

**O INÍCIO DA PERSONALIDADE E A SITUAÇÃO DO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Flora Soares Guimarães*

Leonardo Alves Guedes*

Lívia Gueiros Maia*

Michel Alves de Souza*

Paola Teixeira Lessa*

Loren Dutra Franco**

RESUMO

A fim de esclarecer a posição do nascituro no nosso ordenamento jurídico, realizamos este estudo que visa auxiliar na definição do início da personalidade, evento que torna o nascituro em sujeito de direito, adquirindo status de pessoa e conseqüentemente obtendo a capacidade de direito. Para isso, pesquisamos as principais teorias e suas propostas com o intuito de apontar aquela que defendesse verdadeiramente o nascituro.

PALAVRAS CHAVE: Sujeito de Direito. Capacidade. Nascituro. Personalidade. Teorias.

* Acadêmicos do 1.º ano do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior.

** Orientadora e professora de Direito Civil do Instituto Vianna Júnior.

INTRODUÇÃO

Os direitos do nascituro, que vem ao longo dos tempos causando divergências entre os mais eminentes doutrinadores, os quais, cada vez mais, se empenham no estudo das teorias pertinentes a fim de dirimir as dúvidas e trazer soluções positivas para o nosso direito. Tem-se como maior questão divergente o início da personalidade civil, ou seja, quando o nascituro se torna pessoa.

Assim, como discorre Sérgio Abdalla Semião (2000), o estudo do Direito deve começar pelas pessoas, pois sem elas este não se faz presente. Portanto, embasaremos nosso trabalho nas pesquisas doutrinárias e na análise das teorias sobre o início da personalidade e os direitos do nascituro.

Nosso objetivo é de esclarecer a posição do nascituro no nosso ordenamento jurídico, visando auxiliar na definição do início da personalidade, evento que torna o nascituro em sujeito de direito, adquirindo status de pessoa e, conseqüentemente, obtendo a capacidade de direito. Para isso, pesquisamos as principais teorias e suas propostas com o intuito de apontar aquela que defendesse verdadeiramente o nascituro.

1 SUJEITOS DE DIREITO

Sujeitos de direito são todas as pessoas capazes de contrair direitos e obrigações, com a finalidade de superar os conflitos de interesses (COELHO, 2003).

Em nosso ordenamento jurídico, estão reconhecidas duas modalidades de pessoas: as físicas ou naturais e as jurídicas. Estas se caracterizam por uma coletividade de pessoas ou bens que visam a obtenção de certas finalidades; e aquelas, foco de nosso estudo, são os seres humanos como sujeito de direito e deveres.

Conforme o artigo 1º de nosso novo Código Civil “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”; a doutrina subdivide a capacidade em: capacidade de fato, capacidade de exercício ou civil – a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, ou seja, quando se adquire a maioridade – e a capacidade de gozo ou de direito – condição para ser titular de direitos e deveres, momento este em que se adquire a personalidade.

Sendo assim, Clóvis Bevilácqua define personalidade como “aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”. (apud SEMIÃO, 2000, p. 26). Não obstante, Semião (2000) afirma que a personalidade civil constitui a matriz de todos os direitos privados.

O início da personalidade é discutido através de três teorias: Teoria Natalista, Teoria Conceptionista e Pré-conceptionista. A questão divergente entre as teorias é o instante em que se inicia a capacidade e, conseqüentemente, a personalidade.

2 TEORIAS

2.1 Teoria Natalista

Defendida por eminentes juristas como Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira, Ferrara, Sergio Abdalla Semião, tal teoria, segundo César Fiúza (2004, p.117), é aquela em que “o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida”.

A partir deste conceito, constata-se que a posição do nascituro é a de um expectador de direitos, pois como ensina Venosa, essa expectativa “é a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito” (2000, p.374). Portanto, esta teoria não considera o nascituro como pessoa.

Para esse grupo, com a atual teoria brasileira, a constatação da existência jurídica se dá apenas através do nascimento com vida sem qualquer exigência de viabilidade do ser e forma humana, ou seja, presume-se apenas verificar se o neonato chegou a respirar. Para isso, o teste médico-legal mais utilizado quando há dúvida se o bebê, apesar de se encontrar morto, chegou a respirar em algum momento após o parto, é o chamado Docimasia Hidrostática de Galeno.

A corrente natalista apresenta como principais argumentos favoráveis:

- não há existência de direito subjetivo sem que haja titular, da mesma maneira que não há titular sem personalidade jurídica;
- o nascimento é um fato concreto para que se atribua a personalidade ao ser; e
- todo o ordenamento jurídico brasileiro está baseado nessa regra.

De acordo com o artigo 2º do nosso Código Civil “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Corroboramos a aplicabilidade do sistema brasileiro a essa teoria. Porém, apenas põe a salvo os direitos do *conceptus*.

Ensina Fiúza (2004, p.114) que:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

Posição esta que a teoria concepcionista diverge quanto ao início da personalidade.

2.2 Teoria Conceptionista

Esta teoria possui adeptos como: Teixeira de Freitas, Clóvis Carlos de Carvalho, Nabuco de Araújo, Maria Helena Diniz, Clóvis Bevilácqua, Plaionil, entre outros.

Defende que os direitos do nascituro passam a existir a partir do momento da concepção, ou seja, o *conceptus* adquire a capacidade direito. Não obstante, Fiúza (2004, p.117) propugna que “a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno”.

Alguns doutrinadores subdividem essa teoria em: verdadeiramente concepcionista e a doutrina concepcionista da personalidade condicional. Esta atribui a personalidade no momento do nascimento, porém, conta-se a partir do dia da concepção, e aquela, atribui a mesma a partir da concepção (FIUZA, 2004; PEREIRA, 2005; VENOSA, 2005).

Assim iniciamos a defesa dessa teoria, com provas que, por sua vez, rebatem os pontos positivos da teoria natalista. Nos dizeres de Limongi França (apud SEMIÃO, 2000, p.39) “Ora quem, diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade.” O ato da concepção também é concreto pois é comprovado cientificamente.

Os concepcionistas assumem uma posição moderna, uma vez que não restringem os direitos do nascituro ao nascimento, pois se o fizesse, e este não nascesse, é como se não tivesse sido concebido.

2.3 Teoria Pré-Concepcionista

Essa teoria disserta sobre considerações inovadoras que se remetem aos avanços tecnológicos que dominam as últimas décadas. Com isso a doutrina e o sistema jurídico ainda não sofreram mudanças para trazerem a seara tal teoria.

Segundo Coelho “(...) desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, seja *in vitro* ou *in utero* estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente um novo ser.” (2003, p.148)

Partimos do ponto de que essa teoria crê no fato da existência de capacidade de direito antes mesmo da nidação, o que se confirma com o relato de Semião (2000, p.174) “(...) nenhuma razão tem para não admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa, pelo único fato de não estar no ventre da mãe, considerando que o embrião é efetivamente um ser concebido”

Porém, para a efetivação implicaria em uma drástica mudança, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como nos preceitos culturais. Outro quesito relevante que dificulta a aplicabilidade é quanto a real dificuldade de se estabelecer o momento da fecundação *in útero*, o que inviabiliza a atribuição da personalidade em concreto.

3 O INÍCIO DA PERSONALIDADE E A SITUAÇÃO DO NASCITURO NO DIREITO COMPARADO

Sempre que nos deparamos com situações divergentes é interessante observar e comparar tal situação em outros países afim de que tenhamos fulcro para discernir sobre qual é o melhor caminho.

No dizeres de Maria Helena Diniz (2003, pp. 179-180):

No direito civil francês e holandês (art. 3º) não basta que o nascimento com vida; é necessário que o recém-nascido seja viável, isto é, apto para a vida. Se nascer com vida sua capacidade remontará à sua concepção.

O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém-nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas, para que possa adquirir personalidade. O direito português também condicionava à vida a figura humana (art.6º). Para o argentino (art. 7º) e o húngaro (seção 9) a concepção já dá origem à personalidade.

O nosso Código Civil afastou todas essas hipóteses, que originavam incertezas, dúvidas, pois, no seu art. 2º, não contemplou os requisitos da viabilidade e forma humana, afirmando que a personalidade jurídica iniciase do nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois. Nessa mesma linha estão o Código Civil suíço (art 31); o português de 1966 (art. 66 I); o alemão (art. 1º) e o italiano (art. 1º).

CONCLUSÃO

Mediante as diversas análises, tendo em vista que a personalidade é o foco entre as discussões pertinentes, consideramos que a teoria natalista adota uma postura cômoda, visto que, o sistema jurídico brasileiro se baseia no sistema romano-germânico, que, por sua vez, tem influência dos preceitos adotados pela Igreja Católica; logo, vemos que se trata da teoria, que mesmo tendo sofrido variações quanto ao tempo e quanto ao local (Estado), manteve-se sólida sem as alterações necessárias que acompanhasse o desenvolvimento da sociedade e bem como da ciência.

Do mesmo modo, a teoria pré-concepcionista não se encontra sintonizada com as relevâncias atuais, já que a adoção desta acarretaria uma brusca transformação tanto cultural, quanto jurídico-científica. Principalmente, porque hodiernamente não se vislumbra nenhuma posição concreta.

Todavia, os concepcionistas nos elencam pontos que garantem maior estabilidade e proteção ao *conceptus*, que para nós já é considerado uma pessoa, e que, portanto, deve ter seus direitos e obrigações resguardados.

Por fim, o nascituro, seria tratado por nós como um absolutamente incapaz tendo como tutores seus genitores.

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. 21. ed. rev., aumen., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.v.1.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso complemento. 8. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de Direito civil**: parte geral. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2005.v.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 21. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.v.1.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.v.1.