

A PERSONALIDADE CIVIL DOS NASCITUROS E OS SEUS REFLEXOS JURÍDICO- PROCESSUAIS

THE UNBORN CIVIL PERSONALITY AND ITS
LEGAL-PROCESSIONAL CONSEQUENCIES

LA PERSONALIDAD CIVIL DE LOS NO NACIDOS Y
SUS REFLEJOS JURÍDICO PROCESUALES

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Do nascituro e sua acepção; 2. Da personalidade civil e da capacidade; 3. Legislação brasileira; 4. Jurisprudência; 5. Considerações finais; Fontes; Referências bibliográficas.

RESUMO:

A discussão sobre a personalidade e capacidade civil dos nascituros sempre foi acirrada. Reconhecer-lhes a titularidade de direitos fez forçosa a análise sobre a capacidade de ser parte em um processo. O que se concluiu é que, mesmo prevalecendo no Brasil a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional se apresenta mais acertada, tendo em vista a necessidade de o Código Civil ser interpretado sistemática e teologicamente com o texto constitucional, de modo que a protetividade das normas de direitos humanos estendam seus efeitos também a quem se encontra no ventre materno.

Como citar este artigo:
BERTONCINI, Carla.
SANTOS, Felipe.
A personalidade
civil dos nascituros
e os seus reflexos
jurídico-processuais.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 23, p. 15-32.

Data da submissão:
24/08/2013

Data da aprovação:
03/12/2015

ABSTRACT:

The discussion about the personality and the legal capacity of the unborn has always been complex. Recognizing its rights required the analysis about the capacity of being part of a judicial process. As a conclusion, we noticed that although the Unborn Theory prevails in Brazil, the Conditional Personality Theory is more adequate, once it is necessary to interpret the Civil Code systematical and theologically with the constitutional text, so that the protection of the human rights laws are extended to the ones who are unborn.

RESUMEN:

Siempre fue parejo la discusión a respecto de la personalidad y capacidad civil de los no nacidos, reconocerles la titularidad de los derechos se hizo forzosa la análisis a respecto de la capacidad de hacer parte en un proceso. La conclusivo es que mismo prevaleciendo en Brasil la teoría (natalística) del aumento de la natalidad, la teoría de la personalidad condicional presentase mas acertada, teniendo como foco, la necesidad del Código Civil ser interpretado sistemática y teologicamente con el texto constitucional, de manera que la protección de los reglamentos de los derechos humanos extendan sus efectos también a quién se encontra en el vientre materno.

PALAVRAS-CHAVE:

Nascituro; capacidade civil; natalista; concepcionista.

KEY-WORDS:

Unborn; Civil Capacity; Unborn Thoery.

PALABRAS CLAVE:

No nacido; capacidad civil; natalista; concepcionista.

INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, existe imensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito dos direitos dos nascituros. Ainda é atual, e está longe de ser resolvida, a discussão sobre a sua capacidade de ser parte de um processo, sobre a possibilidade de postular um direito seu, em nome próprio, tudo como consequência lógica do reconhecimento, ou não, de direitos inerentes a eles.

Para parte da doutrina, os nascituros não possuem direitos, não podem ser titulares de direitos e obrigações na ordem civil, vez que a personalidade civil começa somente com o nascimento com vida. Para outra parte, os nascituros possuem direitos desde a concepção e, portanto, a personalidade civil lhes é atribuída desde aquele momento. Alguns ainda defendem uma terceira posição, segundo a qual os nascituros possuem direitos, mas estes se encontram sob uma condição suspensiva. Seus direitos, portanto, são futuros e incertos, estando condicionados ao nascimento com vida.

De outro vértice, ainda, a personalidade civil possui um reflexo indiscutível na capacidade de ser parte de um processo judicial, vez que, admitindo-a, permite-se que um nascituro figure como parte no processo (seja no polo ativo, seja no polo passivo), representado por seus genitores.

Em primeiro momento, limitar-se-á à análise de pressupostos básicos ao tema, como o conceito de nascituro e de personalidade civil. Em seguida, serão feitas breves considerações sobre a legislação nacional que, ainda que trate de temas correlatos, não dizem respeito ao tema em foco, como o posicionamento do Código Penal e Processual Penal, da Constituição Federal, bem como da jurisprudência dominante nos tribunais.

Por fim, a análise incidirá sobre as correntes em que se divide a doutrina sobre a personalidade civil, suas características, defensores, e sobre a capacidade e os reflexos que sofre da adoção de uma ou outra corrente.

1. DO NASCITURO E SUA ACEPTÃO

Nascituro, conforme se extrai do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, é “1. Que há de nascer; 2. Aquele que há de nascer; 3. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como evento futuro e certo” (2010, p. 1453).

Designa, assim, o ente que se encontra dentro do ventre materno, já concebido, necessariamente com vida intrauterina, mas que ainda não nasceu.

Em outras palavras, nascituro é aquele que, conquanto se admita que possa ter vida própria, ainda não se desligou do ventre materno, não teve sua contagem de vida iniciada, pois, em verdade, o primeiro dia de vida somente é considerado, pela sociedade, após o nascimento.

Analisando-se retrospectivamente, ainda, o Código Civil de 1916 utilizava, em seu artigo 1.718, o termo “prove eventual”, que difere do atual conceito que se estuda. Prole eventual, conforme uma interpretação gramatical, é aquela considerada independentemente de haver concepção no ventre materno, é a eventual e futura gravidez. Já nascituro, conforme brevemente conceitua Marcus Vinícius Rios Gonçalves, “é aquele que, conquanto já concebido, ainda não nasceu” (2010, p. 174).

Nascituro também não se confunde com feto, especialmente se considerando que, no estágio da atual medicina, é possível a existência de feto fora do ventre materno, como nos casos de fertilização “in vitro”, conhecida pela medicina legal como “concepção genética”.

A doutrina se divide quando trata do momento em que é considerado juridicamente o nascituro. Parte da doutrina entende que, desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo (Teoria da Fecundação), há concepção e, desde então, o ordenamento jurídico já irradia seus efeitos de proteção ao nascituro, não importando se a concepção foi “in vitro” ou “in vivo”. Já a outra corrente posiciona-se no sentido que o nascituro só é juridicamente considerado a partir do momento em que ocorre a nidação do zigoto (Teoria da Nidação), isto é, a partir do momento em que o ovo fecundado for implantado no útero materno (seja de forma natural, seja de forma artificial), sob condição de nascimento com vida.

Nesse sentido:

E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como o direito à saúde e ao planejamento familiar). [...]. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrio-

nária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3.510. Relator: Ayres Brito. Data do julgamento: 29.05.2008. DJe de 28.05.2010).

Assim sendo, parece mais correto o entendimento de que a concepção a que se refere o Código Civil não inclui, em sua abrangência, a concepção genética, realizada em laboratório, mas apenas e tão-somente aquela que diz respeito ao início do desenvolvimento do nascituro de forma necessariamente natural, no útero da mãe, o que se aproxima mais da Nidação.

No que respeita ao embrião resultante de fecundação “in vitro”, portanto, e que não foi implantado no útero da mãe, sua proteção se dá pela Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e outras de conteúdo conexo (como a Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, por exemplo), não havendo que se falar em direitos da personalidade, como o direito à vida e à própria dignidade da pessoa humana, mas sim à proteção do material genético, por exemplo.

2.DA PERSONALIDADE CIVIL E DA CAPACIDADE

Ao tratar de personalidade civil, é indispensável que sua conceituação e análise se façam com base na ligação jurídico-sistemática necessária entre os artigos 1º e 2º do Código Civil.

Dispõem estes dois artigos:

Art. 1º: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Conforme explica claramente Washington de Barros Monteiro (2000,

p. 66):

Capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que se localizando ou concretizando-se num ente, forma a pessoa.

Assim sendo, é possível compreender que personalidade civil é o atributo do ser humano (porque só este a possui) de ser titular de direitos, bem como é também a aptidão para contrair obrigações, na ordem civil, ambos atribuídos pelo ordenamento jurídico.

Insta consignar, ainda, que capacidade de direito e personalidade civil não são a mesma coisa, embora sempre se confundam. Personalidade civil, conforme já explicado, é a aptidão genérica atribuída a uma pessoa de titularizar direitos e obrigações. Já capacidade de direito, nos dizeres de Maria Helena Diniz, é a “medida jurídica da personalidade” (2009, p. 117), isto é, o poder, intrínseco à personalidade (por força dos artigos 1º e 2º do Código Civil), de figurar como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica determinada.

Conclui-se, deste modo, que a personalidade civil funciona juridicamente como um pressuposto da capacidade de direito, vez que, não sendo uma pessoa titular genérica de um direito ou uma obrigação, não é possível que figure, em concreto, numa relação jurídica.

Outrossim, no que tange à capacidade, no estudo da Teoria Geral do Processo, ela é comumente dividida pela doutrina em capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, também chamada de capacidade processual ou “*legitimatio ad processum*”, e capacidade postulatória, ou “*jus postulandi*”.

A capacidade de ser parte diz respeito à possibilidade de defender um direito seu, em nome próprio. Conforme o que se extrai do artigo 1º do Código Civil, “todas as pessoas, sem exceção, têm capacidade de ser parte, porque são titulares de direitos e obrigações na ordem civil” (GONÇALVES, 2012, p. 172).

Analisando-se o Código Civil e sua legislação adjetiva sistematicamente, conclui-se que a capacidade de ser parte em processo possui os mesmos elementos constitutivos que a capacidade de direito ou de gozo,

podendo, deste modo, serem confundidas.

Diante de tal assertiva, e de todo o conteúdo exposto até o presente momento, possível aferir que é exatamente a capacidade de ser parte em processo que sofre influência quando se analisa o momento em que é considerada adquirida a personalidade civil.

A capacidade processual, por sua vez, é atribuída a todas as pessoas com “aptidão para estar em juízo pessoalmente” (GONÇALVES, 2012, p. 174) e, nos termos do artigo 7º do Código de Processo Civil, se encontre em pleno exercício dos seus direitos. Confunde-se com a capacidade de fato ou de exercício que, regra geral, se inicia aos dezoito anos de idade (artigo 5º do Código Civil).

Neste caso, quando a parte não se encontrar no pleno exercício dos seus direitos, isto é, for absoluta ou relativamente incapaz, na forma dos artigos 3º e 4º do Código Civil (como é o caso dos nascituros), deve estar representada ou assistida por seus pais, tutores ou curadores (artigo 8º do Código de Processo Civil).

A capacidade postulatória, resumidamente, refere-se à necessidade de a parte, em um processo, salvo casos expressos em lei (Lei nº 9.099/95, por exemplo), estar devidamente assistida por um advogado.

3.LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Na legislação nacional, diversas disposições são encontradas com o fim de proteger os direitos dos nascituros. Dentre elas, pode-se citar o Código Penal e o Código Civil, mas não se pode incluir a Constituição Federal, que é omissa neste sentido.

a. Código Penal e Processual Penal

O Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, quando trata dos crimes contra a vida, destina artigos específicos à proteção da vida humana intrauterina, vez que, ao tratar do aborto e crimes com ele conexos, estabelece sanções a quem atenta contra este bem jurídico penalmente tutelado.

Assim se observa da análise dos artigos 123 a 128 do Código Penal, que estão totalmente voltados à defesa do nascituro, sendo que a integridade da mãe, nestes casos, é cuidada apenas de forma reflexa.

Veja-se que o Código Penal adota, indiretamente, a Teoria Concep-

cionista para a criminalização de condutas. Assim se afirma porque fica claro o entendimento de que, situando-se todos os crimes supramencionados no capítulo dos Crimes Contra a Vida, a titularidade do direito à vida é reconhecida e assegurada a quem se encontra em estado intrauterino.

Desta forma entende a respeitável parcela da doutrina penalista, como Damásio Evangelista de Jesus (1998, p. 372; 2011, p. 154), Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 344) e Flávio Augusto Monteiro de Barros (2009, p. 71).

Destarte, o sujeito passivo destes crimes é, sempre, o produto da concepção, o que envolve, inegavelmente, o nascituro, de modo que lhe são reconhecidos direitos próprios na esfera penal.

No que diz respeito aos demais Títulos da Parte Especial do Código Penal, não se pode observar um tipo penal em que o nascituro possa figurar como vítima direta e, deste modo, deixa-se de analisá-los.

Já em sede de Direito Processual Penal, não há que se falar em legitimidade para a defesa de seus direitos, pois o Ministério Público, nos casos dos crimes previstos no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal, é sempre o titular das ações (artigo 100 do Código Penal e artigo 24 do Código de Processo Penal), mas é inegável que há direitos a serem defendidos por parte do nascituro.

b. Constituição Federal

Conforme já afirmado, o texto constitucional não contém, em nenhum de seus artigos, alusão aos nascituros e aos direitos a eles pertencentes. Duas faces desta omissão podem ser observadas.

Por um lado, o fato de a Constituição não aludir, mesmo que breve e genericamente ao tema, faz com que as discussões doutrinárias e jurisprudenciais não possam ser dirimidas com base nesta norma máxima.

Assim sendo, sempre que algum tema relacionado aos nascituros for objeto de análise doutrinária e/ou jurisprudencial, a única disposição norteadora é a do artigo 2º do Código Civil, considerando-se que falta no ordenamento jurídico uma norma sobre o tema que seja dotada da rigidez e da hierarquia normativa inerentes ao texto constitucional.

De outro vértice, a Constituição, ao estabelecer direitos fundamentais genéricos como o direito à vida, a integridade, à saúde, não deixou de

irradiar seus efeitos àquele que se encontra em estado intrauterino.

O que se conclui da análise do texto constitucional, portanto, é que, admitindo-se que a concepção do termo nascituro traz em seu bojo uma expectativa de que o nascimento ocorra com vida, com saúde, e com integridade física garantida, as disposições genéricas estabelecidas na Constituição surtiriam, em termos de eficácia, um resultado prático equivalente ao nascido, ou seja, garantindo-lhes a defesa dos direitos fundamentais, mesmo que condicionados ao nascimento, um evento futuro e certo, na maioria dos casos.

c. Código Civil

Quando da análise do Código Civil, duas são as disposições legais de suma importância para o tema: o artigo 2º e o artigo 130.

Segundo o que se pretende defender, é a partir de uma interpretação profunda destes dois artigos que surgiram as três teorias da obtenção da personalidade civil: Teoria Concepcionista, Teoria Natalista e Teoria da Personalidade Condicional.

As três estabelecem momentos diferentes para a aquisição da personalidade civil, o que influi imensamente em uma série de consequências, que serão estudadas oportunamente.

i. Teoria Natalista

Segundo o que defendem os adeptos desta teoria, a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida, inexistindo quaisquer expectativas de direitos antes dele.

Deste modo, a expectativa criada pelos pais de que a criança nasça com vida não se confunde com expectativa de direitos, vez que o nascimento com vida constitui um elemento necessário para a aquisição da personalidade civil por parte do recém-nascido, e não uma cláusula condicional suspensiva para esta aquisição.

Para esta corrente, o nascimento com vida marca o início da personalidade civil, com base no texto literal do artigo 2º do Código Civil. Antes deste momento, não há direitos, mesmo que eventuais e incertos, ou expectativas de direito.

Conforme o que afirma Pontes de Miranda, defensor mais tradicional desta corrente:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito, 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 algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (2000, p. 87).

Explica Sérgio Abdala Semião, em sua obra elaborada, na época, com base no Projeto do Novo Código Civil, que a conclusão de que o nascituro não possui direitos é possível com base na omissão do próprio Código Civil em relação a eles. Aduz que, “fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei decliná-los um a um” (1998, p. 40).

Entretanto, uma vez tendo o artigo 2º do Código Civil estabelecido que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, seria necessário e indispensável que se estabelecesse, no próprio Codex, ou em lei especial, taxativamente, os seus direitos. Assim, em conclusão à tese estabelecida por esta corrente, não tendo o legislador feito isso, a personalidade civil somente é adquirida após o nascimento com vida e, antes disso, por omissão legislativa, o nascituro não possui direitos.

No que se refere aos reflexos processuais da adoção desta corrente, considerando que, segundo seu entendimento, a personalidade civil começa somente com o nascimento com vida e, antes disso, não existe personalidade civil ou qualquer expectativa de direito, e tendo em vista, ainda, que a personalidade civil é pressuposto elementar da capacidade de direito, conclui-se que não pode o nascituro defender interesse seu, em nome próprio, justamente pelo fato de não ter qualquer interesse a ser defendido. Via de consequência, é impossível que sejam representados por seus genitores, suprimindo a capacidade de estar em juízo, e que constituam advogado, necessário, em regra, à capacidade postulatória.

ii. Teoria Concepcionista

Os adeptos dessa teoria posicionam-se em defesa de que o Código Civil resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro. Concepção, para esta

corrente, deve ser entendida como o momento em que ocorre a fecundação.

Embora minoritária, por encontrar pouco amparo legal sólido (inclusive, diverge do entendimento fixado na ADI nº 3.510), defende que o nascituro deve ser considerado juridicamente desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, vez que na fecundação se dá o verdadeiro início da vida, sendo a nidação (fixação do ovo fecundado no útero materno) somente a maneira como a vida se torna viável.

Mediante uma análise mais científico-sociológica do que jurídica, os defensores desta corrente, como Maria Helena Diniz, Silmara Juny de Abreu Chinelato, André Franco Montoro e Carlos Alberto Bittar, apontam a impossibilidade de adquirir direitos sem que seja pessoa, isto é, se o Código Civil reconhece direitos aos nascituros, é porque também reconhece, implicitamente, que são pessoas e possuem personalidade. Assim afirma Sérgio Abdala Semião:

Segundo a escola concepcionista, a personalidade civil da pessoa começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica (1998, p. 36).

André Franco Montoro completa, defendendo que, se o Código Penal inclui os crimes de aborto dentre o rol de crimes contra a vida é porque reconhece, implicitamente, que o nascituro é pessoa e possui vida (2000, p. 494-495).

Maria Helena Diniz aponta que, uma vez tendo o Código Civil atribuído direitos aos nascituros, estes são, inegavelmente, considerados seres humanos, e possuem personalidade civil. Ademais, entende que seus direitos à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, ao nascimento, entre outros, são muito mais decorrência dos direitos humanos garantidos pela Constituição Federal do que da determinação do Código Civil (2010, p. 36-37).

Silmara Juny de Abreu Chinelato ainda faz um estudo hermenêutico de toda a legislação civil e afirma que em todo o conteúdo do Código Civil, quando se pretende especificar taxativamente alguma matéria, utiliza-se de expressões como “só”, “somente”, “apenas”, e outras sinônimas. Assim, não tendo feito isso no caso dos direitos dos nascituros, entende que lhes são atri-

búidos todos os direitos de personalidade.

Destarte, assim como a corrente Natalista defende sua tese com base na omissão de quais direitos o ordenamento jurídico confere aos nascituros, a teoria Conceptionista aponta que outra omissão, qual seja, a de um termo restritivo no artigo 2º do Código Civil, fez com que não houvesse restrições em relação aos direitos a eles atribuídos.

Em conclusão a este posicionamento, a omissão de um termo restritivo e a atribuição genérica de direitos aos nascituros no artigo 2º do Código Civil tiveram como resultado a possibilidade de se reconhecer que os nascituros são seres humanos, a atribuição, a eles, de todos os direitos da personalidade e, por fim, a incidência de todos os direitos fundamentais elencados na Constituição.

Assim sendo, do ponto de vista processual civil, o fato de se reconhecer a personalidade civil aos nascituros desde a concepção e, de modo reflexo e direto, a capacidade de direito, gera como consequência a possibilidade de defenderem, em nome próprio, quaisquer interesses seus que estejam sendo prejudicados por ato de terceiros. Admissível, portanto, que os nascituros figurem como parte em processo, devidamente representados por seus genitores, e com advogado constituído.

iii. Teoria de Personalidade Condicional

Segundo essa corrente, a personalidade civil é adquirida desde a concepção, ficando ela, contudo, submetida a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida.

Sem prejuízo desta condição suspensiva, os direitos da personalidade já são reconhecidos aos nascituros desde a concepção, a fim que seja assegurado, substancialmente, o nascimento com vida.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2012, p. 174), quando trata da capacidade de ser parte em processo, resume brevemente o posicionamento desta vertente:

O Código Civil aduz que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, embora a lei resguarde os direitos do nascituro. Por isso, ainda que se admita que o nascituro não possa ser titular de direitos e obrigações na ordem civil, é preciso reconhecer que tem, no mínimo, direito eventuais, cuja

aquisição está condicionada a um evento futuro e incerto, o nascimento com vida.

No mesmo sentido Luciano Dalvi Norbim (2006, p. 44-45):

Dizem que, durante a gestação, o nascituro tem a proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos a uma condição suspensiva. O curador ou o seu representante legal o representará a fim de garantir os direitos lhe assegurados eventualmente.

Este entendimento decorre de uma interpretação conjunta da primeira e da segunda parte do artigo 2º do Código Civil. Enquanto as correntes concepcionista e natalista defendem suas posições apontando omissões no texto literal deste artigo, a corrente defensora da Teoria da Personalidade Condicional preconiza que o texto do artigo 2º do Código Civil não é omissivo, bastando, para a sua correta compreensão, que ele seja interpretado de forma a integrar a primeira e a segunda parte.

Segundo o aspecto biológico desta corrente, havendo uma pessoa em formação, não pode a lei ignorar a expectativa de vida humana inerente ao feto e, conseqüentemente, proteger seus eventuais direitos. Contudo, para que sejam adquiridos estes direitos, o nascimento com vida deve ocorrer.

Do ponto de vista jurídico, deve-se diferenciar, para fins de análise, a condição e o termo. Condição é um evento futuro e incerto. Termo é um evento futuro e certo. Em ambos os casos, serão iniciais ou suspensivos quando subordinam o exercício do direito à sua verificação e, quando sua verificação extingue o exercício do direito, serão finais ou resolutivos.

O reconhecimento de direitos condicionados a evento futuro e incerto faz com que seja possível a incidência do artigo 130 do Código Civil, que diz que “ao titular do direito eventual (condição ou termo), nos casos de condição suspensiva ou resolutive, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Note-se que, admitindo a possibilidade de os nascituros possuírem expectativas de direito, a sua capacidade de ser parte em processo, em busca da conservação de direitos que podem ser adquiridos caso o nascimento com vida se verifique, é reflexo jurídico processual lógico e inegável.

Sem prejuízo, como a condição suspensiva se perfaz em um acontecimento futuro e incerto, deve o advogado provar a “existência” do nascituro com documentos suficientes para tanto e, ainda, provar a certeza ou, ao menos, a grande probabilidade de o nascimento ocorrer, demonstrando, assim, a viabilidade do infante. Do contrário, não se teriam direitos condicionados a serem defendidos e, ademais, causaria insegurança jurídica a terceiros.

Em resumo, e diante do exposto, é possível que se entenda que a personalidade civil é reconhecida, mas se encontra suspensa até o nascimento com vida. Contudo, sendo o nascimento uma condição suspensiva de direitos, possível que o nascituro figure como parte em processo, desde que demonstrada a viabilidade do seu nascimento, praticando atos que visem a conservar seus futuros direitos da personalidade.

Nem se fale, também, na hipótese de o nascituro possuir direitos sem ter personalidade, como critica William Artur Pussi. O que se extrai da análise é que lhe é permitido praticar atos com fins de conservar futuros direitos (e por isso o reconhecimento da capacidade de ser parte), não se falando em aquisição antecipada e nem mesmo em exercício dos mesmos.

Analisando, ainda, do foco da prática processual civil, uma questão que pode ser suscitada é a forma como se dará a qualificação do nascituro, tendo em vista que ele não possui nem mesmo certidão de nascimento que o identifique.

A solução que se aponta é que, considerando que, quando da propositura de uma ação, a parte proponente deve indicar elementos mínimos que a permitam ser identificada, o advogado, ao qualificar o nascituro, deve apenas indicar o próprio termo, apontar que está sendo representado por sua genitora, ou genitores e, após, qualificá-los. Feito isso, não há que se falar em impossibilidade de se identificar o autor da ação, mesmo que não possua certidão de nascimento ou outro documento identificador.

4. JURISPRUDÊNCIA

Em sede de análise jurisprudencial, far-se-á uma breve síntese do histórico pelo qual passou a discussão sobre os nascituros.

Em 1969, o Brasil tornou-se signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que foi ratificado no país através do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, longa discussão tomou os tribunais superiores sobre a validade dos tratados inter-

nacionais ratificados no Brasil antes desta emenda, especialmente no que tangia ao quórum de aprovação e à hierarquia legal que passariam a ser considerados.

Em 2008, finalmente o Supremo Tribunal Federal encerrou a discussão, deixando claro o entendimento, no julgamento do Habeas Corpus nº 87.585 – Tocantins, de que o Pacto de São José da Costa Rica possuía hierarquia de norma constitucional, vez que tratava de direitos humanos.

Insta consignar que o início deste tratado encontra-se assim delimitado:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos [...].

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano [...].

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Documento eletrônico online).

Note-se que o referido texto legal, hoje considerado hierarquicamente como sendo parte integrante do texto da Constituição, determina, de maneira expressa, que o direito à vida deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção. Tal entendimento, não obstante a previsão, não é pacífico doutrinária e jurisprudencialmente, tanto que pouco citado como argumento.

Continuando, no mesmo ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal fez análise sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510) tendo, inclusive, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto feito referência ao Pacto de São José da Costa Rica. Demonstraram os Ministros, na análise, inequivocamente, reconhecerem que os nascituros possuem direitos

desde a concepção.

O que se observa é que um novo entendimento vem permeando os Tribunais Superiores e, o mais importante, tal posição torna possível concluir que o reconhecimento da personalidade civil desde a concepção, mesmo que condicionada ao nascimento, pode encontrar um assento jurídico firme e coerente no texto constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a análise feita, desde a propositura do problema, da conceituação de nascituro, até a explicação das três maiores vertentes acerca do início da personalidade civil dos nascituros, é evidente e inegável a tamanha relevância jurídica que a decisão sobre o início da personalidade civil possui, gerando reflexos importantes tanto no campo do direito material, quanto processual.

A análise realizada demonstrou que é possível, com base na leitura do dispositivo do artigo 2º do Código Civil, fazer três interpretações diferentes, cada qual com um resultado jurídico diverso.

A corrente Conceptionista considera adquirida a personalidade civil desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, mesmo que se trate de caso de fertilização “in vitro”.

Já a corrente Naturalista entende que a personalidade civil somente se adquire com o nascimento com vida, isto é, a partir do momento em que a criança respira pela primeira vez após o nascimento.

A corrente da Personalidade Condicional, por sua vez, preconiza que a personalidade civil é adquirida desde a concepção, mas fica suspensa, condicionada a um evento futuro e certo, qual seja, o nascimento com vida.

Diante de todo o conteúdo exposto, parece mais acertada a Teoria da Personalidade Condicional, especialmente pelo fato de surtir, para o nascituro e para o nascido, resultados jurídicos extremamente positivos, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista processual.

Assim se entende porque consegue encontrar uma situação, com base no próprio texto legal (artigos 2º e 130 do Código Civil), que não antecipa direitos que somente se obtém com o nascimento com vida, mas permite que se pratiquem atos destinados a conservá-los. Estabelece, assim, uma maior protetividade de direitos e uma maior segurança jurídica, o que, inclusive, se coaduna com uma interpretação teleológica e sistemática entre o Código

Civil e a Constituição Federal.

Destarte, diante de todo o exposto, é inegável que, não obstante a prevalência de uma ou outra corrente na doutrina e nos tribunais, a corrente que adota a Teoria da Personalidade Condicional se mostra a mais adequada.

FONTES

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988. DOU de 05.10.1988.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. DOU de 06.01.2011.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível na Internet via <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 28 de abril de 2.013.

DECRETO Nº 678, de 06.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. DOU de 09.11.1992.

DECRETO-LEI Nº 2.848, de 07.12.1940. Código Penal. DOU de 31.12.1940.

DECRETO-LEI Nº 3.689, de 03.10.1941. Código de Processo Penal. DOU de 13.10.1941.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5ª edição. Curitiba: Positivo, 2010.

LEI Nº 3.071, de 01.01.1916. Código Civil. DOU de 05.01.1916.

LEI Nº 5.869, de 11.01.1972. Código de Processo Civil. DOU de 17.01.1973.

LEI Nº 9.099, de 26.09.1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. DOU de 29.09.1995.

LEI Nº 10.406, de 10.01.2002. Código Civil. DOU de 11.01.2002.

LEI Nº 11.105, de 24.03.2005. Lei de Biossegurança. DOU de 28.03.2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3.510. Relator: Ayres Brito. Data do julgamento: 29.05.2008. DJe de 28.05.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 87.585 TO. Relator: Marco Aurélio. Data do julgamento: 03.12.2008. DJe de 25.06.2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Sergio Semião. *Os Direitos do Nascituro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Especial – Vol. 2*. Saraiva: São Paulo, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; LENZA, Pedro. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Especial – Vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NORBIM, Luciano Dalvi. *O direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PUSSI, Artur Willian. *Personalidade do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2006

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.