcrito.³³

Conforme lecciona Caio Mário pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com a vida não há personalidade. Mas a lei cuida em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses dos nascituros.³⁴ Uma vez que é mera expectativa de pessoas, o nascituro possui apenas expectativas de direitos, e é considerado existente desde a sua concepção somente para aquilo que lhe for juridicamente proveitoso. Reside aqui uma das grandes críticas a esta teoria já que a lei fala de direitos e não de expectativas. Para os natalistas o ser humano ainda no ventre não tem existência própria, é a parte das vísceras maternas, conforme a tradição romana, como não tem personalidade, conseqüentemente também lhe falta capacidade jurídica.

Criticam aqueles que admitem a personalidade do que está para nascer, pois sendo titular de direitos, seria também o nascituro sujeito passivo de obrigações. Igualmente, também seria possível

³³ DE VASCONCELOS, Iam Maul Meira, *O nascituro e a proteção dos seus direitos*, 2010. Pág. 26

³⁴ PEREIRA, Caio Maio da Silva. Apud Idem, pág. 26

a sua sucessão hereditária, caso tenha obtido posse de herança enquanto nascituro, o que não acontece, conforme arrola Pontes de Miranda : “no útero, a criança ainda não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nunca foi pessoa”. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se dispõe de algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter sido atribuída. Quando o nascimento se consuma a personalidade começa. Também sobre o tema, Carlos Alberto Brito³⁵ posiciona-se da mesma maneira, justificando que no caso de este nascer morto e não havendo aquisição de direitos, nunca houve personalidade.

Outro ponto que fundamenta sua doutrina é o código penal, admitindo que a proteção dada ao nascituro não seja a mesma da pessoa já nascida, havendo desigualdade desta para aquele que não nasceu, facilmente perceptível quando comparamos as penas conferidas ao aborto com as do homicídio, ainda neste código admitem o aborto humanitário, o sentimento de repulsa da gestante sobrepõe o direito a vida do nascituro, num sentido claro de que não se está diante de um conflito de bens iguais.³⁶

1.2. Críticas

O grande questionamento existente dentro desta teoria é: se o nascituro não pode ser considerado uma pessoa, ele seria então um objeto, uma coisa? Depreende-se que para os natalistas a resposta para essa pergunta seria positiva, partindo-se da premissa que enquanto no ventre materno não há que se falar em personalidade. A teoria natalista desconsidera o facto de o nascituro ter outras atividades orgânicas, como por exemplo, as funções cerebrais e motoras. E aqui entra uma das críticas contra essa teoria, visto que um ser com atividades de natureza (batimentos cardíacos, atividade encefálica e motora) não deve ser considerado uma coisa.

Outra crítica acerca da referida teoria é que ela nega ao nascituro até os direitos fundamentais relacionados a sua personalidade, quais sejam, o direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil*, São Paulo: Forense Universitário, 1994, v.1, p.79

³⁶ DE VASCONCELOS, Iam Maul Meira, *O nascituro e a proteção dos seus direitos*, 2010. Pág. 27

A ideia central desta teoria, é que o nascituro é um ser humano por nascer, que carece de personalidade. A lei, no entanto, lhe reconhece expectativas de direitos, tomando-o por nascido sempre que se tratar dos seus interesses.³⁷

1.3. A Doutrina da escola Concepcionista

Para essa escola, a personalidade jurídica do ser humano começa com a concepção e não com o nascimento como ensina a escola anterior, é também chamada de verdadeiramente concepcionista para se diferenciar da teoria da personalidade condicional.

Nota-se que muitos direitos além da própria pessoa do nascituro não dependem do nascimento completo e com vida, os direitos de personalidade e os direitos de ser adotado são exemplos disso, para eles o nascimento sem vida equivale a morte dos já nascidos. Para esta teoria reconhecer direitos aos nascituros é afirmar que este é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.

Segundo os partidários desta corrente, o Código Penal, ao declinar os crimes contra a vida em seu título dos crimes contra pessoa, inclui o tipo penal de aborto, num claro sinal de que no direito pátrio o nascituro é sim Pessoa. Também de acordo com esta corrente, a consolidação das Leis do trabalho, quando dá proteção a maternidade nos artigos almeja proteger o nascituro, isto é, os direitos conferidos ao nascituro pelo Código não se tratam de exceções, são regras, e não fazendo o legislador o uso de nenhuma expressão restritiva, não pode o doutrinador fazer cota taxativa, sendo assim a interpretação ao artigo deve ser a mais ampla possível, conferindo-se outros direitos além dos expressamente trazidos pela lei. Ainda na esfera desta corrente, a personalidade é diferente da capacidade e não é condicional, de modo que somente alguns direitos dependem do nascimento com vida, como é o caso dos direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação. Para este o nascimento garante integral eficácia, o que inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou doados pode ser exercida por seu representante legal desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, através da medida cautelar ou processo de jurisdição voluntária. A plenitude e eficácia ficam condicionadas ao nascimento com vida.

De acordo com Simião, os principais fundamentos dos concepcionistas são:

³⁷ Op Cit, idem, pág. 28

- a) Desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito, como se já tivesse nascido; b) o Direito Penal pune a provocação do aborto como crime contra a vida, protegendo o nascituro como ser humano; c) o direito processual autoriza a posse em nome do nascituro; d) o nascituro pode ser representado por um curador; e) é admissível o reconhecimento de filhos ainda por nascer; f) pode o nascituro receber bens por doação ou por testamento; g) a pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus interesses.

Em síntese, a teoria concepcionista é a mais moderna, e pode ser a única considerada que não afronta o direito à vida. Esta teoria alega que a personalidade do homem começa desde o momento da concepção, sendo que, desde tal momento, o nascituro é considerado pessoa, assim teria seus direitos legalmente protegidos, pois é detentor de personalidade, havendo vida.³⁸

1.4. A doutrina da personalidade Condicional

Consideram também que a personalidade tem início com a concepção, entretanto, sob a condição do nascimento com vida.

De acordo com Eduardo Espinola e Eduardo Espínola Filho, esta doutrina sustenta que o início da personalidade de alguém começa a partir da concepção, mediante condição suspensiva do nascimento com vida, ou melhor, se o nascituro vem ao mundo com vida, sua personalidade retroage a data da concepção. Gastão Grosse Saraiva, defensor da presente teoria, interpreta a segunda parte do artigo 66 do CC da seguinte maneira: juridicamente o nascituro é titular de direito, portanto, subordina-se a um evento futuro e incerto, que é o nascimento com vida e, enquanto este não se verificar, não adquirirá o direito objetivo pelo ato jurídico. Durante a gestação, teria a nascitura proteção legal, que lhe garantiria certos direitos pessoais e patrimoniais, sob condição suspensiva de nascer com vida. A fim de garantir-lhe esses direitos, o concebido seria representado por curador ou representante legal.

Limongi França faz críticas à presente teoria, segundo o autor, ela inspiraria a ideia de que a personalidade só existiria depois do nascimento, o que, na sua óptica é equivocado, já que esta começa desde a concepção. Conclui dizendo que a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas para que a capacidade jurídica se concretize.

³⁸ NORBIM, Apud, ARRUNDA, Anna Clara MilHomem, *A personalidade jurídica do nascituro*, 2020. P. 20

Apega-se aos direitos patrimoniais, deixando de lado os pessoais, além disso o artigo 66 não faz menção à condição, ficando inviabilizada no ordenamento jurídico moçambicano.³⁹

1.2 A subordinação das condições suspensivas e resolutivas

Tem sido discutido se o facto de o nascimento funcionar como uma condição suspensiva ou como uma condição resolutiva da personalidade jurídica, na primeira situação, **Condição Suspensiva** o pré-nascido não tem personalidade jurídica antes do nascimento. Se antes de nascer, lhe forem atribuídos bens por doação ou sucessão e ele vier a nascer com vida, é-lhe reconhecida retroativamente a personalidade desde a data da aquisição, se a aquisição for anterior a concepção, e o tempo da aquisição dos bens é determinado. Na segunda alternativa, **Condição Resolutiva** entende-se que o pré-nascido tem personalidade jurídica desde a concepção e a sua personalidade extingue-se com a morte, caso venha a morrer antes de nascer, é retroativamente desconsiderada a sua personalidade, tendo-se como nunca tendo existido, por ficção legal.

1.4.1. Críticas

Em uma construção personalista, como a nossa, em que a personalidade jurídica é contratual à vida humana, não pode ser aceite a construção da condição suspensiva. Na verdade, se o nascituro tem a suscetibilidade da titularidade de direitos subjetivos antes do nascimento, depende apenas de circunstancialmente ter sido contemplado em doação ou sucessão, tal significa que já tinha personalidade jurídica como simples suscetibilidade abstrata e qualitativa da titularidade de direitos e obrigações. A construção positiva formalista da personalidade jurídica só consegue ultrapassar esta dificuldade considerando que, antes do nascimento, os direitos atribuídos ao nascituro são *direitos sem sujeitos*, o que constitui uma contradição nos próprios termos e uma solução artificial.⁴⁰

A doutrina dominante dos Direitos Sem Sujeitos, explica que na pendência da incerteza quanto ao nascimento, os direitos deixados aos nascituros não têm sujeitos, pois já não pertencem ao doador ou ao *cuius* e ainda não cabem ao nascituro. A incerteza resolve-se num dos dois sentidos: ou o nascituro vem a nascer com vida e, adquirindo a personalidade, entra na titularidade desses direitos,

³⁹ NEVES, Apud, ARRUNDA, Anna Clara MilHomem, *A personalidade jurídica do nascituro*, 2020. pag. 22

⁴⁰ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ed, 2012, almeida. pág.63

ou não chega a nascer, ou nasce morto, nunca vindo a ser pessoa jurídica, e os direitos terão destino que vai resultar das regras do instituto respectivo.⁴¹

⁴¹ FERNANDES, Luís A.Carvalho, *Teoria Geral Do Direito Civil Introdução_* pressupostos da relação jurídica, Vol.I,5ed, Lisboa , 2009, pág .205

CAPÍTULO III

O NASCITURO NO DIREITO COMPARADO

1. Um olhar sobre o Direito Comparado

A Comparação do enfoque dos diferentes sistemas legais existentes no mundo sobre o tema releva-se de fulcral importância, já que para os estudos jurídicos a experiência alheia pode trazer um maior desenvolvimento no Direito nacional, ou, a reflexões. A comparação possibilita o conhecimento do tratamento dado ao nascituro no que respeita a qualidade de pessoa. Visamos subsidiar o acréscimo de argumentos da aquisição da personalidade jurídica desde a sua concepção.⁴²

Actualmente é possível falar na existência de alguns grandes sistemas de Direito contemporâneo: a *Common law*, presente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América; o sistema Soviético e o Sistema Romano-Germânico, também conhecido por *Civil Law*, do qual faz parte toda a Europa Continental, parte dos países da África incluindo Moçambique.

1.1. Direito português

As primeiras fontes jurídicas do direito português foram o *Corpus Iuris Civilis* as glossas do direito romano, bem como as Decretais de Gregório IX, do Direito Canônico. A partir do século XV, foram elaboradas as primeiras legislações portuguesas, o chamado código de Seabra, que reviveu e adotou o direito romano e sofreu grande influência do Código Napoleônico do Código Civil espanhol. Tal Código sofreu alterações, em 1977, para melhor se adaptar à constituição portuguesa, que data de 1976. A antiga relação do Código Civil português, de 1967, no artigo 6º combinado com os artigos 110, 1.479 e 1.776, exigia para o início da personalidade o nascimento com vida e a forma humana. Isso indica que vigora a teoria natalista da personalidade no sistema jurídico português, no entanto, José Tavares já questionava se não devia atribuir personalidade jurídica desde a concepção.⁴³

⁴² RIBEIRO, Ana Luiza Boulos, *O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema responsabilidade Civil*, , são Paulo, pág. 40

⁴³ TAVARES, José. *Os principais fundamentos do Direito Civil*, V.2, pág.12

A legislação portuguesa actual, embora ainda esteja sob influência da teoria natalista, diferencia-se da anterior, pois não mais exige a forma humana para o reconhecimento da personalidade, sendo necessário apenas o nascimento com vida. Assim preceitua o actual Código Civil, Decreto-lei 47.344 e 1966 com as alterações de 1977, em seu artigo 66, sob o título de começo da personalidade: “a *personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*” e este texto prevalece ainda no Código Civil moçambicano.

A redação legal do código Civil português traz alguns direitos dos nascituros, embora condicionados na sua eficácia ao nascimento com vida. Estão entre eles o direito de receber doações (artigo 952), e de ser incluindo na sucessão legal e testamentária (artigo 2.033º, n.1), o de ter reconhecida sua filiação (artigos 1.847, 1.854º e 1.855º) e o de ser abrangidos pelo poder paternal (artigo 1.878), isso abre portas, de acordo com Mota Pinto, para uma discussão doutrinária sobre a possibilidade de o nascituro ser considerado sujeito de direitos.

A constituição de Portugal, em seu artigo 24, traz a vida humana como um bem inviolável. Em comentário a este artigo J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que a Constituição ao garantir proteção à vida humana, o faz abrangendo também a vida pré-natal.⁴⁴

Quanto a jurisprudência portuguesa, em que pesam as decisões apontando para o entendimento de que o nascituro não tem personalidade jurídica, sendo esta apenas adquirida com o nascimento com a vida, já se verificam mudanças, demonstrando uma possível modificação jurisprudencial. Inclusive, uma recente decisão da Suprema Corte de Portugal levou a tal entendimento, conforme se verifica pelo voto vencido do Ministro Mário Cruz no processo nº 08ª2124, julgado em 17 de fevereiro de 2009.

1.2. Da Doutrina Portuguesa

Parte importante da doutrina portuguesa, já na vigência do Código actual, tem-se mostrado impressionada pela letra do artigo 66º. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁴⁵ consideram que, antes do nascimento, o nascituro não tem verdadeiramente personalidade jurídica e que assim sendo,

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da Republica Portuguesa Anotada. 3.ed Coimbra.*

⁴⁵ PIRES DE LIMA\ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, em anotações ao artigo 66, e VI, em anotações ao artigo 2033º, pág.34.

não adquire nenhum direito subjetivo à herança, mas uma simples expectativa ao futuro chamamento. Por sua vez, o Professor MONTA PINTO⁴⁶, recusa admitir a personalidade pré-natal, considera direitos sem sujeitos, aqueles que são atribuídos por herança ou doação aos nascituros até que ocorra o nascimento completo e com vida, todavia admite que o filho peça indenização por danos físicos ou psíquicos sofridos no ventre da mãe, causados por um medicamento ou qualquer acidente.

O professor CASTRO MENDES⁴⁷ adota a construção de direitos sem sujeitos, no que concerne aos direitos atribuídos ao nascituro por herança ou doação; com o seu nascimento completo e com vida, estes direitos consolidam-se no recém-nascido sem que haja retroatividade de aquisição.

Já o professor DIAS MARQUES⁴⁸, nega em princípio, que o nascituro tenha personalidade jurídica, todavia quando vem a nascer com vida, admite a retroação da aquisição dos direitos ao tempo da doação e da devolução testamentária. GALVAO TELLES⁴⁹ perfilha que o nascituro após a concepção passa a existir como ser vivo, que, todavia, não é tratado, desde esse momento, como sujeito de direito, carece de personalidade jurídica, mas goza de proteção jurídica, embora ainda sem existência jurídica autônoma, porque não é separado da mãe, tem jus a tutela do direito, como sujeito de direito em gestação. Argumenta que uma personalidade coincidente com a concepção estaria condenada a desvanecer-se sem deixar qualquer rastro, em caso de aborto voluntário ou involuntário, os direitos do feto desapareceriam como se nunca tivessem existido em vez de uma personalidade com eficácia perdurável, teríamos uma personalidade condicional e provisória, pelo que indicado é que a personalidade apenas surja quando possa revestir eficácia perdurável, e tal só acontece com o nascimento.

Também CARVALHO FERNANDES⁵⁰ nega a personalidade ao nascituro e considera sem sujeitos os direitos que lhe advenham antes do nascimento por herança ou doação; se não nascer com

⁴⁶ MONTA, Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pags.199-202.

⁴⁷ MENDES, Castro, *Teoria Geral do Direito Civil, I*, Op Cit., pág.105-109

⁴⁸ MARQUES, Dias, *Teoria Geral do Direito Civil, I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1958, pág.57. Atualmente, em *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ªed., Lisboa, 1977, Pág.14, toma uma posição menos comprometida e admite que “aos nascituros. Pode ser reconhecida determinada capacidade jurídica por via da qual podem chegara adquirir direitos, nomeadamente por doação (art.952) e testamento (art.2.003, n°1), mas ficando em tais casos a definitiva titularidade deles dependente do respectivo nascimento.

⁴⁹ TELLES, Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito, II*, 10ªed., Coimbra, 2000, pág.165-167

⁵⁰ CARVALHO, Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil.*, pag.195-19, e *Lições de Direito das Sucessões*, cit, pág.142-143

vida, não chega a ser titular, se nascer com vida, adquire ao tempo de nascimento os referidos direitos, sem que ocorra qualquer retroação. HOSTER⁵¹ não admite a personalidade do nascituro, nem se quer limitada, retroativa ou condicionada pelo nascimento, os direitos que a lei permite atribuir ao nascituro só entram na sua titularidade no momento do seu nascimento, mas aceita o direito à indemnização dos danos que o nascituro tenha sofrido no ventre da mãe, reportado porém a data do nascimento.

Recentemente tem-se verificado um conjunto de doutrinários no sentido da admissão da personalidade do nascituro já concebido. OLIVEIRA ASCENSÃO⁵², embora com cautela, admite que o nascituro já concebido tem personalidade jurídica desde a concepção: “a pessoa é desde o início o próprio sujeito da proteção, e não apenas objeto de regras que tem por fim essa tutela”. MENEZES CORDEIRO⁵³ reconhece estar “em aberto a necessidade de uma revisão doutrinária do artigo 66/1: no limite, a personalidade devia adquirir-se no momento da concepção, em nome do princípio básico de que todo ser humano é pessoa”; o nº2 do artigo 66 tem um sentido de supressão retroativa de direitos dos nascituros quando não chegam a nascer com vida, trata-se de direitos concedidos aos nascituros, não daqueles que lhes assistem como seres humanos pré-natais”.

CAPELO DE SOUSA⁵⁴ perfilha a personalidade jurídica parcial do nascituro já concebido, onde se inclui a titularidade do direito a vida intrauterina e ao desenvolvimento desta com vista ao nascimento completo e com vida extrauterina. PAULO OTERO⁵⁵ admite poder se discutir se a tutela conferida pelo Direito ao ser humano antes do nascimento, designadamente através do reconhecimento ao embrião da titularidade de direitos fundamentais, não justificará a imperatividade do Direito ao fazer depender do nascimento a aquisição da personalidade jurídica, transferindo-a para um momento anterior ao nascimento, fazendo coincidir, por conseguinte, o início da personalidade jurídica com o instante do início científico da vida; no limite urge alertar, a tutela jurídico-constitucional da vida humana anterior ao nascimento permitirá fundar uma pretensão de reconhecimento de personalidade jurídica pré-natal.

⁵¹ HOSTER, A Parte Geral do Código Civil Português, cit., pág.299-301

⁵² ASCENSÃO, Oliveira, Direito Civil- Teoria, Op cit. pág.41.

⁵³ CORDEIRO, Menezes, Tratado de Direito Civil, I, III, Cit., pág.41.

⁵⁴ DE SOUSA, Capelo, *O Direito de personalidade*, cit., p.156167 e 363-364, defende a personalidade jurídica parcial do nascituro, “onde se inclui a titularidade do direito a vida intrauterina e ao desenvolvimento desta com vista ao nascimento completo e com vida extrauterina”. O autor mantém esta opinião na sua Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 278-281.

⁵⁵ UTERO, Paulo, *Personalidade Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, cit., págs. 34-35

LEITE DE CAMPOS⁵⁶, sustenta que “o ser humano concebido não é menos pessoa que o já nascido”, que “assenta na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana- na concepção” e que “as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento estão, portanto, naturalmente gastas e ultrapassadas”.

1.3. Direito Francês

O Código Civil francês não regula de maneira expressa o início da personalidade jurídica, mas traz em seu corpo algumas normas referentes ao nascituro que servem de base para as mais diferentes posições doutrinárias no tema. Para alguns, a análise dos artigos do Código como um todo levaria ao entendimento de que a personalidade jurídica do ser humano iniciar-se-ia a partir do nascimento com vida e com comprovação de viabilidade.

O artigo 725 do Código Civil francês traz a regra de que para ter o dinheiro de herança o nascituro já teria que existir no momento da abertura da sucessão. Mas a personalidade completa, de forma que ele tenha capacidade para receber tal herança, se verifica com o nascimento com vida, observado o requisito da viabilidade. O artigo 906 do Código Civil francês, por sua vez, ressalta que para o nascituro receber bens por doação, já teria que ter sido concebido aquando do ato de adoção ou na época da declaração do testador.

Assim, conforme este último entendimento, o nascimento com vida e a viabilidade seriam os requisitos da eficácia de alguns direitos. E embora o Código Civil francês refira aos direitos dos nascituros apenas em alguns poucos artigos, a jurisprudência e o direito a uma renda em caso de acidente de trabalho do progenitor, completando a ideia de que ao nascituro são conferidos direitos.

Embora exista esse posicionamento doutrinário mais protetor da qualidade de pessoa do nascituro, a legislação francesa ainda indica um outro caminho, o que não reconhece o status de pessoa ao nascituro. Como exemplo, a legislação complementar referente a interrupção da gravidez, que não pune o aborto provocado pela própria gestante ou por terceiros até determinado mês da gestação.

O Código Civil Francês não aborda de maneira expressa o início da personalidade jurídica, mas os artigos existentes já servem de base para as posições doutrinárias. Para alguns, a personalidade

⁵⁶ DE CAMPOS, Paulo, *Lições de Direito de Personalidade*, cit. Pags.162, e O Início da Pessoa Humana e da pessoa jurídica, ROA, ano61, 2001, III, Pags.1254-1268.

jurídica do nascituro inicia-se do nascimento com vida, desde que esta tenha viabilidade (mínimo de aptidão física para viver), o que retoma a teoria natalista; já para outros, tanto o nascer com vida, como ser viável seriam condições para a eficácia dos direitos, o que no caso daria ensejo a personalidade condicional.

1.4. Direito Argentino

O Código Civil argentino, que teve sua redação fortemente influenciada pelo Esboço de Texeira Freitas, explicita que a concepção, isto é, o princípio da vida intrauterina, é o marco inicial da personalidade. Neste sentido aduz o artigo 70 do actual Código argentino:

Desde la concepción em el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de sum nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido.ess derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos em el seno materno nacieren com vida, aunque fuera por instantes después de estar separado de su madre.

O Código Civil Argentino determina que a personalidade jurídica do nascituro começa com a concepção. Em seu artigo 54 reconhece que o nascituro tem personalidade jurídica, contudo, este é declarado absolutamente incapaz. Dessa forma, o nascituro é equiparado aos menores impúberes, aos ausentes e aos surdos-mudos que não saibam expressar por escrito. Nesse sentido, observa-se que o Direito Argentino adotou a teoria concepcionista, sendo a situação do nascituro condicionada à uma situação resolutória, sendo que em nosso direito e em demais países estaria subordinada a um evento suspensivo.

Outra característica que diferencia o Código Civil argentino dos demais (como o espanhol e o francês, por exemplo), seria o fato de não acolher o requisito da viabilidade para a aquisição da personalidade.

1.5. Direito Italiano

O primeiro Livro do actual Código Civil Italiano de 1942 regulamenta a matéria da pessoa e da família. No âmbito da pessoa, disciplina separadamente a pessoa física da pessoa jurídica. Quanto à pessoa física, logo no artigo primeiro encontramos a seguinte disposição : “*La Capacità giuridica*

si acquista dal moment della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del conceito sono subordinati all'evento della nascita''.

A prior, podemos afirmar que a legislação italiana leva ao entendimento de que o ordenamento jurídico adota a teoria natalista, uma vez que advoga em texto expesso que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento com vida, bem como os direitos que a lei reconhece ao concebido, ficam subordinados ao nascimento com vida.

O Código Civil vigente na Itália é datado de 1942, e em seu artigo primeiro já dispõe acerca do nascituro. A base para proteção do nascituro encontra-se no artigo 1º do citado Código ao prever que a capacidade jurídica se conquista no momento do nascimento, e que a ele são subordinados os direitos que a lei reconhece a favor do concebido. Ainda de acordo com Pussi, existe uma contradição na legislação italiana entre o Código Civil e a própria Constituição Federal visto que esta, apesar de não ter um dispositivo específico falando a respeito, é afirmativa ao determinar que a vida é tutelada a partir da concepção. Dessa maneira, esta contradição poderia ser sanada de duas formas: dilação da capacidade jurídica, de modo que abranja o ser humano a partir da concepção; ou uma redução da capacidade jurídica, de modo que assegure a igualdade entre sujeitos já nascidos quanto às relações jurídicas interprivadas, de forma a não prejudicar os direitos fundamentais da pessoa (vida, dignidade, saúde). Portanto, pode-se interpretar que a teoria natalista não é manifestada de uma forma expressa no Código Civil italiano, uma vez que não afirma ser a personalidade jurídica adquirida no momento do nascimento, mas sim a capacidade jurídica.

1.6. Direito Espanhol

Influenciado pelo Direito Romano, bem como francês, o Código Civil Espanhol é datado de 1889 e merecem atenção especial os artigos 29 e Ss. Além do nascimento com vida, faz-se necessária a forma humana e a viabilidade. Neste artigo 26, o último requisito baseia-se num critério meramente legal, qual seja, o do decorrer de 24 horas após o nascimento, ou de possuir forma humana. O Código Civil espanhol estabelece, em seu art.º.29 e Ss, que o início da personalidade é determinado pelo nascimento, além disso, fixa em seu artigo seguinte os requisitos necessários para que uma pessoa se considere nascida, sendo eles: possuir forma humana e viver 24 horas depois de seu nascimento.

CAPÍTULO IV

O NASCITURO PERANTE ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

1. A posição do legislador e da Doutrina Moçambicana

A respeito de todos os questionamentos e divergências doutrinárias existentes, o facto é que o nascituro possui proteção e direitos no ordenamento jurídico desde a sua concepção e não somente após o nascimento com vida. É inerente ao homem o direito à vida, de conservação, de liberdade, de defesa, assegurando-lhe o direito de vir ao mundo sadio, sem traumas, sem deformações físicas, de carácter ou qualquer outro tipo, provocadas na maioria das vezes, pela violência que a mãe sofre durante o período de gestação. Em consequência aos direitos do nascituro, a lei e o Estado, de forma subsidiária contemplam a mãe, a mulher que carrega o seu filho em seu ventre, a detentora provisória destes direitos até que aquele venha a nascer.

António Chaves esclarece de forma magnífica que:

Existe um conjunto de normas que podem ser rastreadas em todas as legislações, quando não explícitas, nelas contidas implicitamente e que são todas essenciais que mal se concebem separadas do próprio conceito de civilização e de acatamento à pessoa humana. O respeito à vida e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer.⁵⁷

1.1. O regime da personalidade dos nascituros

Segundo o artigo 66.º do Código Civil: “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

O nascimento simboliza a entrada da pessoa no espaço físico terrestre. Com efeito, o artigo 66 do Código Civil estabelece que a personalidade jurídica é adquirida com nascimento completo e com vida. Segundo o autor supracitado trata-se de uma norma desajustada às correntes modernas de

⁵⁷ CHAVES, António, *Tratado de Direito Civil. Parte Geral*. 2008. pág.435

bio direito onde vislumbra a teoria concepcionista que defende a consideração da personalidade desde o momento da concepção. De acordo com o autor, a nossa lei assenta na teoria natalista que orienta o início da personalidade ao nascimento, os direitos dos concebidos sujeitam-se à condição de nascer com vida⁵⁸.

Este autor moçambicano perfilha a ideia de que o nascituro como ser humano, vivo no seio da mãe, goza do direito de personalidade que é inerente a sua qualidade de ser humano.⁵⁹

Para o professor Gil Cambule, a respeito do princípio geral do artigo 66 do CC “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento numa construção reconhecidamente polémica face à orientação positivista para o conceito de pessoa, a lei reconhece direitos a quem não é pessoa, inclusivamente a quem ainda não foi concebido”. São exemplos dessa realidade as situações de doações que podem ser efetuadas a nascituros, (952°); as sucessões que podem ser irrestritamente diferidas a nascituros concebidos (art.2033. °) ou testamentária e contratualmente quanto aos não concebidos (art.º.2033. °n.2), no que respeita a aspectos pessoais destaca-se a possibilidade de perfilhação do nascituro, desde que já seja concebido e o perfilhante identifique a mãe (art. 265 da Lei da Família), a existência do poder parental relativamente a ele e a presunção da paternidade no que respeita a filhos concebidos na constância do matrimónio⁶⁰.

Rabindranath Capelo de Sousa sugere que se tenha de ver aqui uma “personificação parcial do nascituro concebido” esclarecendo que no artigo 66. °, o legislador terá querido apenas reger o início da “personalidade jurídica plena”.

O que para o professor Gil Cambule é um entendimento inaceitável, pois a personalidade é uma qualidade absoluta, não admitindo qualquer parcialização, é um conceito eminentemente qualitativo: ou o sujeito tem personalidade jurídica ou não tem, sem mais. É ilógico falar em personalidade jurídica parcial e plena, por colidir com a natureza geral e absoluta desta qualidade, a especialização só faria sentido num conceito quantitativo, como é da capacidade jurídica. O que evidencia a tutela do ser humano a partir da *vida-formação* no seio materno onde, segundo a doutrina especializada, já temos uma *personalidade física e moral* que já é titular de direitos de personalidade porquanto “é inegável a existência de uma vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele,

⁵⁸ CHINELLATO, Silmara Juny, Apud, MALUNGA, Chitute Didier, *Criança Família e Herança*. Maputo, 2010, pág.21

⁵⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais, Apud, MALUNGA, Chitute Didier, *Criança, Família e Herança*, Maputo, pág.22

⁶⁰ CAMBUL, Gil, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. Cit, pág. 152

desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de dinâmica humanas autônomas embora funcionalmente dependente da mãe.”⁶¹

Há vários preceitos no Código Civil que revelam, que o nascituro é mais do que uma coisa, do que uma víscera especialmente protegida:

_ Segundo o artigo 952 do Código civil, os nascituros podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada viva ao tempo da doação, presumindo-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até o nascimento do donatário.

_ também o artigo 9.º, n.º1 da LS, reconhece capacidade sucessória além do Estado, a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei.

_ O artigo 293.º n.º2, da LF em matéria de poder paternal, incumbe aos pais a representação legal dos filhos, ainda que nascituros.

_ E o artigo 223 n.º2, da LS atribui a administração de herança do nascituro a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido.

_ O artigo 274 da LF permite a perfilhação do nascituro, desde que o pai identifique a mãe.

Todos estes preceitos e regimes legais revelam que o nascituro já concebido não é tido como coisa, mas antes como pessoa.

Entendemos que a redacção do artigo 66 não é feliz, mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro da sua letra, como se disse atrás, a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana quem a tem. Por isso, o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido, a capacidade de gozo e não propriamente a personalidade jurídica. Assim interpretando o artigo 66 do Código Civil deve ser entendido como referindo a capacidade de gozo e não propriamente a personalidade jurídica. Fazendo uma análise profícua do artigo 66 do CC torna-se harmônico com os demais citados preceitos da legislação avulsa. A personalidade jurídica das pessoas humanas tem início concomitantemente com o princípio da sua vida e existência enquanto pessoas.

⁶¹ Cfr. RABINDRANATH, Capelo de Sousa, Teoria geral do Direito, pág.270-283

1.2. Constituição moçambicana de 2004 com revisões de 2018

A constituição moçambicana não trata de forma directa questões relacionadas a natureza jurídica dos nascituros, cabendo-nos trazer alguns princípios fundamentais.

A actual constituição moçambicana, fruto da democracia e inspirada nas ideias de respeito ao ser humano e de paz entre as nações, além de trazer a organização da sociedade política, esboçou em seu corpo os direitos fundamentais.

As garantias trazidas na constituição se refletem em todo sistema jurídico. Seus princípios se irradiam sobre todas as normas infraconstitucionais. E a interpretação jurídica das normas civilistas deve ser feita com base numa interpretação constitucional. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso sustenta que toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional no aspecto de compatibilidade da regra jurídica para com as normas constitucionais e no aspecto de filtragem. Portanto a interpretação da legislação ordinária, em especial a civil, deve ser feita a luz da constituição.

Falar do nascituro é falar do Direito à vida, que é garantido pela constituição, mas também por diversos instrumentos internacionais. Não é um exagero afirmar que o direito a vida é um dos maiores bens do ser humano, sem o qual o mesmo sequer existe.

O Direito à vida vem previsto no artigo 40 da constituição da República, está inserido no capítulo dos direitos fundamentais, e como direito fundamental, é um pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na constituição, já dele se extrai a estrutura básica dos demais. A proteção à vida é tão importante que se reflete em todos os ramos do Direito, protegendo-se a vida enquanto existência, mas também enquanto a qualidade de vida. Portanto, ao tratar do direito à vida devemos nos ater as duas facetas: o direito de permanecer vivo ou não ser morto e o direito de viver com dignidade. O direito de permanecer vivo ou não ser morto ou extraído do próprio texto constitucional, seja quando a constituição garante o direito a vida em sentido amplo, seja quando proíbe a pena de morte e no caso quando proíbe o aborto.

Tendo em vista que a constituição não diferencia o nascido do nascituro, e no capítulo do artigo 40 estabelece que todos têm direito à vida. Há, portanto, que se considerar que a constituição protege o direito à vida também ao nascituro.

Essa é a posição de Selmara Chinellato, que defende que da análise sistemática da Constituição pode se extrair que ela não admite o aborto, até porque este é o entendimento

primário que se pode retirar da constituição material (CÓDIGO PENAL), protegendo o direito à vida do nascituro.

1.3. O código penal

Diremos, com efeito que o direito penal clássico é o direito depositado no código penal, ao qual corresponde a tutela de bens jurídicos fundamentais da sociedade, que se relacionam com a personalidade do cidadão, a vida humana, a integridade física, a liberdade sexual, a honra, o patrimônio, a família, etc.⁶²

Segundo Wessels, a função do Direito Penal “consiste em proteger os valores fundamentais da vida comunitária no âmbito da ordem social e garantir a manutenção da paz jurídica. Como ordenação protetiva e pacificadora serve o Direito penal a proteção dos bens jurídicos e a manutenção da paz jurídica”.⁶³

O Direito Penal constitui a medida da *última ratio* empregue para garantir a integridade da ordem jurídica, nos cânones do Estado de Direito Democrático, não porque se remete ao Direito Penal para o estatuto de subsidiariedade (isto é, em caso de falharem outros sistemas de controlo social). A experiência mostra sempre a necessidade de Direito Penal e, não seria por acaso que a sua função, é justamente, a de proteger os bens jurídicos (tais como a vida, à integridade física, a liberdade de autodeterminação e a propriedade) mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para vida em sociedade.⁶⁴

Todos os conceitos trazidos, dão-nos o entendimento principal de que o Direito penal protege bens jurídicos fundamentais, significando que a proteção que é dada ao nascituro é análoga ao tratamento dado ao ser humano com personalidade jurídica, fazendo uma viagem na legislação penal, com ênfase na constituição material, que é o código penal, encontramos uma diversidade de preceitos sobre a proteção jurídica do nascituro.

Questionando-se a importância que os Estados têm dado ao proteger este bem jurídico fundamental, mas contrariando-se na forma como atribui a personalidade jurídica e a contrariedade que surge nas limitações civis e nas proteções penais. O legislador penal por sua vez, como constituição material, traz uma série de disposições com conteúdo protetivo,

⁶² SILVA, Germano Marques. *Direito Penal*. pág. .106

⁶³ WESSELS, Johannes, Apud, MACIE, Albano, *Direito Penal I*, Maputo, 2018. pág.12

⁶⁴ JESUS, Damásio Evangelista, Apud, MACIE, Albano, de, *Direito Penal I*. Maputo, 2018. pág. 12

em contrapartida a legislação civil entra em conflito, trazendo um conceito precário e discriminatório distante dos objetivos da constituição, não havendo coerência e concordância no sistema.

O legislador penal na parte especial, começa com um título bastante rico e com muita propriedade, que pode ser bastante explorado: “Crimes contra a vida” o que expõe claramente a ideia de que o nascituro não tem personalidade jurídica, mas tem vida, porque o crime do aborto consta deste capítulo, o que cria uma profunda contradição com os preceitos civis.

O artigo 166, dispõe sobre os crimes contra a vida intrauterina (interrupção de gravidez):

1. Quem, de propósito, fizer abortar uma mulher grávida, empregando para este fim violência ou bebida, ou medicamento, ou qualquer outro meio, se o acto for cometido sem consentimento da mulher, é condenado na pena de prisão de 3 meses a 2 anos; se for com consentimento da mulher, é punido com a pena de prisão até 1 ano. 2. A mulher que consentir e fizer uso dos meios subministrados, ou que voluntariamente procurar o aborto a si mesma é punida com pena de prisão até 2 anos. 3. O médico, farmacêutico, enfermeiro ou qualquer outro profissional de saúde que, abusando da sua profissão, tiver voluntariamente concorrido para a execução do aborto, indicando ou

65

Sobre o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, a importância do objeto que chama a intervenção do direito penal, uma das regras muito defendidas por vários autores, até em Portugal isso tem força constitucional, é esta: o direito penal só deve intervir, só deve querer aplicar-se, só deve tomar conta de um certo tipo de atuações ou de atos quando isso for por um lado eficaz e por outro necessário.⁶⁶

O legislador penal não faz menção ao nascituro apenas tratando-se do aborto, mas tem em atenção o crime do Parto suposto e substituição do recém-nascido.

1. A mulher que, sem ter dado parto, o der por seu, ou que, tendo dado parto lho vivo ou morto, o substituir por outro, é punida

⁶⁵ Código penal

⁶⁶ BELEZA, Tereza Pizarro, *Direito Penal*, 1º Volume, 2. ed, revista actualizada, pág.32-33

*com pena de prisão de 1 a 3 anos. 2. A mesma pena será imposta ao marido, que for sabedor e consentir. 3. Os que para este crime concorrerem, são punidos como cúmplices, segundo as regras gerais.*⁶⁷

As raízes do Direito penal se situam nas suas representações ético-sociais de valor da comunidade jurídica: elas constituem a base para o aparecimento. Dos bens jurídicos, das normas jurídicas e dos tipos penais. VON LISZT, no seu tratado de Direito Penal Alemão, escreve que: “Todo o direito existe por amor-dos-homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que produz”⁶⁸.

A seguir diz o autor que “Chamamos bens lúridos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, assim sendo, o interesse juridicamente protegido”. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.⁶⁹

1.4. Direito do Trabalho

A lei do trabalho para além do regime de proteção da maternidade e paternidade nos artigos 10-11, protege de forma específica o nascituro, faz menção aos nascituros. O artigo 12 protege não somente o estado clínico da mãe trabalhadora, mas também ao nascituro, nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, impeditivo do exercício da atividade, a trabalhadora goza do direito a licença, anterior ao parto, pelo período de tempo necessário para prevenir o risco, fixado por prescrição médica, sem prejuízo da licença por maternidade.⁷⁰

A lei do trabalho no art.º 7 versa sobre os direitos de personalidade que devem ser respeitados pelo empregador, do trabalhador, mas há uma extensão, não só respeita-se os direitos do

⁶⁷ Código penal, artigo

⁶⁸ LISZT, Franz Von, Apud, MACIE, Albano, de *Direito Penal* Maputo, 2018 pág.12

⁶⁹ Idem, pág.12

⁷⁰ Lei do trabalho, 2004

trabalhador, mas também dos nascituros, não permitindo-se que no período de gestão a mulher grávida perigasse a vida do nascituro, nos termos do artigo 13, n 1, al.b da LT.⁷¹

2. A dignidade humana do nascituro

Segundo Alexandre de Moraes (2007, online) "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. E ainda, "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois sua garantia impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos". Nesta concepção, Moraes defende que a CF garante que o direito à vida consiste não só no direito de permanecer vivo, como também de se ter uma vida decente. Nesse sentido ainda, Luiz Antônio Rizzato Nunes discorre: "A dignidade nasce com a pessoa. É inata. Inerente à sua essência." Pode-se dizer que a dignidade por ser inerente a essência do ser humano deve ser defendida desde a concepção, antes do seu nascimento, levando em conta que o nascituro já possui uma vida humana e por isso deve ter direito a sua dignidade. (2002, p. 49)

A dignidade é inatingível, considerando que todos são iguais em sua dignidade, pois são reconhecidos como pessoas mesmo que suas atitudes não sejam igualmente corretas nas relações com seus semelhantes. Por essa razão, há que se falar em dignidade do nascituro, unicamente por ele possuir uma vida humana, mesmo antes de nascer. (MAURER, 2005)

O nascituro é um ser humano com toda dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe. A proteção jurídica que a lei lhe dá não é apenas objetiva. Se o fosse, o seu estatuto não seria diferente daquele que é próprio das coisas, dos animais especialmente protegidos. O próprio cadáver tem um regime de proteção muito intensa, é uma coisa sagrada, mas o cadáver não tem vida e nem dignidade humana. O nascituro não é objeto do direito. Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se, mesmo ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da personalidade, da humanidade nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito o nascituro tem a qualidade de pessoa humana viva, isto é, a personalidade jurídica.⁷²

⁷¹ Lei do Trabalho de 2013

⁷² VASCONCELOS, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil... ob.cit.*, pág.65-66

2.1. Tratados e Convecções internacionais

Os tratados internacionais, de uma maneira geral, são acordos formais, concluídos entre os sujeitos de Direito Internacional Público e destinados a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional. Quando um tratado é internalizado no ordenamento jurídico, este adquire força normativa interna e, aí, surge a questão acerca da natureza jurídica dessa norma. Define de forma rigorosa como sendo um acordo de vontades, em forma escrita, entre sujeitos de Direito Internacional, agindo nesta qualidade, de que resulta a produção de efeitos jurídicos.⁷³

2.2. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada por Moçambique, pela resolução n° 19/90 de 23 de Outubro, traz em seu texto legal o conceito de criança, entendendo-a como “todo *ser humano* menor de 18 anos de idade” (artigo 1°), asseverando que “os Estados-partes reconhecem que toda a criança tem o direito inerente à vida” (art. °60), não fazendo qualquer exclusão ao nascituro. Do que consta do preâmbulo da Convenção, ainda podemos fazer referência ao seguinte excerto: “A criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. Por isso, no que diz respeito à Convenção, pode-se extrair que é considerada pessoa todo ser humano, sem que haja qualquer distinção entre sua vida intra e extrauterina, o que nos leva à conclusão de que o termo “pessoa” se aplica-se também ao nascituro.⁷⁴

2.3. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, ratificado por Moçambique pela resolução n°5.91, em seu artigo 6°, parágrafo 1°, reconhece que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Lei. Ninguém poderá ser

⁷³FAUSTO DE QUADROS, André Goncalves Pereira, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ed. Livraria almeida, Coimbra, 1997, pág.173

⁷⁴ Convenção sobre Direitos da criança

arbitrariamente privado de sua vida”, e no artigo 16 aduz que “toda pessoa terá o direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.⁷⁵

3. O crime de Aborto e a afronta a Dignidade do Nascituro

A partir da década de 60, o processo de emancipação da mulher e o avanço à laicização dos Estados, dentre outros fatores, desencadearam uma forte tendência à liberalização da legislação sobre o aborto. As dinâmicas variam de país para país como as soluções normativas.⁷⁶

O aborto pode acontecer desde o conhecimento da gravidez até o momento do parto, com isso, avistamos as formas típicas do homicídio ou infanticídio. Dentre os tipos de aborto, estão: o aborto típico, antijurídico e culpável que estão previstos em lei e são puníveis, o aborto típico e jurídico que estão previstos em lei e não são puníveis, e o aborto atípico que são os não puníveis e não estão previstos em lei. (CIARDO, 2015).

3.1. Pró-vida x pró-escolha

Este capítulo faz referência às principais divergências entre os movimentos de oposição “Pró-Vida” e “Pró-Escolha”, como surgiram, como atuam na sociedade, e qual sua relevância perante o polêmico crime de aborto.

3.2. O Movimento Pró-Vida

Reúne pessoas de inúmeras classes, como religiosos, leigos, médicos, cientistas, e pessoas das mais variadas ideologias, que se posicionam em defesa da dignidade da pessoa humana, caracterizados especialmente por sua objeção à conduta do aborto provocado ou voluntário. (CASA LUZ, 2016) O referido movimento tem como principal argumento, as descobertas científicas de que a vida humana começa a partir da concepção, e por isso o feto é protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷⁵ PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 19966.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel, *Legalização do Aborto e Constituição*, Rio de Janeiro, 2005. pág.46

3.3. O movimento Pró-Escolha

Este agrega pessoas e movimentos sociais que preservam a independência das mulheres na escolha entre gerar ou não um filho, cabendo-lhe o aborto, se assim quiser. O movimento defende a prática do aborto de maneira segura e legal e os direitos reprodutivos. Há diferentes visões acerca da defesa da prática voluntária do aborto, nos movimentos Pró-Escolha. Há os que defendem o controlo total da mulher sobre seu corpo, podendo realizar o aborto em qualquer fase da gestação, e há os que defendem a prática da interrupção voluntária da gravidez somente em circunstâncias críticas, como por exemplo quando a gestante não tem boas condições financeiras de criar um filho.

A professora Amina Abdala, perfilha como base nesta concepção dos direitos reprodutivos, a abordagem da reprodução deixou de ser entendida sob ângulo do controlo populacional para valorização da cidadania individual. A ideia é que sexo, sexualidade, gênero e reprodução constituem importantes áreas da experiência humana e devem ser objeto de garantias e de respeito, bem-estar e livre arbítrio. No caso dos direitos reprodutivos, significa a possibilidade de mulheres e ou casais decidirem o tamanho da prole, o momento de ter filhos, com acesso a contracepção, e ao aborto seguro, e a condição adequada de assistência em todas as etapas do ciclo reprodutivo.⁷⁷

4. Nascituro como pessoa e como sujeito de direitos

O Direito é criação do Homem e é, este que ele serve, sendo impensável a ordem jurídica sem o homem.

O professor Gil Cambule perfilha que: “Os Direitos de personalidade são direitos humanos, sendo mesmo impossível construir uma dogmática de direitos humanos que ponha de lado aqueles direitos. É assim, correto afirmar que para além do restrito âmbito civilíssimo ou penal que vimos serem adequados à tutela de direitos de personalidade, estes encontram igual tutela no âmbito da dogmática dos direitos humanos, direitos do homem conforme se consagra nos institutos internos e

⁷⁷ ABDALA, Amina, Adão Saide, *Dos Direitos Sexuais E Reprodutivos DA Mulher- Contributo Para A aferição DA sua efectividade em Moçambique*, Maputo, 2018, pág. 13

internacionais próprios, nomeadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Carta Africana dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁷⁸

Portanto, reconhecida a natureza humana do nascituro, bem como alguns direitos, não restam dúvidas de que a proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro. Tem assim, o nascituro, direito à vida, à saúde, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade,⁷⁹ entre outros direitos que possam a ele ser atribuídos, de acordo com sua natureza. A violação a qualquer expressão da personalidade ou da dignidade da pessoa humana enseja a responsabilização civil e a consequente obrigação de reparar o dano.

4.1. Direito a vida

O termo vida, vem do latim *vita*, que significa existência. É o período entre a concepção e a morte de indivíduo, ou seja, o óvulo concebido, que se transforma no embrião e feto, já possui vida.

Dentre todos os direitos assegurados, este é, sem dúvida, o principal deles. Inerente ao homem, este direito o acompanha em todas as fases do seu desenvolvimento, da fase do zigoto até o envelhecimento, encerrando-se com a morte.

Trata-se de um direito condicionante, uma vez que todos os demais estão sujeitos a ele. De acordo com o mesmo, o concebido tem direito de se desenvolver naturalmente no ventre materno, para que possa nascer e viver dignamente.

Dentre os direitos do nascituro, este pode ser considerado o mais importante, tendo em vista que é o primeiro a ser adquirido. Conforme leciona Pereira (2010), o direito a vida está assegurado por constituição, e constitui um pré-requisito à existência dos demais.

O dispositivo constitucional se resguarda a esse direito, prevê a preservação do direito à vida, sem qualquer restrição da fase da vida humana de que se trata e ainda e de suma importância tendo

⁷⁸CAMBUL, Gil, *Teoria Geral do Direito Civil* pág. 146

⁷⁹ CHINELLATO, Silmara, Apud, RIBEIRO, Ana Luiza Boulos, *O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema de responsabilidade Civil*, São Paulo, pág. 63.

em vista que o nascituro se encontra em situação vulnerável por depender totalmente de outra pessoa, que se não o fizer da melhor maneira, aquele nem chegará a nascer. (BERTI, 2009)

Os demais direitos dependem do direito a vida, por isso, este deve ser visto primeiro de maneira cronológica e axiológica, pois o direito a vida é um direito natural fundamental para os demais direitos constitutivos da pessoa humana, até porque sem a vida não podemos falar de nada mais, muito menos na dignidade ou mesmo na personalidade. (RIBEIRO, 2011)

O direito a vida deve ser considerado absoluto (todos devem o respeitar), e sendo assim tem eficácia erga omnes, para além de ser indisponível

CONCLUSÃO

Depois de uma viagem entre a literatura civilista, humanitária, constitucional, penal, trabalhista conclui-se que o nascituro tem personalidade jurídica, é pessoa e não víscera de mãe, que merece, portanto, tutela jurídica completa e por isso afastamo-nos da teoria natalista e da condicional, adotamos a concepcionista alicerçando a nossa posição usando dos princípios do Direito civil e do direito em geral porque eles traçam os fundamentos básicos do Direito Civil, regem o momento da criação, interpretação e aplicação do Direito.

O primeiro princípio introdutório do Direito Civil é da personificação jurídica do homem, que considera que o homem é a figura central do direito, a personalidade jurídica é imposta aos homens, como sendo um valor irrecusável e inegociável, e deve ser concebida desde a concepção do homem, porque o nascituro não é menos pessoa que os já nascidos. Personificar significa que a este lhe deve reconhecer o círculo fundamental de direitos.

Na sociedade, o Direito só faz sentido, tudo faz sentido porque o Homem existe, o texto do artigo 66 CC é discriminatório, e contra as características e princípios dos Direitos Humanos, a sua indivisibilidade. Os Estados não se podem furtar de garantir o direito sob o argumento de que determinados direitos não são justificáveis, não se pode medir a dignidade humana pelas fases que estes atravessam, pois todo ser humano tem direitos iguais, artigo 35 da CRM, é chamado quando o tratamento desigual inferioriza a pessoa na sua dignidade⁸⁰. Tendo em conta a condição jurídica do nascituro que o difere dos demais, como um ser diferenciado por alguma deficiência, mas nem por isso é desconsiderada a sua personalidade, é também necessário que o critério da igualdade material seja aplicado, porque a igualdade traduz a ideia de tratar de modo igual o semelhante e de forma desigual aqueles que não estejam em igualdade de circunstâncias, é necessária a adoção do critério de discriminação positiva para condição jurídica dos nascituros.

Não se pode ter menos ou mais personalidade, ou se tem ou se não tem, e por isso ou tem todos os direitos de natureza patrimonial e pessoal ou não se tem. É preciso que se reformule a

⁸⁰ Vide, todos MACHADO, Isabel Penido de Campos. O Princípio de igualdade no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Do tratamento Diferenciado ao Tratamento Discriminatório. In De Oliveira, Márcio Luís (Coordenação). Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Interface com Direito Constitucional Contemporâneo. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 200, pág. 132 a 144

estrutura das fases do Homem, este que é fruto de um processo de formação desde a sua concepção até a morte, na verdade, contrariamos a ordem de que este primeiro nasce e preferimos uma nova fórmula, para ajudar a entender melhor: por isso contrariamos a ideia do professor Mota Pinto de que os Direitos de Personalidade pertencem a todas as pessoas, por força do seu nascimento⁸¹, preferimos a seguinte ordem: concebido +nasce +cresce +desenvolve-se + morre.

O Estado não se pode arrogar detentor e atribuidor da personalidade, ele regula este acto constitutivo, mas o Direito de personalidade desde o início até o fim, são questões ligadas a natureza humana. É uma qualidade inata e intrínseca à natureza do próprio Homem, a sua dignidade até porque o ser humano surge bem antes dele, e todos que defendem esta ideia de que o nascituro não é pessoa, é porque já nasceram. Resumidamente, nem os progenitores podem ter a faculdade de dispor sobre ele, não se tratando de coisa como defendem os natalistas e nem o estado pode impor os limites a aquisição da personalidade, iniciando desde a concepção.

Por fim, concluímos que o nascituro, a partir da fecundação é verdadeira pessoa humana, com todos os requisitos biológicos e ontológicos, pois onde há corpo humano há pessoa, independentemente do cabal desenvolvimento de todas as suas potencialidades.

⁸¹ Monta pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ob. Cit. pag207,

RECOMENDAÇÕES

Face à não admissibilidade da personalidade jurídica do nascituro, defendendo o direito a vida, recomenda-se que:

1. Na próxima revisão do Código Civil que o legislador possa reconhecer a personalidade desde a concepção, revendo o artigo 66 do Código Civil, considerando que o nascituro tem personalidade jurídica, que ele é um ser humano em condições diferentes dos que já foram concebidos, ele vive ainda em um mundo singular ao dos concebidos;
2. Que todas as normas do sistema sejam conformadas ao direito à vida, que haja revisão das normas penais sobre o aborto, não abrindo exceções ao aborto, senão, nos casos em que a mãe esteja correndo algum risco.
3. Considerar que o nascituro está apenas deserto de capacidade jurídica, então conformar todos os outros regimes sucessórios e da família a esta norma;
4. Introdução de medidas educativas à sociedade sobre o respeito a dignidade humana que se estende aos nascituros, para que todos percebam que este também é pessoa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Doutrina

- ASCENSÃO, José De Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral- Introdução As Pessoas e Bens, Vol. I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2000.*
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal, Vol. I, 2ª edição, Lisboa, 1998.*
- CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil. Parte Geral. 2008.*
- FAUSTO DE QUADROS, André Goncalves Pereira. *Manual de Direito Internacional Publico, 3 ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1997.*
- CAMBULE, Gil. *Teoria Geral do Direito Civil- Introdução geral. Situação jurídica, As pessoas, Os Bens Vol. I, W editora, 2019.*
- MACIE, Albano. *Direito Penal I-Textos de apoio, Maputo, 2018.*
- MALUNGA, Chitute Didier. *Criança, família Herança: Nascimento, Filiação, Poder Paternal. Maputo, 2010.*
- MENDES, João de Castro. *Direito Civil- Teoria geral. Lisboa, 1995.*
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, Coimbra Editora, 2005.*
- PASIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil, 7ª edição, Almeida editora, 2012.*
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil- Introdução Pressupostos da Relação Juridica, Vol. 5ª edição, Lisboa, 2009.*
- TELLES, Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito, II, 10ºed., Coimbra, 2000.*

2. Legislação

2.1. Nacional

- Constituição da República de Moçambique, de 16 de novembro de 2004, Boletim da República, I serie, n.º 51, de 22 de Dezembro de 2004- atualizado pela Lei n.º 1/2018, de 12 de junho.
- Código Civil Moçambique, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, Plural Editores, 1º edição, grupo Porto Editora –

atualizado pelo Decreto-Lei n.º2/2021, de 9 de Agosto, BR n.º152, I Serie, de 9 de Agosto de 2021.

- Código de processo civil com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º1/2005, de 27 de Dezembro e Decreto – Lei n.º2/2009, de 24 de Abril.
- Código de Registo Civil, aprovado pela Lei n.º12/2004, de 08 de Dezembro, Boletim da República I serie, n.º49, de 08 de Dezembro de 2004.
- Lei n.º 22/2019, de 11 de Dezembro, Lei da Família, BR n.239, I serie, de 11 de Dezembro de 2019.
- Lei n.º21/2007, de 1 de Agosto, Lei do trabalho, BR n31, I serie, de 1 de Agosto de 2007.
- NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18ª edição, editora fórum, 2013.

2.2. Estrangeira

- Carta Africana dos direitos e Bem-estar da criança.
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas
- Código Civil Brasileiro
- Código Civil Espanhol, aprovado pelo Decreto de 24 de Junho de 1889
- Código Civil Francês
- Convenção sobre Direitos da criança, de 1984.
- Código Civil Português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º473344, de 25 de Novembro de 1966, 3ª edição, Lisboa -alterado até a Lei n.º6/2008, de 31 de Outubro.
- LIMA, Pires de\Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª edição, Revista e atualizada, Coimbra Editora, 1979 e Volume V, Coimbra Editora, 1995.

3. Jurisprudência

4. Publicações periódicas

- ARRUDA, Anna Clara MilHomem, *A Personalidade Jurídica do Nascituro*, Anápolis, 2020, Associação Educativa Evangélica Disponível, <http://repositório.aee.edu.br/bitstream/aee/9985/1/ANNA%20CLARA%20MILHOMEM%20ARRUDA%20.PDF>. Acesso: 02 de Fevereiro de 2024.
- DE CARVALHO, Augusto Cesar Leite, *A dignidade da pessoa humana*, 2009. <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/1494/1/DignidadePessoaHumana.pdf>. Acesso em 04 de Janeiro de 2014.
- RIBEIRO, Ana Luiza Boulos, *O Nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil*, São Paulo, 2010. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações, <http://teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2331/td-15032013-093434/publico/Dissertacao-Ana-Luiza-Boulos-Ribeiro.pdf>. Acesso em 24 de Dezembro de 2023.
- RIBEIRO, Tiago, *Início da Personalidade e a situação jurídica do nascituro*, Revista Científica Semana Acadêmica, <https://semana.academica.org.br/artigo/inicio-da-personalidade-e-situacao-juridica-do-nascituro>. Acesso em 07 de Janeiro de 2024
- DE VASCONCELOS, Iam Maul Meira, *O Nascituro e a proteção de seus Direitos*, Campina Grande, 2010, UEPB, <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5773/1/PDF%20Iam%20Maul%20Meira%20de%20Vasconcelos.pdf>. Acesso em 02 de Janeiro de 2024.
- SACRAMENTO, Daniel, *Legalização Do Aborto e Constituição*, Rio de Janeiro, 2005. <https://dspace.doctum.edu.br/handle/12356789/1317>. Acesso em 29 de Janeiro de 2024.

5. Outras Fontes

- ABDALA, Amina Saide, *Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher-Contributo para aferição da sua efetividade em Moçambique*, *Dissertação de Mestrado em Direito*, na Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Outubro de 2018.

- NEVES, Rita, *A Concretização dos Direitos da Criança através se Sistemas Integrados de Proteção Social, Mestrado em Direitos Sociais*, na Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Maio de 2018.