

INICIO DA PERSONALIDADE JURIDICA E DIREITOS DO NASCITURO

Luiz Carlos Rosa Baccharini
Academico do Curso de Direito – IPTAN
Lcrbaccharini94@hotmail.com

RESUMO: O objetivo deste artigo é apresentar os entendimentos doutrinários acerca do início da personalidade civil, assim analisando os posicionamentos principalmente no que tangem os direitos dos nascituros. Como resultado de pesquisa observou-se que no Brasil não temos um posicionamento majoritário a este respeito. Diante destes fatos mostra-se a ideia de que se poderia reconhecer personalidade ao nascituro para que ele efetivamente tenha seus direitos resguardados.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro, personalidade civil.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present the doctrinal understandings about the beginning of the civil personality, thus analyzing the positions mainly on what touches the rights of the unborn. As a result of research it was observed that in Brazil we do not have a majority position in this respect. Faced with these facts is the idea that one could recognize personality to the unborn child so that he effectively has his rights protected.

Introdução

O início da personalidade civil é um assunto cheio de desavenças doutrinária, assim vemos que depois de 14 anos passados da publicação do código civil ainda não vemos uma doutrina que seja predominante nesta área. Muito dessas discussões são causadas pelo próprio código que trata o tema de maneira super vaga e até mesmo contraditória num único artigo ao dizer que a personalidade só se inicia com o nascimento com vida, porém dizendo que estão resguardados os direitos dos nascituros, ou seja, aquele que está por nascer.

Assim para analisar essa parte do código e necessário que se analise as três correntes que atualmente existem no Brasil, podendo assim entender as razões de que cada uma defende seu ponto de vista e ver o porquê de não termos um posicionamento majoritário para este caso. Ainda tem que ser analisado alguns pontos em que o legislador colocou o nascituro como alguém já nascido, como nos casos de alimentos gravídicos e tratando o aborto como um crime.

1 - Conceitos de nascituro, embrião, feto e concepturo

Esses são os termos utilizados para tratar do ser humano na fase embrionária, a não ser o concepturo que é na fase pré-embriônica, contudo o direito não os qualifica, mas pode-se dizer que eles têm significados próximos.

1.1 - Conceito de nascituro:

Conhecer o conceito de nascituro tem sua importância já que, este tem seus direitos preservados nesta condição.

Nos mostra o dicionário Lexico on-line:

1. Diz-se de ou designa o que ou quem irá nascer;
2. (Direito) Referente ao ser que foi concebido ou gerado, cujo nascimento ainda não ocorreu.

(Etm. do latim: nascitūru)

Sendo assim podemos dizer que o nascituro mesmo não tendo sua personalidade efetivamente consolidada tem seus direitos preservados. Como nos mostra Venosa

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para quem nem ainda foi concebido. (Venosa, 2004)

1.2 – Conceito de Embrião

Embrião é a fase inicial do ser, aquela fase que começa no dia da concepção e vai até aproximadamente oito semanas, quando passa a ser chamado de feto. Assim conceitua o Dr. Flávio Garcia de Oliveira

Embrião é o produto da concepção (concepto) do momento da fecundação até 8 semanas de vida embrionária. (...) O período embrionário, que corresponde às primeiras nove semanas a partir do dia da concepção, é aquele em que todos os órgãos e sistemas se formam (organogênese). Nessa fase o bebê é chamado de embrião. É um período de intensa proliferação de células. Só para termos uma ideia, o bebê, que começou a desenvolver-se a partir de duas células, chega ao final da quarta semana com milhões delas. (Oliveira, s.p.)

1.3 – Conceito de Feto

Feto é a gestação desde que passe da fase embrionária até o final da gestação. Conforme o Dr. Flávio Garcia de Oliveira

O período fetal inicia-se a partir da 10ª semana pós-concepção e vai até o nascimento. Nessa etapa o bebê será chamado de feto e os órgãos já formados sofrerão um processo de crescimento e amadurecimento, até se apresentarem em plenas condições de funcionamento no final da gestação. De uma maneira geral, o bebê estará pronto para vir ao mundo com 40 semanas. Mas esse período varia entre 37 e 42 semanas. (oliveira, s.p.)

1.4 – Conceito de concepturo

Concepturo é no direito aquele ser que ainda não foi concebido, ou seja, pais que planejam ter filhos, estão tentando, mais ainda não conseguiram. Essa fase anterior a de nascituro e assim conhecida.

2 – Nascituro no Direito brasileiro

Como nos mostra o artigo 2º do Código Civil de 2002: “O início da personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (PLANALTO, 2002) Vemos que a personalidade Jurídica, como regra no Brasil é adquirida quando o

individuo nasce com vida, neste momento em que efetivamente se separa de sua mãe e que ela passa a possuir seus direitos e deveres. De acordo com essas ideias decorre Gonçalves:

Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. (Gonçalves, 2012)

Porem o mesmo artigo, Poe a salvo os direitos do nascituro, ou seja, protege ate mesmo os que julga não terem personalidade. Conforme essa proteção tem-se uma colaboração de Venosa

A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, entre nós, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção. (Venosa, 2004)

2 – Início da personalidade Civil

2.1 – Pessoa Natural

Para se entender de personalidade jurídica primeiramente e necessário que se explique um pouco sobre pessoas naturais, que são aquelas pessoas que tem capacidade de direito, pelo simples fato de estarem vivas, capacidade essa elencada no art. 1, cc/2002 “Art. 1o Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (PLANALTO,2002)

2.2 Conceito de personalidade

Segundo o site significados

Personalidade jurídica é a aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas. É inerente à capacidade jurídica ou capacidade de exercício de direitos, sendo que a

capacidade jurídica e a capacidade de exercício de direitos são conceitos distintos.

Na sua maioria a Doutrina brasileira conceitua personalidade jurídica e personalidade civil como sinônimo. Sendo assim podemos dizer que personalidade é uma forma que nos “deixa” praticar relações jurídicas. Como nos mostra Venosa

A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos polos da relação jurídica. Como temos no ser humano o sujeito da relação jurídica, dizemos que toda pessoa é dotada de personalidade. (VENOSA, 2004)

Nessa mesma linha de pensamento, define Gonçalves

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres. (GONÇALVES, 2012)

Assim pode-se ver que a doutrina liga de forma estrita a personalidade com a capacidade, mostrando que essa personalidade seria a capacidade do ser humano desenvolver relações jurídicas com os outros.

2.3 - Exame Cardiorrespiratório

Vale aqui resaltar que a forma de comprovação do funcionamento do aparelho cardiorrespiratório e clinicamente aferível pelo exame de **docimasia hidrostática de Galeno**. Conforme o site Direito Santa Cruz

Trata-se de medida pericial, de caráter médico-legal, aplicada com a finalidade de verificar se uma criança nasce viva ou morta e, portanto, se chega a respirar. Após a

respiração o feto tem os pulmões cheios de ar e quando colocados numa vasilhame com água, flutuam; não acontecendo o mesmo com os pulmões que não respiram. Se afundarem, é porque não houve respiração; se não afundarem é porque houve respiração e, conseqüentemente, vida. Daí, a denominação docimasia pulmonar hidrostática de Galeno. No âmbito jurídico a docimasia é relevante porque contribui para a determinação do momento da morte, pois se a pessoa vem à luz viva ou morta, as conseqüências jurídicas serão diferentes em cada caso. (DIREITO SANTA CRUZ, 2009).

3 – Direitos do Nascituro

O Art. 2, cc/2002 “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”, gera uma grande discussão doutrinária a respeito de quando realmente se inicia a personalidade civil. Essa discussão fez com que os doutrinadores se dividissem em três correntes: natalista, concepcionalista e personalidade condicional, sendo que no direito brasileiro não existe uma corrente que seja adotada como majoritária.

3.1 – Teoria Natalista

A teoria natalista considera o início da personalidade o nascimento com vida, nos moldes da literalidade do código civil que se preocupa com os direitos do nascituro, mas sem reconhecer-lhes personalidade, assim querendo dizer que estes só têm expectativas de Direitos. Explana Tartuce

O nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. (TARTUCE, 2014)

E ainda completa o entendimento dessa Teoria

Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final. (TARTUCE, 2014)

Ou seja, se o feto nasce morto este não chega a adquirir personalidade. E essa distinção pode ter grande implicação prática em casos patrimoniais como nos mostra Rodrigues

Conforme se demonstre que o indivíduo nasceu morto, ou morreu logo após o nascimento, diversas e importantes consequências podem defluir. Por exemplo: suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do de cujos passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver, em concorrência com o cônjuge sobrevivente; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto (que foi deferido a seu filho no momento em que ele nasceu com vida) passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe. (Gonçalves, 2012)

Assim os adeptos dessa teoria ao dizerem que a pessoa só tem direitos civis efetivos quando respiram, sendo assim não consideram, até chegar a este ponto, que as pessoas tenham seus direitos reservados.

3.2 - Teoria Concepcionista

Os doutrinadores que usam esta teoria partem do princípio que a personalidade civil, começa desde a concepção, por dizerem que todos que tenham direitos são pessoas, assim dotadas de personalidade, pois se os fetos não fossem considerados pessoas, porque teriam direitos, e defendidos também no âmbito penal como por exemplo caracterizando o aborto como um crime. Assim comenta Montoro:

Se o Código fala em “direitos” do nascituro, é porque lhe reconhece a personalidade, pois, como vimos, todo titular de direitos é pessoa. Se os nascituros não são pessoas, qual o motivo das leis penais e de polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo de punir-se o aborto?’ E, acrescenta: ‘Não concebo que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que seja pessoa. Se atribuírem direitos às pessoas, por nascer; se os nascituros são representados, dando-lhes o Curador, que se tem chamado Curador ao ventre; é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar, também não seriam pessoas os menores impúberes, ao menos até certa idade’. (MONTORO, 2000, s.p.)

Assim podemos dizer que o Direito brasileiro já trata a pessoa por nascer como nascida, ao que se tange os seus interesses. Portanto os adeptos dessa teoria dizem que o direito ao proteger os interesses desde a concepção também teriam que atribuir desde então personalidade, tornando-o sujeito de direitos. “Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo.” (FRANÇA: 1996: p. 50).

3.3 Teoria da personalidade condicional

Essa teoria pode-se dizer que é a mescla das outras duas, por dizer que o nascituro tem certos direitos desde a concepção, mas estes estão condicionados ao seu nascimento com vida, suspensão esta que esta resguardada no próprio código civil, onde diz que diante de fato futuro e incerto os direitos podem ser suspensos, assim essa suspensão cessa com o nascimento com vida e se extingue se o feto não vier a viver, ou seja, como os natalistas dizem que só se adquire a personalidade ao respirar, porem também como os concepcionistas resguardam os direitos anteriores.

...A personalidade do nascituro conferiria aptidão apenas para a titularidade de direitos personalíssimos (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva). (GAGLIANO e PAMPLONA, 2014, p. 132).

Com isso vê-se que esta corrente ao colocar uma causa suspensiva para que os nascituros venham a obter os direitos resguardados as pessoas, novamente os coloca com mera expectativa de direitos não os tratando como pessoas e assim praticamente se une a corrente natalista.

4 - Espécies de defesas aos direitos do nascituro

Ao analisar o nascituro vemos que a própria legislação brasileira adota certas medidas que resguardam os direitos inerentes ao nascituro.

4.1 – DIREITO A VIDA

O Código Penal Brasileiro nos mostra que existe uma grande ressalva aos direitos dos nascituros ao caracterizar o aborto como crime, assim protegendo que o nascituro desde a concepção tenha resguardado seu direito a vida. Crimes estes previstos nos arts. 124 ao 128, CP.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilmente mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (PLANALTO, 1940)

Contudo uma decisão extremamente recente datada de 29/11/2016 dada pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal considerou que o aborto praticado até o terceiro mês de gestação não configuraria crime, apesar de parecer ser para um caso isolado, abre um enorme precedente para que outros casos sejam julgados de maneiras semelhantes. Conforme parte do voto do Ministro Luis Roberto Barroso

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação

indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. (Barroso, 2016)

4.2 – Alimentos

A lei 11.804/08 garantiu as gestantes o direito aos alimentos gravídicos, assim protegendo o nascituro e garantindo maiores cuidados. Como mostra o art. 2 da referida lei

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

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos. (PLANALTO, 2008)

Esses alimentos tem o intuito de ajudar a mãe nas despesas necessárias desde o descobrimento da gravidez ate o nascimento do filho, Como mostra Géssica Amorim Dona

Alimentos gravídicos são os valores suficientes para cobrir as

despesas do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (DONA, 2012)

Após o nascimento os alimentos gravídicos se tornam pensão alimentícia, ate que alguma das partes peça a revisional. Como não e possível o pedido de DNA antes do nascimento o necessário para pedir esses alimentos são indícios de que o réu seria o verdadeiro pai, já que não se pode pedir regresso em alimentos, já que estes visam à sobrevivência da pessoa. Caso após seja constatado má-fé por parte da mãe a pessoa que pagou estes alimentos pode entrar com pedido de indenização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essas pesquisas e exposição dos temas relevantes no que tange os nascituros conluo que o tema e bastante polemico e que pode dependendo do caso a caso ser analisado por qualquer uma das correntes. Assim acreditando que a personalidade jurídica somente se consolida com o nascimento com vida, coisa que esta implícita no código civil, ainda assim este mesmo resguarda vários direitos ao nascituro.

Desta forma a corrente que mais considere adequada foi a concepionalista, visto que, acredito que desde a concepção já temos em grande maioria das pessoas um afeto pelo ser que estar por vir. Assim este deveria ter seus direitos tidos como iguais com qualquer outra pessoa. Por isso e por tudo exposto acima o nascituro se comparado aos que já nasceram teriam por exemplo o direito a herança, já que em quase todos os casos os pais já se planejam desde a descoberta da gravidez, assim esse filho que ainda não nasceu teria reservado tudo que seus pais planejaram para eles.

Referencias

DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil Comentado

DIREITO SANTA CRUZ< <http://direitosantacruz.blogspot.com.br/2009/08/docimasia->

hidrostatica-de-galeno.html > acesso 30/11/16

DONA, Gessica Amorim <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7412/Os-alimentos-gravidicos-e-a-possibilidade-de-indenizacao-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>> acesso 30/11/16

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. 5a edição, rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPOLA, Rodolfo filho. Novo Curso de Direito Civil. 16. Ed. Editora Saraiva, 2014,

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 10ed. São Paulo 2012,

MONTORO, André Franco. Introdução a ciência do direito. 25 ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Flavio Garcia <<http://www.clinicafgo.com.br/obstetricia/crescimento-embrionario/>> acesso 30/11/16

PLANALTO <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso 30/11/16

PLANALTO <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso 30/11/16

PLANALTO <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm> acesso 30/11/16

RODRIGUES, Sílvio - Direito Civil - Volume I - Parte Geral - 34º Edição - Ano 2007

SIGNIFICADOS <<https://www.significados.com.br/personalidade/>> acesso 30/11/16

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> acesso 30/11/16

TARTUCE, Flavio. Direito civil, Lei de introdução e parte geral. 10ed. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo Código Civil Estudo na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro 2003

VENOSA, Sílvio Salvo de. Direito Civil, Parte Geral, Vol. 1, 2004 (1)