XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

HEITOR DE CARVALHO PAGLIARO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Heitor de Carvalho Pagliaro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-804-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Na ocasião do XXVIII do Encontro Nacional do CONPEDI, o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica reuniu pesquisas notadamente na área da hermenêutica jurídica. O debate científico realizado a partir das treze pesquisas apresentadas teve como foco os princípios, com forte ênfase doutrinária. A maior parte dos trabalhos enfrenta questões de ordem teórica e outra parte analisa casos concretos.

De um lado, a precisão e a objetividade das regras atendem aos ideais de segurança jurídica, previsibilidade e estabilização das relações sociais. De outro lado, a generalidade e subjetividade dos princípios possibilitam a flexibilidade do direito frente às especificidades dos casos concretos. O excesso de ênfase nas regras pode afastar a equidade, entendida como a adaptabilidade do direito na aplicação da justiça no caso concreto, ao passo que o excesso de princípios pode conduzir a uma ampliação prejudicial e desmedida das possibilidades de interpretação,

Como o juiz deve interpretar as leis? Essa resposta não está nas leis – salvo poucas exceções nas quais a própria legislação dispõe que algo deve ser ou não deve ser interpretado de determinado modo. Também não está na ciência jurídica, pois não há consenso teórico a respeito disso. Kelsen, na Teoria Pura do Direito, se perguntou se existe uma interpretação ideal, melhor do que as demais, e respondeu que não há. Então o juiz faz uma escolha de qual técnica interpretativa empregar no momento da prestação jurisdicional. É sobre essa escolha que recai toda a preocupação da hermenêutica jurídica. É nesse ponto que política e direito se encontram, pois determinada concepção de direito e de sociedade será levada em conta nessa escolha, isto é, alguns valores e conceitos serão tomados como ponto de referência na decisão judicial.

É nesse sentido que Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann defendem que a interpretação principiológica não pode prescindir de uma sólida teoria hermenêutica do direito, alertando para o risco do uso indiscriminado dos princípios e promovendo uma reflexão sobre a ideia de discricionariedade judicial, própria do que alguns teóricos denominam como pós-positivismo. No mesmo tema, Vitor Oliveira Rocha Fontes escreve sobre a discricionariedade judicial, com base no pensamento de Dworkin, apresentando críticas à teoria neoinstitucionalista do processo. A abertura que os princípios conferem à interpretação do direito pelo poder judiciário torna possível o fenômeno do

ativismo judicial, tema que é estudado por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto em contraste com o princípio da legalidade. O autor analisa tal questão tendo como plano de fundo a distinção entre o poder legislativo e judiciário. Na mesma esteira, considerando a necessidade da interpretação para a efetividade do direito, Ana Cristina Lemos Roque e Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto procuram demonstrar como a hermenêutica é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Caroline Lais da Silva Stelmach, por sua vez, discute a teoria da integridade de Dworkin, relacionando-a com o Direito Processual Civil brasileiro.

Alguns trabalhos do GT, sem perder de vista o debate hermenêutico, tiveram como foco um problema concreto. Maria Eliane Carneiro Leão Mattos e Gabriela Martins Carmo criticam a abertura conferida pela discricionariedade judicial no que diz respeito aos alimentos provisórios, levantando discussões baseadas em Hart, Dworkin e Alexy, sobre os limites do poder de interpretação dos juízes. Évelly Salvador Miranda e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão analisam, com base nos direitos fundamentais, o direito ao nome do natimorto, como direito da personalidade, construindo uma interpretação analógica, tendo como referência o nascituro. As autoras apontam a necessidade de uma legislação federal para regulamentar essa questão, mas ponderam as possíveis consequências que tal direito poderia deflagrar no âmbito do direito civil.

O texto de Anna Paula Bagetti Zeifert e Emmanuelle de Araujo Malgarim aborda a ideia de existência de uma razão pública, refletindo criticamente sobre o que seria o bem comum, partindo do pensamento de John Rawls. Este autor também é referencial teórico no trabalho de Giovanni Galvao Vilaca Gregorio, que constrói uma reflexão sobre o direito à saúde entendido como bem social primário, tendo como base a teoria da justiça como equidade. Com base no mesmo filósofo, Jean Carlos Dias e Shirley da Costa Pinheiro analisam o conceito de justiça distributiva, a partir das relações entre igualdade e desigualdade. Além disso, os autores apresentam uma reflexão sobre como as desigualdades sociais deflagram diferentes graus de liberdade individual. Mauricio Fiorito desenvolve uma pesquisa sobre a justiça distributiva e a equidade, com base em Aristóteles, para pensar, a partir disso, questões relacionadas à justiça eleitoral.

Sublinhando a pluralidade de autores e teorias que permeiam o tema do GT, o trabalho das pesquisadoras Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal abordam um caso concreto envolvendo decisões da justiça eleitoral no município de Valença, no Piaiu, analisadas sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, tendo em vista ideias de ações afirmativas, direitos políticos e igualdade de gênero. Por fim, Maria Izabel Dos Reis Rezende e Viviane Aprigio Prado e Silva têm como objeto de pesquisa o anteprojeto de lei anticrime proposto por Moro.

As autoras elaboram reflexões sobre a proposta legislativa tendo como referências os pensamentos de Dworkin, Streck, Rawls e Abamben, discutindo as ideias de leis injustas e desobediência civil.

Essas são, em linhas gerais, as pesquisas que integram o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica dessa edição do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI. O debate entre os pesquisadores que apresentaram trabalhos e os coordenadores do GT resgataram a clássica distinção grega entre o governo de leis e o governo de homens. As leis não são autoaplicáveis, por isso não há um governo só de leis. Os agentes públicos do Estado, em todas as esferas, não agem como querem, mas são vinculados à legislação, por isso não há um governo só de homens. O poder é exercido por homens, com base em leis. Estas se expressam por meio da linguagem, sobretudo escrita, e é por esse meio que os homens constroem, conhecem e aplicam as normas. Portanto, a interpretação é necessária. Pensando assim, pode-se falar de um governo de intérpretes, isto é, de homens com base em leis. É nesse ponto que as discussões do GT revelam sua importância e atualidade, pois pensar sobre a interpretação do direito é pensar sobre como o poder legítimo é exercido na sociedade.

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. Heitor de Carvalho Pagliaro - UFG

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO AO NOME DO NATIMORTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE POR ANALOGIA AO NASCITURO, E PELA DIGNIDADE DOS GENITORES

RIGHT TO THE NAME OF THE STILLBORN DEFENSE OF THE DIGNITY OF THE PARENTS AND THE NECESSITY OF FEDERAL NORMATIZATION

Évelly Salvador Miranda [1]
Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão [2]

Resumo

O presente artigo objetiva tecer breves comentários acerca do nome e sua essência. Neste compasso, se um bebê não consegue nascer com vida, o mesmo é registrado com a nomenclatura “natimorto”. O trabalho impulsiona a reflexão sobre a necessidade de legislação federal normatizando o tema, afim de acabar com a insegurança jurídica e a enorme tristeza dos pais que não conseguem registrar seus filhos com o nome escolhido, sob a alegação que eles não adquiriram personalidade jurídica, uma vez que nasceram mortos, afrontando diretamente à sua dignidade humana. Adota-se o método de abordagem indutivo e o método de procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: Nome, Natimorto, Legislação, Registro, Dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to make brief comments about the name and its essence. At this point, if a baby can not be born alive, it is registered with the nomenclature "stillbirth". This work prompts reflection on the need for federal legislation regulating the issue, in order to end the legal insecurity and the great sadness of parents who can not register their children with the name chosen, on the grounds that they did not acquire legal personality, born dead, directly facing their human dignity. The method of inductive approach and method of bibliographic procedure are adopted.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Name, Stillbirth, Legislation, Record, Human dignity

[1] Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar Maringá-PR. Pós Graduada em Direito de Família, Sucessões e Previdenciário. Tabeliã de Notas e Registradora Civil do município de Araruna-PR. E-mail: evellysalmir@hotmail.com

[2] Doutora em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná, mestrado pela Universidade Estadual Maringá-Pr, pesquisadora do ICETI, professora do Mestrado e Doutorado da UNICESUMAR. Advogada. Email cleidefermentao@gmail.com

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por mister desenvolver a necessidade de ser reconhecido o direito dos genitores de nascituro que nasce sem vida a ter o registro do nome escolhido. É matéria que envolve questões de afeto, dor, luto e, sobretudo, o amor.

Para quem nunca foi mãe ou pai, é difícil mensurar a dor de perder um filho. Mas ainda assim é possível compreender esse sentimento, tendo em vista o afeto que envolve as relações que se nutre pelos pais. Portanto, a temática está eminentemente relacionada à afetividade, e, o Direito de Família tem se desenvolvido nessa área, reconhecido a importância do afeto nas relações familiares. Nesse sentido, inicia-se a presente pesquisa sobre o Direito ao nome como essência da individualização pessoal e, por conseguinte, adentrando à esfera da dignidade dos pais em terem a faculdade de decidir se querem ou não dar nome aos seus filhos que, infelizmente, nasceram sem vida, e pela lei atual são considerados apenas como natimortos.

A presente pesquisa buscará resposta para a seguinte problematização: O nascituro tem o nome em seu registro, é possível com fundamento na analogia reconhecer o direito personalíssimo do natimorto ao nome? Os genitores após conviverem com o nascituro por meses, descobrirem o sexo, escolherem o nome, se prepararem para o nascimento desse filho que já é amado, e, diante da dor nascimento sem vida, com fundamento no princípio da dignidade humana, poderiam se quisessem dar o nome a esse filho? Para responder a tal questionamento a pesquisa fará a análise entre alguns Códigos de Normas estaduais que têm regulamentado a matéria.

O método a ser utilizado será o dedutivo com pesquisa na doutrina, jurisprudenciais, legislação, para apresentar ao final uma resposta ao drama de muitas famílias que perderam seus filhos no final da gestação, e, além da dor do luto pela perda, não puderam dar nome aos mesmos na hora do registro, sendo tais bebês tratados apenas como “natimortos” perante o estado pelo simples argumento de não possuírem personalidade jurídica, tendo em vista que não houve nascimento com vida.

1 NOME: ESSÊNCIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO PESSOAL

O nome é a essência do ser, o individualizando no seio familiar e na sociedade, de forma que o mesmo deve ser garantido e tutelado considerando sua importância, além de se tratar de um direito da personalidade. O conceito de nome da pessoa natural já foi imortalizado por Cícero, que assim o revestiu: *Nomen est, quod uni cuique personae datur, quo suo quaeque próprio et certo vocábulo appellatur* (nome é o vocábulo que se dá a cada pessoa, e com o qual é chamada, por ser o seu designativo próprio e certo) (BRANDELLI, 2012, p.23).

O nome civil da pessoa natural é a designação personativa do ser. É o individualizador de determinada pessoa no seio social e na família a qual integra, ou seja, e o primeiro atributo da personalidade da pessoa, que vai distingui-la das demais, ainda mesmo antes do seu nascimento.

No sentido geral, o nome é a expressão pela qual se identifica e distingue uma pessoa, animal ou coisa. É o gênero, do qual o nome da pessoa é considerado uma espécie. Pode-se dizer que é a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida jurídica (FRANÇA, 164, p.21-22). Para Manuel Vilhena de Carvalho, o nome "é o sinal ou rubrica através do qual e predominantemente se individualizam as pessoas, quer consideradas isoladamente, quer em referência à família a que pertencem" (1972, p. 13).

Nelson Martins Ferreira afirma ser o nome a "definição da pessoa no direito" (1952, p. 11), desta forma, resta claro que o direito ao nome ultrapassa a esfera social e se apresenta como autodeterminação do ser também em âmbito jurídico. Assim sendo, há, em regra, no ato de nomear alguém, uma manifestação de egoísmo que emana justamente do ego narcisista, onde se busca, pelo ato de nominar um filho, uma transposição encapsulada de certos valores pessoais vislumbrados no ego ideal daquela pessoa que nomeia outro ser.

O homem é um ser gregário, ou seja, sabidamente um ser social, e o processo dessa interação e percepção são importantes para a formação da identidade de cada ser humano. Nessa toada, até mesmo aquilo que parece muito íntimo, como o nome, sofre interferência social pelos próprios valores daquele que vem nomear outro ser.

Os pais ao darem o nome aos filhos provavelmente possuíam uma imagem formada sobre as pessoas que se chamam por tal nome, caracterizando inicialmente a imagem dos pais aos filhos, surgindo assim a ideia de nome social, vindo dos outros, e apropriado à pessoa na medida do passar do tempo (BOCK, 1988, p.156). No passado, os indivíduos se identificavam

por seu nome e cidade, mas com o crescimento da população, passou-se a utilizar o nome de família, situação esta que perdura hodiernamente.

O nome é um dos direitos de personalidade por identificar a pessoa e individualiza-la no mundo. Tem impregnado algumas características que merecem destaque, a exemplo do direito ao nome como direito inato, em que a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 1º, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Vinculado a esse princípio, pode-se afirmar que o direito de personalidade está umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana e por assim ser, o nome, obviamente é considerado um direito inato, cabendo ao Estado apenas reconhecê-lo e sancioná-lo no plano do direito positivo.

Para Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade possuem as seguintes características:

> (...) direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, transcendendo o ordenamento jurídico, porque ínsito à própria natureza do homem como ente dotado de personalidade (...) (1999, p. 11).

Outra característica do nome é a irrenunciabilidade, ou seja, por ser um dos direitos da personalidade, esse constitui direito essencial à condição humana, sendo que alguns autores defendem que estes não podem ser eliminados nem mesmo por vontade do seu titular e assim sendo, seriam irrenunciáveis. A inalienabilidade, como o próprio nome diz, afirma que o nome não pode ser vendido, ou seja, alienado.

A imprescritibilidade traz o conceito de o nome não se perder pelo desuso[1] e não se adquire em virtude de posse (FRANÇA, 1975, p. 181). Assim sendo, o nome não perderá sua função jurídica pela inércia do seu titular. Em relação à imutabilidade, embora a legislação preveja a possibilidade de alteração do nome em casos específicos, esse princípio traz prerrogativa de ser imutável para trazer mais segurança ao seu titular contra possíveis alterações ardilosas ou mesmo por mero capricho. A extracomerciabilidade, como o próprio nome diz, afirma que o nome, em sua essência, não pode ser comercializado.

[1] Na Apelação Cível nº 596233262, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul autorizou a alteração de nome para acréscimo de patronímico dos avós, uma vez comprovada a descendência, corretamente, posto não haver a perda do nome pelo desuso (Relator Des. Moacir Adiers. Em 20-3-1997).

No que tange à exclusividade, tem-se o nome como um direito exclusivo, quer dizer, é um direito absoluto, exercitável *erga omnes* (FRANÇA, 1975, p. 188). Ainda que algumas pessoas possuam o mesmo nome e sobrenome, como 'Maria da Silva', ainda assim não serão as mesmas pessoas justamente porque aquele uso é exclusividade sua.

A oponibilidade "*erga omnes*" ensina que, em virtude do nome ser um direito absoluto, o seu titular pode exercer a sua defesa contra todos aqueles que injustamente ou ilegalmente o estejam utilizando. O que se conclui que o direito ao nome identifica a situação jurídica decorrente dos direitos da personalidade, ou seja, o direito a identificação pessoal.

2 DIREITO AO NOME DO NATIMORTO

O Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 2º que: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Ao analisar o referido artigo, percebe-se que o Código Civil deixou claro que a vida humana, ou o atributo da personalidade civil tem início com o nascimento com vida. Nesse sentido, tem-se a denominação de nascituro como aquele ser concebido desde a formação do zigoto (resultado da fecundação) até o seu nascimento, independentemente da fase gestacional (zigoto, embrião ou feto) (OLIVEIRA, 2018, p. 158).

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário analisar algumas teorias que buscam explicar a natureza jurídica do nascituro, suas reais características e direitos.

2.1 CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIAS EXPLICATIVAS

Em que pese existirem diversas teorias que tratam sobre o início da personalidade, importante mencionar algumas, ainda que de forma sucinta: A teoria concepcionista afirma que a personalidade se inicia na concepção e não no nascimento com vida, o que significa dizer, em suma, que o nascituro é pessoa.

Segundo Pierangelo Catalano, os concepcionistas no Direito Romano, "segundo os Digesta de Justiano, a paridade do nascituro era um princípio de caráter geral, salvo as exceções

de algumas partes do *ius"* (CATALANO, 1988, p.10). A dicotomia no Direito Romano em relação ao reconhecimento ou não da personalidade civil ao nascituro não é desconhecida na doutrina. Para o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade, em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável. Em outras ainda, considerava-se a criança não viável como despida de personalidade e finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana (SEMIÃO, 2000, p. 46).

Situam-se como concepcionistas, os autores Teixeira de Freitas, Rubens Limongi França, Francisco Amaral dos Santos Neto, Flávio Tartuce, Silmara J. A. Chinelato e Almeida e outros. Mariana Franco Cruz prediz:

> (...) argumentam os concepcionistas de que a tese de que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria natalista não é sustentável a partir da interpretação do referido diploma com a ordem constitucional, que tem como pilar do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana e, como valor condicionante o direito à vida, sendo, portanto, dedutível do artigo 2º do CCB a personalidade jurídica do nascituro (2018, p. 162).

Os concepcionistas ainda apontam que muitos dos direitos do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser adotado e o direito de ser reconhecido, sendo, então o nascimento sem vida, como a morte para os já nascidos. Apenas certos efeitos de certos direitos (direitos patrimoniais como herança e doação) é que dependeriam do nascimento com vida, não significando, contudo, a inexistência da condição de pessoa humana (ALMEDINA, 2003/2004, p.87).

A teoria natalista nega a condição de pessoa ao nascituro no momento que defende o início da personalidade civil com o nascimento com vida, a teor do que preceitua o artigo 2º do Código Civil: "A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida (...)". Para essa teoria, o nascituro tem apenas mera expectativa de nascer com vida, logo, de ser pessoa e adquirir direitos e contrair obrigações. Para esse pensamento, considera-se o nascituro existente desde a sua concepção, mas apenas para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. A grande maioria dos civilistas brasileiros são adeptos a essa teoria, a exemplo de Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Silvio de Salvo Venosa, Caio Mário da Silva Pereira, Serpa Lopes, dentre tantos outros.

A teoria da personalidade condicional aduz que o nascituro tem direitos, mas estes estariam condicionado ao nascimento com vida. Dessa forma, para os adeptos da teoria natalista, o nascituro seria titular de um direito sob condição suspensiva. Foi a corrente adotada por Clóvis Bevilácqua no art. 3º do Projeto do Código Civil que por sua vez dispunha: "A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob condição de nascer com vida" (ALMEDINA, 2003/2004, p.88).

Em relação à teoria genético-desenvolvimentista, o início da vida estaria condicionado à verificação de fatores fisiológicos capazes de comprovar a existência da individualidade humana, ou seja, não há indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre células e embrião. A teoria da atividade organizada do córtex cerebral defende que a personalidade civil ocorre entre a 25ª a 32ª semana de gestação, pois é quando há o início da consciência, que está presente tanto no recém-nascido quanto no adulto. Nesse seguimento, tem-se a teoria da potencialidade, que considera o embrião como pessoa em potencial, então ele só adquirirá proteção jurídica no momento que se tornar pessoa.

A teoria do pré-embrião, baseada no relatório Warnock de 1984, estabelece que antes de 14º dia da fecundação não existe humano, apenas "uma célula progenitora dotada de capacidade de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie". Existem diversas teorias sobre o início da personalidade, em se tratando de Direito Civil Brasileiro, pode-se dizer que as três principais são a teoria natalista ou negativista, teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, conforme mencionado (ALMEDINA, 2003/2004, p.89).

Embora haja um grande esforço da doutrina concepcionista em estabelecer entendimento diverso, parece claro que o Código Civil atual adotou a teoria natalista, ou seja, o nascituro possui mera expectativa de vir a ser pessoa e por assim ser, lhes são resguardados os direitos que lhe são pertinentes nesse estágio.

2.2 DIREITOS DO NATIMORTO

Nesse diapasão, faz-se *mister* tratar sobre os direitos do natimorto, temática que traz posições doutrinárias divergentes e ainda uma certa dificuldade para os entes competentes legislarem sobre a matéria com a justificativa do nome ser um dos direitos da personalidade e,

assim, não poderia ser adquirido por alguém que não nasceu com vida, podendo, inclusive, tal interpretação ter consequências sucessórias, o que não nos parece ser algo plausível.

Ultrapassando a barreira teórica, o artigo 2º da I Jornada de Direito Civil aduz o seguinte: "a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura" (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL). Constata-se que o objetivo dos estudiosos do direito é trazer a questão do natimorto sob a mesma perspectiva de importância do nascituro expressamente visualizada no Código Civil de 2002, uma vez que tais enunciados congregam as mais diversas gerações de civilistas, possibilitando o diálogo aberto e democrático entre profissionais das mais diversas áreas, a fim de buscar maior segurança e justiça na interpretação das normas.

Como forma de demonstrar a peculiaridade do caso, faz-se necessário citar a diferença de aborto para natimorto e, inclusive, suas repercussões legais.

O site Portal Educação traz as diferenças entre aborto espontâneo e concepto natimorto:

> Um aborto espontâneo é a perda de um feto por causas naturais antes da 20ª semana de gestação. Um concepto natimorto é a perda de um feto por causas naturais após a 20ª semana de gestação. O termo aborto é utilizado pelos médicos para designar tanto o aborto espontâneo como o aborto induzido (interrupção da gravidez realizada por um médico) (PORTAL EDUCAÇÃO).

Para o INSS, a licença maternidade será de 14 dias para os casos de aborto espontâneo ou previstos em lei (estupro ou risco de vida para a mãe), a critério médico, devendo ser apresentado um atestado médico comprovando o ocorrido. No entanto, para os casos de natimortos, o prazo da licença e pagamento do salário-maternidade será de 120 dias e a comprovação é realizada com a certidão de natimorto (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL).

O tratamento para os casos de aborto e de natimorto são muito diferentes até mesmo em relação à licença do trabalho, pois nesse último o evento é considerado como parto diante do tempo de gestação e até mesmo pela dor da perda, sendo, imprescindível que a mãe, para ter direito ao benefício, apresente a certidão de natimorto da criança. Nesse descortino, tem-se a Lei número 6.015 de 1973, que disciplina no art; 53, sobre o assento com remissão ao do óbito.[2]

[2] Cumpre destacar o art. 53: No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. § 1º **No caso de ter a criança nascido morta**, será o registro feito no livro "C Auxiliar", **com os elementos que couberem.** § 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com

De acordo com o artigo 53 da Lei de Registros Públicos, não há uma regra específica sobre o natimorto. Tal norma menciona apenas o Livro obrigatório para se lavrar o registro, qual seja, Livro C-Auxiliar, e ainda diz "com os elementos que couberem". Nesse sentido, muitos registradores civis das pessoas naturais, por falta de norma expressa, interpretam tal artigo fazendo analogia ao registro de óbito, onde deve-se colocar o nome do registrado para sua real identificação no mundo civil.

Em que pese os registradores civis serem particulares em colaboração com o Estado, exercendo sua função em caráter privado, os mesmos prestam serviço público a ele delegado após um rigoroso concurso de provas e títulos. Assim sendo, muitos adotam a posição de que só devem agir em consonância com a norma expressa. Logo, havendo omissão por parte do legislador, não caberia a ele inovar e dar aos pais a faculdade de dar nome aos filhos, ainda que assim entendam ser o mais correto.

O que acontece nos dias atuais é que os genitores escolhem o nome que será dado ao filho, porém, ao nascer sem vida, torna-se apenas um mero registro do feto que feneceu, como sombra de si mesmo e feto, enquanto tal, por não ter vindo à luz com vida, mesmo que por mínima fração de tempo, não terá nome na abertura do assento do seu óbito (FIGUEIRÊDO).

Essa espécie de mortalidade tem se constituído em evento jurídico a exigir novas atuações da doutrina, dos tribunais do país, da legislação e de políticas públicas de saúde, quando cerca de 3,3 milhões de crianças, a cada ano, no mundo, são natimortos, com morte intrauterina nos três últimos meses de gestação (FIGUEIRÊDO).

Não raramente são postas questões novas para a discussão do tema e justificativas sólidas para que seja dada a faculdade aos pais em terem o direito de dar nome aos seus filhos no registro, assim como, na lápide do cemitério, ao invés do termo natimorto de 'Maria da Silva' e 'João da Silva', por exemplo.

Duas hipóteses justificariam o nome ao natimorto: a) o feto anencéfalo é um natimorto cerebral e, portanto, ainda que tenha respirado não se pode dizer que ele teve vida, mas, ainda assim, a legislação lhe permite ter nome; b) "a proteção que o Código Civil confere ao nascituro alcança o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura" (Enunciado nº 01, da I Jornada de Direito Civil - CJF-STJ, em 11-13/09/2002) (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL). Nesse sentido, foi proposto o Projeto de Lei nº 5.171/2013 do Deputado Federal Ângelo Agnolin - PDT/TO, pretendendo editar a Lei 6.015/73,

remissões recíprocas. (grifo nosso). (BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm. Acesso em: 15 jul. 2018).

em seu artigo 53, já mencionado anteriormente, no qual o parágrafo primeiro viria com a seguinte redação:

> Art. 53 (...)
> § 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem, inclusive, caso seja vontade dos pais, com o nome e o prenome que lhe forem postos.

Apesar de, tal proposta ser extremamente humana, sensata, justa e legal, foi vetada integralmente em 30/06/2015 o Projeto de Lei nº 88, de 2013 (nº 5.171/2013 na Câmara dos Deputados) que previa o registro do nome ao natimorto, nos moldes colocados acima. Em sua justificativa, o então Presidente da República argumentou que a alteração poderia levar a interpretações que contrariariam a sistemática vigente no Código Civil, inclusive com eventuais efeitos não previstos para o direito sucessório.

Ocorre que, ainda que os natimortos não tenham nascido com vida, independentemente de adquirir personalidade jurídica ou não, os mesmos já existiam no ventre materno, o qual era cuidado, zelado, planejado e, para muitas famílias, o feto é tratado como pessoa, inclusive sendo chamado pelo seu próprio nome desde o início da gestação. Nesse descortino, o desembargador Rui Portanova assinalou que a omissão do nome ao natimorto constitui:

> (...) uma crueldade para com os pais, que já passaram pelo traumático evento da criança morta, e não precisam passar por uma segunda "morte" do filho, desta vez causada pelo desprezo da ordem jurídica. (TJRS, 8ª CC, Apel. Cível nº 70020535118, 25/10/2007).

Os genitores amam o filho desde a concepção, vivem as semanas da gravidez com a expectativa da espera desse filho, o chamam pelo nome, e na medida em que se aproxima o momento do nascimento, o amor aflora. E, no caso desse filho nascer sem vida, a dor assola a alma trazendo o luto. E, ao não terem o respeito ao filho por parte da ordem jurídica, veem sua dignidade violada. Diante do exposto, cabe ao legislador normatizar acerca do tema, tendo em vista a delicadeza e importância da matéria no mundo civil, E, seja por exercício de um direito de personalidade garantido pela analogia do natimorto ao nascituro, e, pela dignidade dos pais em dar nome aos seus filhos.

3 COMPARATIVO ENTRE ALGUNS CÓDIGOS DE NORMAS ESTADUAIS

Alguns códigos de normas estaduais precisam ser analisados. O Código de Normas do Paraná em seu art. 97 traz o seguinte texto:

> Art. 97: O índice poderá ser organizado em livro próprio, pelo sistema de fichas ou mediante registro em banco informatizado de dados, atendidas a segurança e a comodidade, de modo a permitir fácil e rápida localização.
> Parágrafo único. O índice do Livro "C - Auxiliar" – Natimorto – será organizado pelo nome dos genitores.

Nesse sentido percebe-se que o Estado do Paraná foi omisso em relação a matéria, fazendo com que determinados registradores civis invoquem, pessoalmente, seus juízes corregedores e suscitem dúvida acerca do procedimento correto a se adotar, gerando, assim, enorme insegurança jurídica, tendo em vista que não há homogeneidade nas decisões.

Na mesma esteira tem-se o Código de Normas do Espírito Santo abordando a questão no art. 948:

> **CÓDIGO DE NORMAS DO ESPÍRITO SANTO:**
> Subseção II Do natimorto
> Art. 948. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto será feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao óbito.
> § 1°. No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no Livro "C – Auxiliar", com os elementos que couberem.
> § 2°. No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.

Constata-se que não há um padrão entre os Códigos Estaduais, sendo que há divergências e inclusive falta de normatização sobre o tema, tendo muitos deles a mesma regra omissa da Lei Federal número 6.015, em nada alterando ou disciplinando a matéria.

> **CÓDIGO DE NORMAS DE PERNAMBUCO**
> Art. 598. Cada um dos livros deverá conter um índice alfabético dos assentos lavrados, índice este organizado em livro próprio ou pelo sistema de fichas ou registrado em banco de dados informatizado, atendidos requisitos da segurança, comodidade e pronta busca.
> Parágrafo único. O índice do Livro "C - Auxiliar" será organizado pelo nome da mãe ou do pai do natimorto.

Em que pese o Código de Normas de Pernambuco não ser expresso em relação ao nome do natimorto, o Provimento nº 12/2014, da Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco, um dos pioneiros no país, regulamentou o assento do óbito fetal facultando aos pais o direito de atribuição de nome no registro a ser assentado pelo Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais.

> Art. 1º. ESTABELECER, em caso de natimorto, a faculdade ao direito de atribuição de nome no registro a ser assentado no Livro "C-Auxiliar", com o índice em nome do pai ou da mãe, dispensando o assento de nascimento.
> Parágrafo único. Na hipótese de a criança ter respirado, morrendo por ocasião do parto, serão feitos, necessariamente no mesmo Registro Civil das Pessoas Naturais, os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos e remissões recíprocas.
> Art. 2º. DETERMINAR aos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Pernambuco que orientem os pais, por ocasião do assento do óbito, no Livro "C-Auxiliar", quanto ao direito de atribuir o nome ao filho natimorto.

Seguindo essa vertente, tem-se o Estado do Rio de Janeiro:

> **CÓDIGO DE NORMAS DO RIO DE JANEIRO:**
> Art. 796. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito.
> § 1º. No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no "Livro C Auxiliar", com os elementos que couberem, facultando-se aos pais atribuir nome ao natimorto, sendo vedada a lavratura de assento de nascimento. (Redação do parágrafo alterada pelo Provimento CGJ n.º 11/2018, publicado no D.J.E.R.J. de 17/05/2018)
> § 2º. No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com as remissões recíprocas.

O estado de São Paulo, confere aos pais a faculdade de dar nome aos seus filhos natimortos:

> **CÓDIGO DE NORMAS DE SÃO PAULO:**
> Art. 32. Em caso de natimorto, facultado o direito de atribuição de nome, o registro será efetuado no livro "C-Auxiliar", com o índice em nome do pai ou da mãe, dispensando o assento de nascimento.

Os Estados de Minas Gerais e Sergipe também concebem o mesmo direito:

> **CÓDIGO DE NORMAS DE MINAS GERAIS:**
> Art. 537. O registro de natimortos será feito no Livro "C - Auxiliar" e conterá, no que couber, os elementos de registro do nascimento e do óbito, facultando-se aos pais dar nome ao natimorto.

> **CÓDIGO DE NORMAS DE SERGIPE:**
> Art. 353. Em caso de natimorto, será facultada ao declarante a indicação do nome, não sendo usada a expressão "feto". O registro será efetuado no Livro C-Auxiliar, com índice em nome do registrado, do pai ou da mãe, dispensado o assento de nascimento. (Redação alterada pelo Provimento nº 04/2015)
> Parágrafo único. Se a criança chegou a respirar, morrendo por ocasião do parto, serão feitos, necessariamente, os registros de nascimento e óbito, com os elementos e remissões recíprocas.

Em relação ao estado da Bahia, com a edição do Código de Normas de 2018, o artigo mencionou, inclusive, que o natimorto adquiriu personalidade formal no momento da concepção e por isso tem direito ao nome:

> **CÓDIGO DE NORMAS DA BAHIA:**
> Art. 584. É garantido o direito ao nome para o natimorto, nele compreendido prenome e sobrenome, já que **o mesmo adquiriu personalidade formal quando concebido, e por tal motivo recebeu a proteção dos direitos da personalidade,** previstos na Constituição Federal e no Código Civil.

Conclui-se que não existe legislação federal que trata do nome ao natimorto, o que já está legislado em alguns Códigos de Normas estaduais, sendo necessária tal normatização visando a dignidade dos genitores.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, ainda que alguns estados já tenham disciplinado o tema, muitos outros ainda carecem desse cuidado e o natimorto é tratado como uma morte invisível, como afirmam os próprios especialistas, pois não gera apoio social, uma vez que as pessoas preferem não tocar no assunto e o mesmo acaba ficando negligenciado por todos.

No entanto, é preciso deixar claro que além da dor dos pais também há um luto social diante do natimorto, pois não apenas àqueles deixaram de conviver com a criança que certamente se tornaria um adulto e viveria na sociedade exercendo todos os direitos e deveres que lhe são dados e exigidos, mas o próprio corpo social não pode receber esse cidadão.

Nesse particular, pelas claras construções doutrinárias e jurisprudenciais que foram colocadas e pela própria normatização da matéria em âmbito estadual, não há como negar a necessidade de regulamentação do direito ao nome do natimorto a nível federal, seja por exercício de um direito de personalidade garantido pela analogia do natimorto ao nascituro, seja pela própria e justa luta da dignidade dos pais em dar nome aos seus filhos para que essas mães não sejam parturientes de parto inútil e intocável pelo direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos da personalidade do nascituro. **Scientia Iuris.** Londrina. v. 7/8, pp.87-104, 2003/2004. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. **Psicologias:** uma introdução ao estudo de psicologia. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CARVALHO, Manuel Vilhena de Carvalho**. Do direito ao nome:** proteção jurídica e regulamentação legal. Coimbra: Almedina, 1972.

CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino – Americano (A propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro). **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo, v. 12, n.45, pp. 7-15, 1988.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil.**
Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>. Acesso em 15 de jul. 2018.

FERREIRA, Nelson Martins. **O nome civil e seus problemas.** Rio de Janeiro: Simões, 1952.

FIGUEIRÊDO, Jones. Identidade do natimorto em dignidade do seu óbito. **Associação dos Notários e Registradores do Brasil.** Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27758:artigo-identidade-do-natimorto-em-dignidade-do-seu-obito-jones-figueiredo&catid=32&Itemid=181.> Acesso em: 15 jul. 2018.

FRANÇA, R. Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais.** 2. ed. São Paulo: RT, 1964.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Salário-maternidade.** Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 15 jul. 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião de; CRUZ, Mariana Franco Cruz. A Tutela dos Direitos do Nascituro e a Controvertida Questão do Início da sua Personalidade: Necessidade de Reconstrução do Direito Brasileiro. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; CAPELARI, Elaine Cristina de Morais; FARIA, Elisângela Cruz. (orgs.). **Tutela jurisdicional dos Direitos da personalidade nas relações familiares.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Aborto espontâneo e concepto natimorto.** Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/enfermagem/aborto-espontaneo-e-concepto-natimorto/23066>. Acesso em: 15 jul. 2018.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro:** aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.