

NASCITURO: UM DIREITO EM RISCO

Luan Carlos Pereira¹

Paulo César Bellé²

Letícia Gheller Zanatta Carrion³

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 na exegese do art. 2º, *caput*, aponta que ao nascer com vida, a pessoa adquire personalidade civil. Todavia, o mesmo salvaguarda os direitos do nascituro; garantias positivadas no *caput, in fine*, do mesmo dispositivo. Perdura complexa divergência axiológica entre os civilistas, quais distinguem-se por três teorias – natalista, concepcionista e condicionalista – sobre a “expectativa”, ou, o “condicionamento” da personalidade jurídica.

METODOLOGIA

O presente resumo é de caráter bibliográfico, alusivo aos direitos do nascituro, qual tornou-se uma grande fonte de discussões no âmbito nacional. Baseando-se em artigos científicos, adjacente ao Código Civil e, ao art. 5º da Magna Carta brasileira.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O *caput* do art. 2º do Código Civil, em sua inteligência assevera que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; [...]”⁴ isto é, a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair deveres na vida civil. Todas as pessoas adquirem direitos e deveres na ordem civil, sobre a condição que nasçam com vida – respirem.

No entanto, o artigo 2º, *caput in fine, ipsi literis*, “[...] põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Arquitetando-se pela redação controversa que adere a duas teorias diversas, calorosos debates sobre o momento em que se adquire a personalidade, pois a parte inicial do referido artigo atribui personalidade civil apenas

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. Integrante/Pesquisador do GEPE – Ciências Criminais na Contemporaneidade: Diálogos Entre Criminologia, Dogmática Penal e Política Criminal. E-mail: juancarlosp2001@gmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. E-mail: paulo.belle95@outlook.com

³ Mestre em Direito. Professora do Curso de Direito do Centro Universitária FAI, Campus de Itapiranga – SC e Advogada. E-mail: leticia@uceff.edu.br.

às pessoas que respirarem, já em sua parte final, resguarda os direitos do nascituro desde sua concepção.

A doutrina se divide em três teorias principais: natalista, concepcionista e personalidade condicional. Ambas divergem e se complementam – em alguns casos –, visto que no direito há pluralidade de interpretações sob o aspecto das ideologias ulteriormente dissertadas; mesmo os tribunais superiores divergem sobre qual delas dispor. O egrégio Supremo Tribunal Justiça, na inteligência de sua jurisprudência, opta pela doutrina condicionalista – Discrepante do Pretório Excelso, qual sua jurisprudência diverge entre a teoria natalista e concepcionista–, conforme decisão prolatada pelo Ministro Luis Felipe Salomão (REsp n. 1.415.727/SC, 4ª T., 2014)⁴, “[...] hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de [...] garantir ao nascituro expectativas de direito, ou mesmo **direitos condicionados ao nascimento.**” (*apud* DUARTE, 2019, p. 18, grifo nosso)

Os concepcionistas, afirmam que a personalidade jurídica se adquire no momento em que ocorre a fecundação, e, neste exato momento adquire os direitos de personalidade e a própria personalidade civil. Entretanto, o direito ao patrimônio fica condicionado ao nascimento com vida.

Já para os natalistas, os quais têm sua fundamentação baseada na parte inicial do *caput* do art. 5º, a personalidade civil é decorrente ao nascimento com vida; em outras palavras, no momento em que a pessoa respirar pela primeira vez fora da barriga da mãe. A doutrina, em sua maioria, é a favor da descriminalização do aborto, pois não consideram o feto uma vida.

Para a teoria da personalidade condicionada, desde a nidação – momento em que o embrião se acopla ao útero – o mesmo se torna detentor dos direitos de personalidade, mas os direitos patrimoniais, bem como à própria personalidade jurídica estão condicionados ao nascimento com vida.⁴

⁴ O art. 2º do Código Civil, traz, *ipsis litteris*, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo**, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (Grifo nosso) Apontando assim que, ao nascer com vida o nascituro adquire sua personalidade civil, desta forma obtendo a capacidade de direito, podendo gozar de seus direitos patrimoniais sobre a representação de seus pais ou tutores até os 16 anos – Art. 3º, incapacidade absoluta – e até os 18 assistido – Art. 4º. Entretanto, na parte final do *caput*, o legislador **restringiu**, isto é, criou uma exceção sobre a possibilidade “concreta” de adquirir personalidade civil nascendo com vida, ao redigir que: “**mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**”, ou seja, o nascituro é uma exceção expressa na exegese do artigo que possibilita que o mesmo adquira a personalidade jurídica no momento da concepção. À vista disto, a teoria condicionada é a que melhor defini o sistema jurídico postulado pelo art. 2º, ao formular um condicionamento aos direitos patrimoniais – inerentes a personalidade jurídica –, porém ao mesmo tempo protegendo os direitos da personalidade, através de uma exceção à regra. (Grifo nosso)

Diante das três teorias sobre a personalidade, decorrem grandes debates, inclusive no Supremo Tribunal Federal, qual diverge entre a teoria concepcionista e natalista, inexistindo, assim, uma posição pacífica sobre o instante em que se adquire a personalidade.

No entanto, existe uma forte corrente doutrinária que reitera a existência de duas personalidades, a personalidade civil ou jurídica e a personalidade natural ou direitos da personalidade. A personalidade civil é adquirida no instante em que a pessoa nasce com vida, podendo desta forma, exercer a capacidade de direito – referente aos direitos patrimoniais. Já a personalidade inerente ao próprio ser humano, ou seja, os direitos personalíssimos, são adquiridos desde a concepção – não condicionados ao nascimento com vida – sendo resguardados ao nascituro, estes direitos.

CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002, buscou proteger o nascituro, e desta forma, salvaguardou seus direitos à personalidade desde a concepção. Contudo, os direitos patrimoniais que são condicionados à personalidade jurídica ou civil; só adquire-se ao nascer com vida. A teoria condicionalista da personalidade é a que melhor se adapta à atual redação do art. 2º, pois, a mesma protege os direitos da personalidade do nascituro desde sua concepção e sua personalidade civil é adquirida no momento em que nasce com vida.

REFERÊNCIA

MACHADO, Costa (Org.); Ferraz, Anna Candida da Cunha(Coord.); et al.
CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10º ed. Barueri [SP]: Manoele, 2019.

DUARTE, Nestor. Parte Geral, Livro I Das Pessoas, Título I Das Pessoas Naturais: Da Personalidade e Da Capacidade. In. PELUSO, Cezar (Coord.). **CÓDIGO CIVIL COMENTADO:** doutrina e jurisprudência. 13º. Ed. Barueri [SP]: Manoele, 2019.

SILVA, Leônder Magalhães. **O REGIME JURÍDICO DO NASCITURO.** Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-regime-juridico-do-nascituro/>> Acessado em: 26.08.2018.