



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL

VICTOR BRAGA PARENTE

**A ADOÇÃO DA TEORIA CONCEPCIONISTA DA
PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL NA
JURISPRUDÊNCIA**

Brasília

2014

VICTOR BRAGA PARENTE

**A ADOÇÃO DA TEORIA CONCEPCIONISTA DA
PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL NA
JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *lato senso* com área de concentração civil da Escola da Magistratura do Distrito Federal, sob a orientação de conteúdo da Dra. Juliana Zappalá Porcaro Bisol.

Brasília

2014



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL

TERMO DE RECOMENDAÇÃO

Após a análise do trabalho de Pós-Graduação, recomendo que a monografia jurídica intitulada “A adoção da teoria concepcionista da personalidade jurídica da pessoa natural na jurisprudência” seja submetida à avaliação.

Brasília, ____ de _____ de 2014

Dra. Juliana Zappalá Porcaro Bisol



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de desenvolver, nos termos do Código do Civil de 2002, um estudo aprofundado sobre o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural. Procura-se evidenciar a adoção da teoria concepcionista pela jurisprudência, sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, faz-se necessário explicar as diferentes correntes explicativas da personalidade jurídica, de modo a tornar claro que o posicionamento de cada uma delas resulta em consequências jurídicas distintas na análise do caso concreto. Em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, é relevante destacar a evolução das normas jurídicas do Ditame Civilista. Objetiva-se, portanto, demonstrar que a corrente concepcionista vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto. Para isso, busca-se, inicialmente, contextualizar o progresso histórico da normatização da matéria em exame tratada nos Códigos Civis para, por conseguinte, poder proceder a uma análise sobre conceitos jurídicos que versam acerca da temática. Por fim, almeja-se explicitar as distintas teorias existentes no ordenamento jurídico. Para tal, utiliza-se de farto material bibliográfico, incluindo doutrinas, artigos científicos e diversas legislações pertinentes, além de contar com inúmeros precedentes jurisprudenciais. Diante desse quadro, entende-se que a aplicação efetiva da teoria concepcionista da personalidade jurídica da pessoa natural é a que mais atende à constitucionalização das normas de direito civil, indo ao encontro do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Civil. Personalidade jurídica. Concepção. Nascituro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AO ESTUDO DA PERSONALIDADE JURÍDICA..	8
1.1 A evolução constitucional do Código Civil	8
1.2 A personalidade jurídica do sujeito de direito.....	15
<i>1.2.1 Pressupostos do direito subjetivo.....</i>	<i>15</i>
<i>1.2.2 Sujeitos de direito e a personalidade jurídica.....</i>	<i>18</i>
2 TERMO INICIAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL.....	27
2.1 Teoria Natalista.....	30
2.2 Teoria da Personalidade Condicionada.....	34
2.3 Teoria Concepcionista.....	36
2.4 Demais teorias do termo inicial da personalidade jurídica.....	41
3. DIREITOS DO NASCITURO E A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.....	43
3.1 Alimentos provisórios.....	43
3.2 Alimentos gravídicos.....	45
3.3 Assistência pré-natal.....	48
3.4 Danos morais pela morte de familiar.....	50
3.5. Indenização pelo Seguro DPVAT.....	53
3.6. Outros direitos assegurados ao nascituro.....	55
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como tema a adoção da teoria concepcionista da personalidade jurídica da pessoa natural na jurisprudência. Procura-se demonstrar a adoção dessa corrente pelos Tribunais em situações específicas, em que pese haver posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso.

O estudo é relevante, pois busca destacar a existência de várias teorias para explicar o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural. Além disso, visa-se a evidenciar a divergência jurisprudencial acerca do assunto e os efeitos jurídicos decorrentes de cada posicionamento.

Desse modo, procura-se evidenciar que há diversos entendimentos para explicar o início da personalidade civil. Por conseguinte, é relevante contrapô-los, destacando suas especificidades, particularidades.

Não obstante significativa corrente doutrinária em sentido contrário, existem pronunciamentos jurisprudenciais que adotam a teoria concepcionista. Destaca-se uma inclinação do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nesse sentido.

Por consectário, é importante registrar que cada teoria adotada reflete em consequências jurídicas distintas. Em casos similares, a opção por uma ao invés de outra implica ou não na procedência do pedido.

Tratar da teoria concepcionista da personalidade jurídica da pessoa natural nas decisões colegiadas proferidas pelo Poder Judiciário é desenvolver a temática quanto aos efeitos jurídicos de cada pronunciamento.

Evidenciar a diferenciação entre cada linha teórica e demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça tende a seguir a concepcionista restarão comprovados, refletindo numa evolução do conceito da personalidade jurídica da pessoa natural à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AO ESTUDO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O início da personalidade jurídica da pessoa natural é um marco jurídico que, para ser abordado, deve-se resgatar toda uma introdução acerca do direito civil, destacando-se a contínua evolução do direito brasileiro. Para a compreensão dos efeitos e de toda a sua extensão, há que se ressaltar a importância das mudanças refletidas na sociedade e na legislação como um todo.

1.1 A evolução constitucional do Código Civil

A fim de entender o que é a personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico atual, é importante evidenciar os marcos que serviram de inspiração à confecção dos Códigos Civis. Isso é revelante, pois a interpretação do direito e a elaboração das leis refletem os anseios atuais de cada época.

O compilado de normas que passam a reger as relações em sociedade é codificado de modo a reger todos os aspectos, sejam jurídicos, sejam sociais, da vida da pessoa. O código, em si, é uma forma de sistematizar o direito, de modo racionalista e lógico.

Nessa linha, realça a importância em destaque o doutrinador Pablo Stolze Gagliano (2012, p.89), lecionando que “diz-se comumente que um código é um sistema de regras formuladas para reger, com plenitude e generalidade, todos os aspectos das relações privadas, proporcionando a segurança necessária às relações sociais. Mas não é só isso, o Código marca a tendência ideológica do seu momento, com um fator agravante: sua vocação fagocitária e totalizadora pretende atingir, com plenitude, todas as facetas da complexa e multifária cadeia de relações privadas”.

O Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, teve como seu principal mentor Clóvis Beviláqua que se inspirou, entre outros, no Código Civil Francês.

Este foi fundado em valores da burguesia francesa do século XIX: individualismo e o liberalismo econômico. Assim, a intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas eram reduzidas, a fim de viabilizar uma maior autonomia nas relações privadas da sociedade.

Desse modo, para garantir a segurança necessária para reger o convívio em sociedade, seria necessária uma codificação que empregasse uma técnica regulativa regulamentar nas relações jurídicas de direito privado, sendo suficiente por si só. Abranger-se-ia, portanto, todas as normas e os fatos, como sendo uma forma de ser totalitária no sentido de prever e reger tudo.

O Estado seria apenas responsável por fazer com que se cumprisse a vontade, a autonomia das partes. Logo, os principais destinatários do Código Civil de 1916 são o contratante, o proprietário e, abordando valores patriarcais, o pai e o marido, como chefe da sociedade conjugal.

Nessa ótica, o trabalho do juiz era voltado a uma abordagem do método positivista de aplicação das normas, ou seja, a subsunção, sendo “o juiz como boca da lei”. Diante de um fato jurídico há uma norma que deve ser aplicada, não cabendo qualquer forma de valoração.

Sob esse prisma, não se analisa valores éticos, morais nem sociais. A ausência de juízo de valor é uma marca da atuação do Poder Judiciário sob a ótica do Código Civil de 1916. Por conseguinte, havia apenas a eficácia normativa ou jurídica, mas não a social.

Isso passou a mudar quando a sociedade do século XX, principalmente depois do fim da 1ª Guerra Mundial, adotou uma mudança de costume, refletida, ainda, por meio do progresso tecnológico, da industrialização e da urbanização. A sociedade, então, começou a diferenciar o modo de pensar, repudiando as más condições de trabalho, de urbanização e de uma vida repleta de desigualdades evidentes. Não havia mais como concentrar toda a regência normativa das relações privadas em uma só codificação.

Sobre o assunto, reflete o doutrinador Pablo Stolze Gagliano (2012, p.91):

A partir daí, a dinâmica social e, sobretudo, o fortalecimento do pensamento crítico de determinadas classes sociais acentuaram a necrose instalada nesse e em outros pontos da Lei Codificada, determinando a edição de verdadeiros microsistemas jurídicos, indispensáveis para a correção das distorções normativas causadas pela esclerose das normas vigentes, e, bem assim, para realizar a necessária modernização de nosso Direito, à luz dos novos tempos.

É importante acrescentar, ainda, a opinião de Gustavo Tepedino (2004, p.5) acerca desse processo de descentralização do Direito Civil:

Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do Direito Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizados por um conjunto de leis tidas como centros de gravidade autônomos, e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas.

Percebe-se que o Ditame Civilista dessa época restou incapaz de atender a todas essas mudanças, levando os legisladores, aclamados pelos anseios populares, a elaborarem novas leis, sejam especiais, como a Lei da Usura (Decreto nº22.626, de 7 de abril de 1933), a Lei da Locação (Lei nº8.245, de 18 de outubro de 1991), a Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943), sejam extravagantes, como a Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977).

O ápice dessa mudança de modo de pensar ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, entre outros, consagrou em seu artigo 5º que, em relação aos direitos e deveres individuais e coletivos, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Dessa forma, a Carta Magna deslocou os destinatários das normas jurídicas regidas pelo Código Civil de 1916, quais sejam o contratante, o proprietário, o pai e o marido como chefe de família, para e simplesmente, atendendo à dignidade da pessoa humana, o ser humano, independentemente de qualquer condição física ou social. Portanto, com o advento da nova Carta Política, na qual consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, o direito civil passou a ser regido por essa nova ótica.

Destarte, foi aprovado pela Câmara e pelo Senado, em 2011, o Novo Código Civil. Referido diploma foi publicado em 11 de janeiro de 2002, entrando em vigor um ano após ser publicado, findo a “vacatio legis”.

A nova codificação civilista, em sintonia com a nova ordem constitucional inerente à República Federativa do Brasil, passou a ter como fundamentos a dignidade da pessoa

humana e a livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV da Constituição Federal de 1988, respectivamente).

Nesse contexto, aduz César Fiuza (2009, p.118) que “por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito”.

Empregou-se, por conseguinte, como técnica de elaboração de textos legais o método das normas intencionalmente vagas, por intermédio do uso de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Aquelas permitem a função integrativa do aplicador do direito, que ainda estabelece as conseqüências jurídicas desse processo de integração, como o artigo 11 do Código Civil de 2002. Por sua vez, estes apenas integram a norma, haja vista que os consectários legais desse processo já estão previstos, tal qual o artigo 87 da citada lei. Isso, por conseguinte, possibilitou a ampliação do plano de extensão e aplicação das normas jurídicas.

Com a mudança de foco para o ser humano, ocorreu a chamada repersonalização do direito privado. Deu-se ensejo, por consectário, à despatrimonialização do direito privado, já que não se havia mais uma preocupação tão exarcebada com a proteção ao patrimônio.

Houve, ainda, a adoção do método axiológico de aplicação da norma que, em uma análise superficial acerca do tema, permite ao aplicador do direito a valoração de um fato antes de aplicar a norma pertinente. O que foi chamado de Teoria Tridimensional do Direito, consagrada por Miguel Reale.

Diante dessa nova ordem, o aplicador do direito não mais se restringe a apenas ser a “mera boca da lei”, pois há agora a necessidade de aplicação de um juízo valorativo, buscando alcançar uma eficácia não só jurídica, mas também social.

Permitiu-se, conseqüentemente, o diálogo das fontes, teoria desenvolvida por Erik Jayme, na Alemanha, e por Cláudia Lima Marques, no Brasil. Essa teoria defende que não há mais a exclusão das normas jurídicas entre si, independentemente de pertencerem ou não a distintos ramos jurídicos. O que ocorreria, na verdade, seria uma relação de complementaridade entre as normas.

Para citar um exemplo da nova aplicação do direito civil com base nessa teoria à luz do ordenamento jurídico constitucional tem-se o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da união estável homoativa ao dar interpretação conforme a Constituição ao parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Magna em sede de julgamento da ADPF nº132 e da ADIN nº4.277.

Em sintonia e de modo a engrandecer ainda mais esse exemplo de diálogo das fontes, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1183378/RS a possibilidade da conversão dessa união estável em casamento:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

[...]

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade

das pessoas de seus membros e o afeto.

[...]

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

(REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012)

Ademais, é relevante destacar os princípios informadores do Novo Código Civil de 2002: o da Socialidade, o da Eticidade (ou Boa-fé Objetiva) e o da Operabilidade (ou Concretividade).

O princípio da Socialidade faz com que o exercício de um direito subjetivo não possa causar lesão às legítimas expectativas sociais e a aos interesses coletivos, sob pena de invalidação pelo próprio ordenamento jurídico. Trata-se da valorização da coletividade ao invés de interesses individuais dispostos no Código Civil de 1916. Acerca do assunto, aduz Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Castelo Branco (2002, o.144) que:

Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista –, instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República”.

Tem-se, por exemplo, o artigo 187 do Código Civil de 2002 que prevê o que o próprio titular de um direito reconhecido possa cometer um ato ilícito ao exercitá-lo, desde que o faça de modo a contrariar manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômico, social e indo de encontro também à boa-fé objetiva e à função social: é o chamado de abuso de direito.

Já o princípio da Eticidade, também intitulado de princípio da Boa-fé Objetiva, refere-se a padrões éticos de condutas adotadas pelos sujeitos de direito nas relações jurídicas de direito privado. Ressalte-se que a boa-fé objetiva difere da subjetiva. Enquanto aquela é tida como uma regra de conduta, que prevê que a pactuação em tela será norteada pelos parâmetros da honestidade e lealdade, para, assim, providenciar o equilíbrio nas relações jurídicas de direito privado; esta faz alusão “à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito”. Capaz de induzir na falsa crença quanto à veracidade e legitimidade de uma determinada situação (NUNES, 2005, p. 128).

É significativo destacar, ainda, a função integrativa da boa-fé objetiva que, nos termos do artigo 422 do Código Civil de 2002, cria os denominados deveres anexos ou colaterais do cumprimento de uma obrigação. Citam-se, para exemplificar, os deveres da proteção ao patrimônio e à integridade física dos contratantes, o da informação clara e transparente na constituição da obrigação de forma segura, seja antes, durante ou até mesmo depois da prestação, bem como o da cooperação, na qual os pactuantes devem se ajudar para concretizar o adimplemento, a finalidade da relação jurídica obrigacional, por exemplo.

Observa-se que, sob a ótica do Código Civil de 1916, as relações de direito privado eram voltadas aos interesses dos destinatários já mencionados. Nessa visão, o adimplemento era caracterizado apenas com o cumprimento da prestação (de dar, fazer, não fazer ou pagar quantia em dinheiro).

No entanto, com a influência da Constituição de 1988 e a conseqüente preocupação com a dignidade da pessoa humana, o Código Civil atual prevê que o adimplemento necessita, além do cumprimento da prestação em si, do atendimento aos deveres anexos. Deixou-se, portanto, de lado as obrigações tidas como simples para resguardar as tidas como complexas.

Por fim, o Ditame Civilista contemporâneo, com a adoção do princípio da Operabilidade ou da Concretividade, conferiu, por intermédio do uso de normas intencionalmente vagas, instrumentos de concretização de direitos subjetivos ao juiz e ao próprio titular do direito subjetivo.

Para exemplificar, tem-se o parágrafo único do artigo 249 da mencionada legislação que permite um caso de resguardo de direitos subjetivos com a autoexecutoriedade das obrigações

de fazer fungíveis ao dispor que “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Por tudo o que fora exposto, percebe-se um avanço no direito civil com um enfoque mais constitucionalizado, de modo a atender aos novos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, bem como às mudanças sociais e econômicas vividas pela sociedade. Nesse compasso, para permitir a compreensão da essência da personalidade jurídica, deve-se desenvolver, ainda, a conceitualização do que vem a ser um direito subjetivo.

1.2 A personalidade jurídica do sujeito de direito

A fim de abordar a personalidade jurídica da pessoa natural segundo a corrente concepcionista, deve-se definir, primeiramente, o que vem a ser personalidade jurídica. Para isso, há que se levantar um estudo acerca do direito subjetivo e de seus pressupostos. Ao final, deve-se verificar que a personalidade jurídica está intrinsecamente ligada a um dos pressupostos para a existência de um direito subjetivo.

1.2.1 Pressupostos do Direito Subjetivo

Direito subjetivo é a faculdade de agir para satisfação de interesses próprios dos sujeitos em conformidade com o ordenamento jurídico. Este introduz a noção de submissão ao definir os diversos direitos subjetivos e seus respectivos titulares, variando de acordo com as peculiaridades de cada ordenamento vigente.

Esse agir é voltado a atender direitos subjetivos de natureza patrimoniais e deve ser capaz de abranger os interesses próprios que versam acerca dos bens jurídicos. Por consequência, é por intermédio dos sujeitos de direitos que se reconhece a personalidade jurídica.

Desse modo, como pressuposto de um direito subjetivo, é fundamental a identificação do objeto, ou seja, o bem jurídico sobre o qual aquele vai ser exercido. Esse exercício será por intermédio de uma relação jurídica de direito privado (outro pressuposto), criativa de deveres jurídicos. É importante frisar que dever jurídico é gênero, tendo como espécies os deveres genéricos e as obrigações.

As obrigações são espécies de deveres jurídicos que, por força do negócio jurídico, da de declaração unilateral de vontade (atos unilaterais e títulos de crédito) ou de ato ilícito (extracontratual ou contratual), recaem de forma individualizada sobre a pessoa do devedor, impondo-lhe um comportamento ativo (dar, fazer e pagar dinheiro) ou negativo (não fazer).

Segunda a lição de Hamid Charaf Bdnie (2009, p.183), a obrigação “é a relação jurídica por intermédio da qual o sujeito passivo (devedor) se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa (prestação) em benefício do sujeito ativo (credor). Seus elementos são as partes, a prestação e o vínculo jurídico”. Complementa asseverando que “a obrigação deve ser vista como uma relação complexa, que compreende interesses recíprocos em evolução, de modo que se desenvolvam na direção da satisfação da prestação”. E finaliza ao distinguir que “no direito das obrigações, o vínculo se estabelece entre as pessoas, embora seu conteúdo seja patrimonial, diversamente do que ocorre com os direitos reais, em que a relação jurídica se estabelece, em primeiro lugar, entre o titular do direito e o bem e, posteriormente, atinge as pessoas obrigadas a respeitá-la”.

Acrescente-se, ainda, os ensinamentos de Nelson Rosendal (2005, p.204):

A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o status formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor.

Já os deveres genéricos decorrem da norma jurídica e recaem acerca de toda a coletividade, independentemente de anuência. É um dever imposto a todos e relativamente inescusável.

Tem-se, por exemplo, os deveres anexos que são instrumentos de segurança destinados a proteger a relação jurídica obrigacional, viabilizando o adimplemento. Por meio, dentre outros, dos deveres anexos é possível a ampliação do conteúdo material da relação jurídica obrigacional, propiciando mais segurança e facilidade para a consecução do adimplemento tanto ao credor como ao devedor, sendo mais útil àquele e menos oneroso a este.

No artigo 229 da Carta Magna, impõe-se aos pais os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores. Trata-se de outro exemplo de dever genérico, o qual, ainda, foi desenvolvido no artigo 1.634 do Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Sobre o tema, é destaque o trecho do voto proferido pelo relator, o Ministro João Otávio de Noronha do Superior Tribunal Justiça, no Resp 77.5180/MT, que, por unanimidade, deixou nítida uma distinção de obrigação e de dever genérico. O caso objeto do julgamento versou acerca de pedido de pensão alimentícia movida contra espólio após a abertura da sucessão.

“A jurisprudência desta Corte conclui pelo dever do espólio de prestar alimentos a quem o de cujos devia, ainda que vencidos após abertura da sucessão. Ocorre, contudo, que os casos analisados tratavam do cumprimento de condenação já existente antes da morte do alimentante.

O caso em análise não é semelhante. Aqui, não houve condenação prévia à prestação alimentícia. O que se discute é a possibilidade de ingressar com ação de alimentos contra o espólio, o que entendo incabível.

Não se pode confundir a regra do art. 1700, segundo o qual a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, com a transmissão do dever jurídico de alimentar, utilizada como argumento para a propositura da presente ação. Trata-se, na verdade, de coisa distintas. O dever jurídico é abstrato e indeterminado e a ele se contrapõe o direito subjetivo, enquanto que a obrigação é concreta e determinada e a ela se contrapõe uma prestação.

Havendo condenação prévia do autor da herança, há obrigação de prestar alimentos e esta se transmite aos herdeiros. Inexistente a condenação, não há por que falar em transmissão do dever jurídico de alimentar, em razão do seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível”.

Desta feita, expostos os dois primeiros pressupostos de um direito subjetivo (o objeto e a relação jurídica), passa-se a abordar, finalmente, a identificação do sujeito, o último requisito para a existência de um direito subjetivo, dando-se, no estudo, um enfoque na personalidade jurídica.

1.2.2 Sujeitos de direito e a personalidade jurídica

Os sujeitos de direito são seres, entes ou patrimônios personificados pela ordem jurídica que lhes atribui direitos subjetivos e deveres jurídicos. Em que pese haver posicionamentos minoritários em contrário, tal qual o de Laerte Fernando Levai (2001, p.70), de que os animais também são sujeitos de direito por, entre outros argumentos, serem capazes de sentir e de sofrer tal qual o homem, prevalece a corrente de que apenas os seres humanos o são.

Nesse sentido, Cristiano Sobral (2014, p.73) aduz que a “pessoa natural ou física é o ser humano, sem ser exigida qualquer qualidade; assim, é certo afirmar que os animais irracionais não são sujeitos de direitos. São sujeitos de direitos as pessoas físicas ou naturais e as jurídicas ou morais, porquanto detentoras de personalidade civil”. A consequência disso é que “como tais, poderão se investir na titularidade de todos os direitos e deveres que, por concessão legal, estiverem ao seu alcance”.

Por sua vez, ente é gênero tendo como espécies a pessoas jurídica e os entes despersonalizados. Aquela é uma coletividade, criada pelo homem, que pode ser formada pela reunião de pessoas naturais, de pessoas naturais e jurídicas ou apenas por pessoas jurídicas, bem como por patrimônios personificados (como a fundação e a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI). A essa coletividade a lei atribui não só direitos, mas também obrigações, passando a reconhecê-la como sujeito de direitos.

Sobre o assunto, César Fiuza (2009, p.145) define as pessoas jurídicas como sendo “entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas como pessoas, sujeitos de direitos e deveres. São conhecidas como pessoas morais, no Direito Francês, e como pessoas coletivas, no Direito Português”.

Leciona, por sua vez, Nestor Duarte (2009, p.52) que “a fim de realizarem a finalidade comum, vários indivíduos juntam seus esforços e bens, mas, para agirem em unidade, é preciso que o grupo adquira personalidade, atuando em nome próprio e não em nome de cada um de seus integrantes. Daí a regra segundo a qual a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus integrantes *universitas distat a singulis*”.

A título de complementação, existem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado. As primeiras podem ser não só de direito público externo (os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público, como as

Organizações das Nações Unidas – ONU, e o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL), mas também interno, na forma discriminada nos incisos do artigo 41 do Código Civil de 2002:

41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I - a União;
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;
IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Por consequência, as pessoas jurídicas de direito privado são as associações, as sociedades (empresariais ou simples), as fundações, os partidos políticos, as organizações religiosas e a empresa individual de responsabilidade limitada, conforme elenca o artigo 44 da invocada Lei. Não se pode olvidar que, de igual forma, a própria Carta Magna de 1988 também prevê a existência das organizações sindicais, das sociedades de economia e das empresas públicas.

No entanto, há ainda a classificação que versa a respeito de entes que, em razão da ausência do pressuposto da personalidade jurídica, não seriam sujeitos de direito e, por conseguinte, não teriam direitos subjetivos. Esses entes despersonalizados, segundo leciona Cristiano Sobral (2014, p.73), “não têm essa aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações (personalidade jurídica), mas, por uma razão política legislativa, o ordenamento jurídico atribui a eles a possibilidade do exercício de alguns direitos e os deveres de algumas obrigações”.

Quanto a esses entes tidos como despersonalizados, também denominados de semi pessoa, quase-pessoa ou personalidade judiciária, há uma divisão entre semi pessoa jurídica e semi pessoa natural.

No que tange às semi pessoas jurídicas, discorrendo acerca dos entes despersonalizados, Maria Helena Diniz (1999, p.167) faz a seguinte conceituação:

[...] entidades que não podem ser subsumidas ao regime legal das pessoas jurídicas do Código Civil, por lhes faltarem requisitos imprescindíveis à subjetivação, embora possam agir, sem maiores dificuldades, ativa ou passivamente. São entes que se formam independentemente da vontade dos seus membros ou em virtude de um ato jurídico que vincula as pessoas físicas em torno de bens que lhe suscitam interesses, sem lhes traduzir *affecio societatis*. Donde se infere que os grupos despersonalizados ou com personificação anômala constituem um conjunto de direitos e obrigações, de pessoas e de bens sem personalidade jurídica e com capacidade processual, mediante representação.

As sociedades em comum (artigo 986 do Código Civil de 2002), o espólio (artigo 1.784 da Codificação Civil de 2002), o condomínio edilício (artigos 1.331 e seguintes do Diploma Civil), a massa de insolvência civil (disciplinada nos artigos 748 e 750, ambos da Código Processual Civil), a massa falida e a massa da sociedade em liquidação extrajudicial (ambas reguladas pela Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) são alguns dos exemplos de semi pessoas jurídicas.

Por outro lado, quando se fala em semi pessoa natural faz-se alusão ao nascituro. Contudo, diante da complexidade e da importância do tema para o presente trabalho, esse assunto será abordado em momento oportuno próprio.

Percebe-se, diante do exposto, que, além dos pressupostos objeto e relação jurídica, para se ter direito subjetivo há a necessidade de o sujeito gozar de uma aptidão genérica denominada de personalidade jurídica, o que torna nítida a sua importância para o ordenamento jurídico. Todavia, como frisado, o ordenamento jurídico confere, por questões políticas, legislativas, a certos entes despersonalizados a oportunidade de exercício de especificados direitos e obrigações com o fito de possibilitar a concretização de relações jurídicas.

Logo, personalidade jurídica é a possibilidade de adquirir direito subjetivo patrimonial, sejam direitos obrigacionais, sejam direitos reais, bem como de contrair obrigações no sentido de prestação. Essa causalidade é conferida, como visto, aos seres humanos, aos agrupamentos de indivíduos e aos patrimônios, os quais a ordem jurídica reconhece a qualidade de sujeito de direito.

Essa acepção da personalidade traduz a noção de pessoa, ao ter personalidade, como requisito subjetivo para a formação das relações jurídicas. Atributo conferido para qualificar os sujeitos como titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas.

Uma outra acepção da personalidade é abordada por Pietro Perlingieri (1997, p.155-156) , na qual a personalidade, por ser um valor fundamental do ordenamento jurídico, é a base para para situações existenciais, do “ser”. Em razão disso, haveria a necessidade de constantes mudanças na tutela dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, é importante destacar a opinião de Janice Silveira Borges (2009, p.98), asseverando que intrínsecos aos Direitos da Personalidade estão as noções de pessoas, personalidade e Direitos Fundamentais. “Os Direitos da Personalidade consistem em uma categoria dos Direitos Fundamentais, que se caracterizam como um conjunto de direitos subjetivos que se distinguem pelo procedimento de sua formação e por tutelarem os valores essenciais da personalidade humana, como a dignidade, a integridade e a liberdade. Nessa perspectiva, todos os Direitos da Personalidade são Direitos Fundamentais, mas não o inverso”.

Sobre o assunto, refletindo acerca das duas acepções, analisa o doutrinador César Fiuza (2009, p.122):

De qualquer forma, num primeiro momento a personalidade é invenção do Direito. Por isso dizemos que personalidade é atributo ou valor jurídico. A personalidade, em tese, não é natural. Tanto não é natural, que se atribui personalidade a entes não humanos, as pessoas jurídicas, que podem ser meros patrimônios, como as fundações. Quanto à personalidade humana, a questão é um pouco mais complexa. Sem sombra de dúvida, antigamente havia seres humanos aos quais o Direito não atribuía personalidade. Eram os escravos, considerados coisas perante o ordenamento jurídico. Hoje em dia, porém, o Direito não reconhece a escravidão e, com base nisso, podemos afirmar que todo ser humano é pessoa pela simples condição humana. Sendo assim, se a personalidade humana se adquire pela simples condição humana, podemos dizer que é atributo natural, inato.

O artigo 1º do Código Civil de 2002 dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Desta feita, houve uma mudança na redação do antigo Código Civil de 1916 que estabelecia, em seu artigo 2º, que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”.

A primeira mudança na redação desse texto legal foi a substituição da palavra “homem” por “pessoa”. Isso se fez necessário para atender à nova ótica da personalidade jurídica do sujeito de direito como elemento de um direito subjetivo, já que foi visto que não apenas o homem é sujeito de direito, mas também os entes, conforme destaca Nestor Duarte (2009, p.15), ressaltando o sentido de socialidade que, segundo Miguel Reale, conferiu o Legislador ao texto legal:

[...] em lugar de referir-se ao homem como sujeito de direito, refere-se à pessoa. A razão disso se entende com a própria diretriz estabelecida pela nova lei que privilegia o exame das relações jurídicas e não o indivíduo em si mesmo, acentuando Miguel Reale “que a palavra homem tem sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra pessoa indica o ser humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade” (“A Constituição e o Código Civil”. In: *O Estado de São Paulo*, 18.11.2003).

Ademais, Flávio Tartuce (2014, p.77) acrescenta que a substituição da menção por “homem”, como constava no artigo 1º do Código Civil, foi uma adaptação à Constituição Federal, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso serviu, ainda, para ir ao encontro dos anseios do movimento feminista, “uma das mobilizações efetivas que inaugurou a pós-modernidade jurídica”.

Destaca-se a adoção dos “deveres”, ao invés de simples “obrigações” na parte final do mencionado artigo. Deveres, como visto, é gênero, tendo como espécies: deveres genéricos, que são impostos a todos em virtude de uma norma jurídica, e obrigações, que decorrem da vontade das partes ou de uma decisão judicial. Portanto, existem deveres que não são obrigações, em um sentido patrimonializado, como os deveres que decorrem da boa-fé, como realçado por Tartuce.

Quando se adquire a personalidade jurídica, a pessoa vem a ter a chamada capacidade civil de direito ou de gozo. Trata-se de um atributo inerente à condição de ser humano. Sendo assim, as pessoas jurídicas não o possuem.

Segundo Marcos Bernardes de Mello (2000, p.17), essa capacidade, que ele também denomina de capacidade jurídica representa a aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas para serem titulares de uma situação jurídica. Nesse sentido, como destaca Orlando Gomes (2001, p.172), a capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade”.

Por conseguinte, o artigo 1º do Código Civil Brasileiro de 2002 ao estabelecer que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, faz alusão à capacidade de direito ou de gozo. Esta, no entanto, não se confunde com a capacidade de exercício ou também conhecida como capacidade civil de fato.

Ao discorrer acerca do mencionado artigo, Nestor Duarte (2009, p.16) faz a seguinte distinção entre essas capacidades:

A capacidade, porém, aqui mencionada (artigo 2º do Código Civil de 2002) é a de direito ou de gozo, que difere da capacidade de fato ou de exercício. Aquela é atribuída a todo ser humano, mas esta só a possuem os que têm a faculdade de exercer por si os atos da vida civil.

Depreende-se, assim, que a capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito, segundo Orlando Gomes (2001, p.172). Leciona mencionado doutrinador que “não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade”.

É importante destacar que, quando a pessoa possui tanto a capacidade civil de gozo ou de direito e também a capacidade civil de fato ou de exercício, a doutrina denomina que ela, então, possui a chamada capacidade civil plena.

A capacidade de direito ou de gozo, portanto, é a efetiva aquisição do direito ou da obrigação conferida à pessoa; por outro lado, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para exercer pessoalmente o direito subjetivo patrimonial sem a necessidade de estar representado ou assistido, que são as formas de suprimento da incapacidade.

Sobre o assunto, é relevante frisar a observação feita por Arnaldo Wald (2002, p.137):

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental etc., a lei, com o intuito de protegê-las, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste.

A primeira forma ou a representação está prevista para aqueles que são tidos como absolutamente incapazes. Por outro lado, a assistência tem previsão de cabimento àqueles que são tidos pelo ordenamento jurídico brasileiro como relativamente incapazes. Ambas estão dispostas nos artigos 3º e 4º da Codificação Civil vigente, respectivamente, e foram estabelecidas em atendimento a critérios de política legislativa:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Ressalte-se que o negócio jurídico praticado por quem for absolutamente incapaz é considerado nulo de pleno direito, nos termos do inciso I do artigo 166 da mencionada Lei. Já o inciso I do artigo 171 do citado Diploma Legal prevê que é causa de invalidade relativa ou anulabilidade do negócio jurídico quando realizado com pessoa relativamente incapaz.

Uma consequência disso, por exemplo, é que os recém-nascidos e os amentais, pelo fato de possuírem capacidade de direito, podem herdar. Contudo, em razão de eles não terem capacidade de fato ou de exercício, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 172), haverá a necessidade de serem representados pelos pais e curadores, respectivamente, para ajuizamento de qualquer ação em defesa da herança recebida.

Questão relevante é que não se fala em incapacidade de direito, mas tão somente em incapacidade de exercício. A aptidão da capacidade de direito é inerente à condição de ser que tem ligação direta com a personalidade jurídica.

Outro ponto importante diz respeito à diferenciação entre capacidade e legitimação. Esta diz respeito a uma posição jurídica especial ocupada por pessoas em determinadas situações quando em relação a outros bens e pessoas.

Para exemplificar, tem-se o caso da necessidade de outorga conjugal para venda de imóvel, sob pena de anulabilidade, nos moldes dos artigos 1.647, I, e 1.649, ambos do Código Civil de 2002: o cônjuge, em que pese poder ter as capacidades de direito e de fato, ou seja, a capacidade plena, não teria a legitimidade para a prática do negócio jurídico sem o consentimento do outro; havendo a pactuação, esta está sujeita à anulação.

Sobre esse tema, leciona Silvio Venosa (2001, p. 139), não obstante se referir à Codificação Civil de 1916:

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o art. 1.132 do Código Civil estatui: “os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam”. Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, “legitimado” para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com

relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações.

Explanado acerca da conceituação da personalidade jurídica e feita a sua diferenciação da capacidade civil e da legitimação, é pertinente explorar o termo inicial da personalidade jurídica. Vale dizer, o início da personalidade jurídica de um sujeito de direito pode variar de acordo com a pessoa, seja jurídica, seja natural, bem como quanto à posição doutrinária adotada sobre a temática.

Desse modo, o início da personalidade jurídica da pessoa jurídica, de uma forma geral, quanto às pessoas jurídicas de direito privado, está regido pelo artigo 45 da Lei em estudo. Esse dispositivo legal estabelece a necessidade de registro. Esse ato tem natureza jurídica de ato constitutivo, haja vista que é com o registro que a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica. Ressalte-se que referido ato deve atender aos requisitos elencados nos artigos seguintes:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Art. 46. O registro declarará:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

Diante do exposto, depreende-se a importância da personalidade jurídica ao sujeito de direito, sendo um pressuposto para o exercício de direitos subjetivos, marco para a aquisição de direitos e deveres na ordem civil na forma expressa no Código Civil, desde que atendidas as condições legais impostas pelo ordenamento jurídico vigente. Discorrido sobre o termo inicial da personalidade jurídica de uma pessoa jurídica, qual seja, o registro, tem-se a oportunidade de desenvolver, por sua vez, o termo inicial da personalidade da jurídica da pessoa natural.

Contudo, pelo fato de que isso envolve a explanação acerca de conceitos como nascituro, bem como quanto à existência de diversas correntes que tentam explicar o termo

inicial da personalidade jurídica, é de suma importância o desenvolvimento da temática em tópico próprio.

Isso se deve para que seja possível discorrer sobre o assunto, atendendo à sua complexidade e destaque para este trabalho.

2 TERMO INICIAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL

Como fora explanado no capítulo retro, o Direito Civil atual passou por uma transformação constitucional que lhe deu uma nova ótica de atuação do direito: a preocupação com o ser humano. Superou-se a ideia de que a atenção do ordenamento jurídico seria voltada a atender aos interesses do contratante, do proprietário, do pai e do marido para voltar atenção, simplesmente, ao ser humano.

Observou-se uma nova ordem jurídica sob a égide da dignidade da pessoa humana, incorporada como princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito, nos termos da Carta Magna de 1988. Desenvolveu-se o conceito de sujeito de direito, argumentando acerca da personalidade jurídica como uma aptidão genérica para ser titular de direitos subjetivos ou contrair obrigações na forma discriminada pelo Código Civil de 2002.

Evidenciou-se que, após o registro dos atos constitutivos, se dava início à personalidade jurídica da pessoa jurídica de direito privado, em geral. No entanto, restou a este capítulo a tarefa de discorrer acerca do termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural.

Para isso, é necessário tornar nítida a noção de ente por nascer, como, o ente humano já concebido, mas não nascido. Por conseguinte, deve-se ater, primeiramente, às diferenciações entre nascituro e embrião pré-implantado, em que pese haver posicionamentos doutrinários em contrário.

Portanto, para esclarecer acerca do início da personalidade jurídica da pessoa natural, é necessário evidenciar as diferenças entre nascituro e embrião pré-implantatório, não obstante existirem posicionamentos adotados por significativa parte da doutrina que não faz essa diferenciação.

Por conseguinte, a expressão “nascituro” deriva do latim “nasciturus”. Trata-se do participípio futuro do verbo latim “nasci”, que significa, de acordo com De Plácido e Silva (1973, p.1.051), aquele que está para nascer. Isso é desenvolvido ao afirmar que é o “ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dêle, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”.

Nesse sentido, destaca Janice Silveira Borges (2009, p.100), nascituro é o “concebido que está por nascer. É o embrião implantado no útero de uma mulher, em procedimento de evolução, de desenvolver”.

Essa corrente não aceita o embrião pré-implantado como nascituro, pois este ainda não se encontra no ventre materno. A respeito do assunto, dispõe o artigo 2º do Código Civil de 2002 acerca do termo inicial da personalidade civil da pessoa como sendo o seu nascimento com vida, fazendo a observação de que se está resguardado pela lei, desde a concepção, os direitos do nascituro.

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.

Diante do exposto, questiona-se se o embrião pré-implantado também estaria resguardado pela lei. Para Maria Helena Diniz (2005, p.192), são conceitos distintos, merecendo tratamento diferenciados, o que deve ser observado em futura alteração legislativa.

A respeito do assunto, discorre Pablo Stolze (2012, p. 130-131):

Aprofundando a questão, para admitir, inclusive, a proteção legal desde a mais simplificada forma de vida humana, inclusive a concebida “in vitro”, prevê o Projeto de Lei n. 6.960, de 2002 (atual n. 276/2007), que o referido artigo tenha a seguinte redação: “Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”. Nesse ponto, vale lembrar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 90, de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que pretende regulamentar a reprodução humana assistida e, em seu art. 9.º, § 1.º, prevê expressamente que “Não se aplicam aos embriões originados “in vitro”, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei”. Ora, uma rápida leitura dos dois textos legais leva-nos à conclusão de haver desarmonia entre ambos. De tal forma, impõe-se ao legislador corrigir a antinomia, antes que os mencionados projetos se convertam em lei, causando conflitos de normas no tempo a serem dirimidos pelo intérprete. A respeito do tema, somos favoráveis à ampla proteção do embrião concebido “in vitro”, uma vez que não reputamos justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de este ter-se desenvolvido intrauterinamente.

Em que pese se tratar de tema controverso, o certo é que esse problema pode ser resolvido de acordo com as correntes adotadas para explicar o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural a serem desenvolvidas adiante.

No entanto, é importante já deixar claro que, para aqueles que adotam a teoria natalista, o embrião pré-implantatário não se confunde com o nascituro; mas, de acordo com os adeptos da teoria concepcionista, sim: confundem-se.

Outro ponto que gera divergência tem a ver com a redação dada pelo mencionado artigo 2º. É que referido dispositivo legal expressamente elenca as expressões “nascimento com vida” e a palavra “concepção”, marcos para as correntes natalistas e concepcionistas, respectivamente, da personalidade jurídica da pessoa natural.

Em sua obra do ano de 2004, César Fiuza (2004, p.24) fez a seguinte observação a respeito dessa dicotomia:

O legislador parece um tanto pleonástico (...). Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa com o nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O Código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002.

No entanto, o citado doutrinador (2009, p.125) aparentemente restou convencido de que o atual Diploma Civilista adotou a teoria natalista ao afirmar que o “art.2º do Código Civil é claro ao adotar a doutrina natalista: ‘a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida’. Em que pese a má redação (personalidade da pessoa – seria melhor personalidade do ser humano), o texto é cristalino: é o nascimento com vida que dá início à personalidade”.

Abordados alguns aspectos importantes acerca da redação legal que trata da assunto e introduzida uma primeira posição acerca do termo inicial da personalidade jurídica, faz-se necessário, agora, discorrer sobre cada corrente. Com isso, espera-se evidenciar as diferenças jurídicas das variadas teorias com o fito de abordar de maneira clara as distintas consequências jurídicas de cada posicionamento.

2.1 Teoria Natalista

A fim de explicar o início da personalidade jurídica da pessoa natural, a teoria natalista defende que seu termo inicial ocorre com o nascimento com vida. Trata-se de uma leitura superficial acerca do que prevê o já mencionado artigo 2º da Código Civil de 2002.

Para adquirir personalidade jurídica, bastaria o nascimento com vida e o ser humano passaria a ter essa aptidão genérica já abordada neste trabalho. Para Caio Mario da Silva Pereira (2001, p. 184), o nascimento se dá “quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação, ou indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria”.

Vale dizer, basta nascer com vida e respirar, independentemente de forma humana ou viabilidade vital. O ato mecânico, automático, natural do ser humano de inspirar e expirar o ar é o que, segundo esta teoria, basta para a aquisição da personalidade jurídica, mesmo se logo em seguida vem a falecer.

Clinicamente, isso pode ser perceptível por intermédio, dentre outros, do exame de docimasia hidrostática de Galeno, melhor explanado por Sérgio Abdalla Semião (1998, , p. 158-159):

Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e não impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares coladas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo. Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se, por acaso, o pulmão do neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis, como a docimasia pulmonar histológica (verificação dos alvéolos pulmonares, pois, se houve respiração, apresentarão dilatação uniforme e, caso contrário, as paredes alveolares estarão coladas), docimasia óptica de Icard (exame microscópico de fragmento do pulmão, esmagado em uma lâmina, quando, ao observar pequenas bolhas de ar na película esmagada, deduz-se a respiração), docimasia química de Icard (passagem rápida de fragmento do pulmão em álcool absoluto, a seguir mergulhado em solução alcoólica de potássio cáustico a 30%, que dissolve o estroma pulmonar, liberando bolhas de ar, no pulmão que respirou), docimasia radiográfica de Bordas (exame radiográfico dos pulmões, que se mostrarão opacos – se não respiraram – ou transparente – se receberam oxigênio), docimasia epimicroscópica pneumoarquitetônica (exame da superfície externa dos pulmões) e as docimasias respiratórias indiretas (verificação de outros órgãos, como estômago, intestinos, fígado e ouvidos – trompas de Eustáquio – conjuntamente com os pulmões, para tentar constatar se houve ar circulando no corpo do nascituro).

Observe-se, ainda, que não é imperiosa a necessidade de cortar o cordão umbilical a fim de que seja adquirida a personalidade jurídica. Outrossim, ressalte-se a importância desse exame para fins de registro civil da pessoa natural.

Dispõe o artigo 53, da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973):

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. (Renumerado do art. 54, com nova redação, pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 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 remissões recíprocas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

Depreende-se, por conseguinte, que haverá a necessidade de dois assentos de registro civil quando o indivíduo nasce, respira (cl clinicamente comprovado) e, logo após, morre: um para registrar o nascimento e o outro para, o óbito. No entanto, caso venha a nascer desde já sem vida, apenas o assento de óbito será lavrado.

Ademais, para os adeptos da corrente natalista, o nascituro é ser por nascer já concebido no ventre materno, inclusive por técnica de reprodução humana assistida. É semi pessoa natural, haja vista que teria apenas mera expectativa de direito subjetivos que estarão aptos a serem exercidos após o nascimento com vida.

Isso ocorre devido à redação do artigo 2º do Código Civil de 2002 que dispõe diretamente que só tem personalidade jurídica a pessoa que nasce com vida, o que pressuporia a comprovação de que respirou. Critica-se essa corrente pelo fato de que não se explica a segunda parte do artigo em alusão.

Quando a Lei diz que os direitos do nascituro estão a salvo pelo ordenamento jurídico, desde a concepção, a doutrina natalista não explica como isso seria possível, já que o nascituro não é pessoa, não tem personalidade jurídica.

Quanto aos embriões pré-implantatórios, eles são considerados como mera fase de desenvolvimento do ovo fecundado. Também não são semi pessoas naturais, muito menos sujeitos de direito, sendo tão somente meros objetos do direito.

Com isso se ignora os avanços da medicina por ocasião da reprodução assistida no que tange aos embriões criogenizados. Nesse sentido, critica Flavio Tartuce (2014, p. 79):

A teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno.

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu.

São adeptos, entre outros, dessa corrente: Caio Mario da Silva Pereira (2004, p.216), Silvio Rodrigues (2003, p. 36), Silvio Salvo Venosa (2001, p. 161).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também está inclinado a adotar essa corrente, em que pese haver significantes e atuais julgados em favor da teoria concepcionista.

Nesse sentido, é de suma importância destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que questionou o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins científicos e terapêuticas, nos termos do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105 de 24 de março de 2005):

Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão, optou por julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, declarou constitucional o mencionado artigo 5º, aduzindo que as pesquisas com o uso de embriões humanos não violam o direito à vida nem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

[...]

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião “in vitro”, porém u’a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). 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 direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. 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. Onde não existir pessoa humana embrionária, 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 possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello).

[...]

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008

Nesse julgamento, não obstante haver votos em sentido contrário, por maioria, ficou demonstrado que a Corte Máxima deste País adota a teoria natalista.

2.2 Teoria da Personalidade Condicional

Para os defensores da Teoria da Personalidade Condicional, o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural advém, assim como defende a teoria natalista, com o nascimento com vida. A diferenciação se dá sob o prisma da concepção.

Como explanado, os natalistas consideram que o nascituro só teria mera expectativa de direitos. Por sua vez, a teoria da personalidade condicional diz que, desde a concepção, quando da fecundação do óvulo pelo espermatozóide os direitos do nascituro estão sob condição suspensiva, sendo, portanto, uma pessoa condicional.

Vale dizer, o nascimento com vida da pessoa natural seria a condição que, quando concretizada, faria com que os efeitos da personalidade jurídica da pessoa natural retroagissem à data de sua concepção. A personalidade jurídica começa com a concepção,

mas só produz se a pessoa natural nascer com vida, sendo o nascimento uma condição suspensiva para aquisição da personalidade jurídica.

Desse modo, explica Silmara Juny Chinelato (2003, p.155):

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil.

O artigo 130 do Código Civil de 2002 dispõe que ao “titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Afirmam os adeptos da Teoria da Personalidade Condicional, segundo César Fiuza (2009, p. 125-126), que o nascituro não precisa ter personalidade jurídica:

Na verdade, para se defender o nascituro não seria necessário se lhe atribuir personalidade. Poder-se-ia argumentar 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. Exemplo seriam os direitos hereditários. No momento em que uma pessoa morre, deixando um nascituro como herdeiro eventual, não se pode falar em direitos hereditários. O que existe é uma situação em que certa herança poderá vir a ser atribuída a um nascituro, que, caso venha a nascer com vida, adquirirá os direitos hereditários.

Como defensor dessa corrente, discorre acerca do assunto Washington de Barros Monteiro (2001, p. 36) afirmando que se discute se “o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, *homo in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A essa situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade”.

Além dele, são defensores desse posicionamento Miguel Maria de Serpa Lopes (1962, p. 263) e Clóvis Beviláqua. Este, inclusive, deu a entender que o Código Civil de 1916 adotou a teoria da Personalidade Condicional, não obstante haver doutrinadores que discordam dessa

conclusão. Ademais, de acordo com Flavio Tartuce (on-line), Arnaldo Rizzardo também é um adepto dessa corrente.

No entanto, Flavio Tartuce (2007, on-line) faz as seguintes ponderações acerca da teoria da personalidade condicional, afirmando que:

O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Vale ressaltar, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento também acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

Dizer que o nascituro é uma pessoa condicional vai de encontro aos direitos da personalidade, que são inerentes, inatos à condição da pessoa. Os direitos da personalidade são, em síntese, direitos subjetivos essenciais, imprescindíveis para o resguardo e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não haveria como se falar em direitos condicionais sujeitos a uma condição suspensiva como prega essa teoria, quando pela própria essência, natureza os direitos da personalidade são incondicionais.

2.3. Teoria Conceptionista

Para os defensores da teoria conceptionista, a personalidade jurídica da pessoa natural inicia-se com a concepção, ou seja, antes mesmo do nascimento com vida, como defende os teóricos natalistas. Para os conceptionistas, é com a concepção que o indivíduo passa a ter essa aptidão genérica denominada de personalidade jurídica.

O momento da concepção seria configurado a partir da fecundação do óvulo com o espermatozóide, independentemente do local onde ocorrer. Em outras palavras, para a teoria conceptionista, não importa se a fecundação ocorreu no ventre materno, denominada fertilização “in vivo”, nem mediante técnica de fertilização fora do corpo humano, chamada de fertilização “in vitro”, pois o importante é o fato concepção, capaz de ensejar o início da personalidade jurídica.

Acerca do tema, discorre o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 111-112), lecionando que:

A moderna doutrina civilista, sob a influência do direito francês, espousa a tese de que o nascituro já tem personalidade jurídica desde a concepção. No direito contemporâneo, defende a teoria concepcionista, dentre outros, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Professora da Universidade de São Paulo, nestes termos: “Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um status ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou status sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados (...). Com propriedade afirma Francisco Amaral: ‘Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa’ (...). A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a”.

O nascituro, sob a ótica da teoria concepcionista, tem natureza jurídica de pessoa natural, pois, como ressaltado, é com a concepção que ele adquire a personalidade jurídica. Por conseguinte, nascituro é a pessoa concebida, mas ainda não nascida, independentemente do local da concepção, seja por intermédio de fertilização “in vitro”, seja, ainda, por “in vivo”.

Quanto ao embrião pré-implantatário, ele é considerado como pessoa natural, assim como o nascituro. Logo, de igual modo, tem, desde já, os direitos da personalidade jurídica da pessoa natural.

Posição interessante é a firmada por Maria Helena Diniz (2002, p. 180) que defende que, não obstante ser inclinada a adotar a corrente concepcionista, o nascituro tem, a partir da concepção, a chamada personalidade jurídica formal. Esta está relacionada aos direitos da personalidade, como a vida ou o direito a uma gestação saudável. Por outro lado, ao nascer com vida, aquele deixa de ser nascituro e passa a adquirir também a personalidade jurídica material, que tem ligação com os direitos patrimoniais.

Um dos defensores dessa teoria é Flávio Tartuce (2014, p. 78) que elenca outros doutrinadores que também se filiam:

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme

Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Em sua obra sobre a Parte Geral do Código Civil de 2002, lançada no ano de 2012, o Mestre Álvaro Villaça Azevedo também expõe que o correto é sustentar que a personalidade é adquirida desde a concepção.

A corrente concepcionista vem, no entanto, a ser criticada, como observa Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 111) ao afirmar que “o legislador, ao consignar, no art. 2º do Código Civil, que ‘a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’, em verdade pretendeu referir-se à expectativa, e não a direito”.

O referido doutrinador aduz que o legislador, ao fazer isso, pretendeu deixar evidente que “a proteção de direito do nascituro é, na verdade, proteção de expectativa, que se tornará direito se ele nascer vivo; que a proteção que se pretende atribuir ao nascituro, na teoria concepcionista, possui fundamento constitucional, sendo desarrazoado falar em direitos civis, que o legislador pretendeu condicionar ao nascimento com vida”.

Independentemente da intenção do legislador, os defensores da corrente concepcionista dizem que a segunda parte do mencionado artigo 2º do Código Civil de 2002 deixa nítida a intenção de proteção ao nascituro.

Em sintonia com esse artigo, o Código Civil de 2002 destaca em seu artigo 11 que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Isso denota, verdadeiramente, a adoção, como já exposto, da utilização de conceitos abertos pelo Ditame Civil atual. Pode ser, assim sendo, considerado como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, ao não fazer um elenco taxativo de direitos da personalidade aos quais a pessoa, o que incluiria o nascituro, faz jus. Permite-se, por consectário, uma ampla interpretação e aplicação do direito a variar de cada caso concreto.

Essa é a conclusão que se extrai do Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil no que tange ao artigo 11 da mencionada Lei, dispondo que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral da tutela da pessoa humana, contida no 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

Sobre o assunto, Flavio Tartuce (2007, on-line) defende, ao adotar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que restou evidente a opção do Legislador pela teoria concepcionista:

Por óbvio, a proteção constante da atual codificação não esgota a matéria, não se podendo afastar a proteção de outros direitos, principalmente dos direitos fundamentais, constante da Constituição Federal de 1988 nos seus dispositivos iniciais (arts. 1º a 5º). Por isso é que é correto afirmar que, quanto aos direitos da personalidade, o Código Civil atual adota um sistema aberto, que não afasta a proteção de outros direitos assegurados constitucionalmente.

Essa proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos, como antes se afirmava. Eis aqui o argumento principal para dizer que o nosso sistema adotou a teoria concepcionista, pois não se pode negar ao nascituro esses direitos fundamentais e tidos como de personalidade. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade.

A Jornada de Direito Civil é promovida pelo Conselho da Justiça Federal e visa à produção de enunciados com ampla repercussão no meio jurídico para o embasamento de mudanças na aplicação do direito e na elaboração de leis.

Nesse diapasão, é relevante destacar, ainda, o Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil que dispõe que “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto (ser que nasceu morto) no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura” ao se referir ao artigo em referência.

Com isso, percebe-se uma maior fundamentação doutrinária quanto à adoção da corrente concepcionista em detrimento à natalista, para a qual o natimorto, assim como nascituro, não são pessoas naturais e, por conseguinte, não fazem jus a direitos da personalidade.

Aponta, ainda, Flávio Tartuce (2007, on-line) outros dois fundamentos para a prevalência da teoria concepcionista de acordo com o ordenamento jurídico vigente: a existência de direitos transgeracionais e a utilização em casos excepcionais de células tronco embrionárias para fins estabelecidos na Lei de Biossegurança.

Os direitos transgeracionais ou intergeracionais são responsáveis pela consagração do princípio da equidade intergeracional. São direitos destinados a garantir a qualidade de vida da atual geração, preservando-se as condições necessárias para que, de igual modo, possam ser garantidos às futuras gerações.

Tem-se, como exemplo, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que assegura o meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e às futuras gerações:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Isso significa que a preocupação do Legislador Constituinte é com a população atual e também com a futura, de modo a revelar um interesse na defesa daqueles ainda não nascidos ou, como o caso do nascituro, dos concebidos e, ainda, daqueles que hão de serem concebidos. Denota-se, portanto, uma tendência concepcionista intrínseca na Carta Magna de 1988.

Ademais, o mencionado autor defende a ideia de que a Lei 11.105 de 2005, a chamada Lei de Biossegurança, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como já visto, reforça a noção de proteção ao nascituro e ao embrião pré-implantatório. Isso tem tendência concepcionista, haja vista que somente em casos excepcionais é que se permite o uso de células tronco embrionárias.

Vale dizer, a Lei de Biossegurança só autoriza o uso de embriões para fins científicos em casos de extrema excepcionalidade, de modo a preservar a integridade física deles, como no uso de embriões inviáveis ou de embriões congelados por período igual ou superior a três anos, como prevê o artigo 5º.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Ressalte-se que, em qualquer caso, deve haver o consentimento dos genitores para viabilizar a utilização dos embriões. Essa segurança legislativa vai ao encontro da proteção ao

patrimônio genético do ser humano, um princípio da Bioética/Biodireito. Isso serve para justificar e fortalecer ainda mais a corrente concepcionista.

2.4 Demais teorias do termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural

Essas são as três principais teorias que explicam o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Contudo, Janice Silveira Borges (2009, p. 100) elenca, ainda, outras três teorias.

A quarta corrente seria a da Teoria Genético-desenvolvimentista, que faz referência ao quantitativo de semanas do embrião em formação. Segundo a mencionada autora, essa teoria defende que o embrião formado até a décima quarta semana não pode ser considerado como pessoa e, por conseguinte, detentor de personalidade jurídica.

Isso é devido à carência de formação cerebral, haja vista que o embrião em formação até esse número quantitativo de semanas não tem ainda o desenvolvimento dos neurônios. Os neurônios, por consequência, só seriam desenvolvidos após a décima quarta semana de gestação. Em razão do exposto, até essa data, ele seria “nada mais que um conglomerado de células”, como sustenta Juliana Rui Fernandes dos Reis (2006, on-line).

Por sua vez, a Teoria do Ente Não Personificado consiste na defesa da tese de que o ente humano em formação deve ser considerado como ente não personificado. A explicação disso é em razão de que o ordenamento jurídico confere aos entes sem personificação a faculdade, a opção de participarem de determinadas relações jurídicas.

No entanto, essa participação conferida pelo ordenamento não atribui ao ente humano por nascer personalidade jurídica, em virtude, justamente, da falta de requisitos legais exigidos para a atribuição da pessoa. Logo, também não se enquadrariam, por consectário, na categoria de pessoa jurídica.

A sexta e última corrente é a Teoria da Célula Especializada. Essa corrente advoga a ideia de que “o embrião seria uma pessoa em potencial”. Em outras palavras, o embrião, pelo fato de ter sido implantado, poderia vir a se desenvolver e, conseqüentemente, vir a ser uma pessoa.

Contudo, em não havendo essa implantação do embrião, ele não pode ser considerado uma pessoa em potencial, haja vista que não se lhe poderia atribuir essa prerrogativa de pessoa. Pelo contrário, até que o embrião seja implantado no útero materno ele seria considerado tão somente uma célula especializada.

Por tudo o que fora explanado, percebe-se que existem variadas teorias que almejam explicar o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural. No entanto, atualmente, há duas correntes preponderantes na jurisprudência: a natalista e a concepcionista.

Desse modo, para o fiel prosseguimento deste trabalho, hão de serem abordados as divergências jurisprudenciais sob a ótica dessas duas teorias, dando-se ênfase na concepcionista. O resultado almejado é o de tornar nítida essa distinção de teses na análise de casos concretos e suas consequências jurídicas.

3 DIREITOS DO NASCITURO E A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

O termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural é tema que envolve incessante divergência doutrinária e jurisprudencial. Das teorias apresentadas, ressaltou-se os adeptos de cada uma, seus fundamentos, bem como oportunizou-se a demonstração de críticas quanto às mais importantes.

Diante do exposto, percebe-se que o enfrentamento da temática ainda não é pacífico. Na jurisprudência essa divergência é refletida com julgados não uniforme que, por conseguinte, acadêmicos variando, seja pelo caso concreto em si, seja pelo posicionamento adotado pelo Tribunal julgador.

Este capítulo serve para demonstrar, sob uma ótica moderna, que o posicionamento da doutrina concepcionista está presente, atualmente, nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, restar evidenciado a posição majoritária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pela defesa da teoria natalista.

Destarte, é importante destacar os direitos pelos quais o ente por nascer, ou seja, o nascituro e o embrião pré-implantatório fazem jus, segundo o ordenamento jurídico vigente. Com isso, espera-se tornar cristalino que, em que pese haver resistência jurídica e jurisprudencial em contrário, a teoria concepcionista vem sendo aplicada nas decisões proferidas em sede de grau recursal.

3.1 Alimentos provisórios

Dispõe o artigo 1.694 do Código Civil de 2002 que são devidos alimentos aos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, atendendo às necessidades de sua educação: são os chamados alimentos de natureza civis ou cõngruos.

Ademais, o seu parágrafo 2º reza que também fazem jus aos alimentos quando são indispensáveis à subsistência do alimentado, com o fito de atender suas necessidades primárias da vida: alimentação, vestuário etc.

Aprofundando, conceitua Milton Paulo de Carvalho (2009, p. 1.842):

Alimentos são prestações fornecidas, em dinheiro ou em espécie, a uma pessoa para o atendimento das necessidades da vida. Compreendem o sustento, o vestuário, a habitação, a assistência médica e, em determinados casos, até mesmo a instrução daquele que deles necessita. Abrangem também agora, por força da Lei n. 11.804/2008, as necessidades da genitora no período da gestação, tutelando os direitos do nascituro. São os denominados alimentos gravídicos.

A doutrina costuma dividir os alimentos quanto à finalidade em definitivos, provisórios e provisionais. No que tange aos provisórios, são fixados em sede de cognição sumária, observando-se o procedimento especial previsto na Lei n.5.478, de 25 de julho de 1968.

Para fins deste trabalho, é oportuno colacionar o teor do que foi decidido no julgamento Agravo de Instrumento de n 2006.00.2.003463-8 pela Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. No caso analisado, o juiz de primeiro grau decidiu conceder alimentos provisórios em 20% dos vencimentos do alimentante/agravante, sendo 10% para a agravada e os outros 10% para o nascituro.

Em grau recursal, o Colegiado optou por reformar essa decisão ao fundamento de que, além do fato de que não ficou configurado a prova de união estável entre o agravante e a agravada, não é cabível alimentos provisórios a nascituro.

Os alimentos provisórios, contudo, fixados em cognição sumária, exigem a presença de fortes indícios da obrigação alimentar. Decorrendo de união estável, necessária a demonstração de indícios de sua existência.

[...]

Na hipótese, não há prova pré-constituída da necessidade da autora que, ao que consta, é pessoa jovem e com capacidade laborativa. Temerário deferir-se alimentos provisórios à requerente, sobretudo se há dúvidas sobre suas reais necessidades, bem como sobre a existência da união estável.

[...]

Quanto aos alimentos, deferidos ao nascituro, é tormentosa a questão sobre ser o nascituro detentor ou não de personalidade jurídica.

Indene de dúvidas que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Cód. Civil, art. 2o).

[...]

Esses direitos, ficam, contudo, condicionados ao nascimento com vida. Se ainda não nasceu, ou não nasce com vida, não adquire nem transmite direitos, consoante, por sinal, lição de Yussef Said Cahali: “Do esforço se dá conta que, pendente a condição nascimento com vida, o ser humano, ainda que concebido, não é titular da pretensão alimentícia, eis que permanece *mulieris portio vel viscerum*, sem individualidade própria de vida.” (in *Dos Alimentos*, 4a ed., pg. 540) .

A gratuidade da justiça foi deferida a partir de declaração de hipossuficiência feita pela autora, o que é suficiente para a concessão (L. 1.060/50, art. 4o).

Dou provimento, em parte, e reformo a decisão no tocante aos alimentos concedidos à agravada e ao nascituro.

Acordam os Senhores Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JAIR SOARES - Relator, SILVÂNIO BARBOSA e SANDRA DE SANTIS - Vogais, sob a Presidência do Desembargador JAIR SOARES, em CONHECER E PROVER PARCIALMENTE. UNÂNIME, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília-DF, 24 de maio de 2006.

Não obstante o reconhecimento do Juízo “a quo” dos direitos da personalidade jurídica do nascituro, que teria, inclusive, direito aos alimentos provisórios, o Juízo “ad quem” julgou carecedor de legitimidade o nascituro. Adotou-se, portanto, a tese da personalidade jurídica segunda a teoria natalista.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu um acórdão com entendimento diverso do exposto:

UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28.03.07).

O mencionado Colegiado entendeu que o nascituro faz jus aos alimentos provisórios. Vale dizer, ele tem personalidade jurídica e, por conseguinte, legitimidade para pleitear essa tutela, de modo a evidenciar o reconhecimento da teoria concepcionista no Tribunal Gaúcho.

3.2 Alimentos gravídicos

Os alimentos gravídicos estão regulamentados pela Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Tratam-se de direitos subjetivos devidos à gestante durante o período da gestação do nascituro. Por conseguinte, este vem a ser beneficiado, interessado indiretamente nos benefícios advindos com esses alimentos.

Nesse sentido, a referida Lei aponta a gestante, e não o nascituro como destinatária dos alimentos:

Art. 1o Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º 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.

Ademais, dispõe o parágrafo único do artigo 6º da citada Lei em destaque que “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”. Depreende-se, portanto, que é nítida a posição adotada pelo legislador que preferiu adotar, para esse caso, a teoria natalista.

Essa conversão em pensão alimentícia é justificada pelo fato de que, com o nascimento, a pessoa passaria a adquirir a personalidade jurídica e, por conseguinte, não necessitaria mais ter seu interesse jurídico defendido como se fosse de outrem: corrente natalista.

Sobre o assunto, critica Silmara Juny Chinellato (2010, p. 29) que questiona, inclusive, a redação do texto legal:

A recente Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei.

A respeito dessa temática, observe-se o acórdão de nº 407.126 referente ao processo de nº 20090810061229APC proferido pela 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sob a relatoria da Desembargadora Vera Andrighi. O caso analisado versa acerca da legitimidade ativa do antes nascituro e agora nascido sob pedido de alimentos gravídicos concedidos à ascendente materna durante a gestação. A inicial foi indeferida por faltar, entre outros, legitimidade ativa do agora nascido para pleitear os alimentos gravídicos devidos, mas não pagos.

Tendo em vista o disposto no art. 2º do CC/02, de que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida e, considerando o estabelecido no parágrafo único do art. 6º da Lei 11.804/08, a titularidade dos alimentos gravídicos, nesse momento, altera-se, passando para o menor. Por isso, a possibilidade de o Juiz estabelecer um valor para a gestante e, atendendo ao critério da proporcionalidade, fixar alimentos para o filho, a partir do seu nascimento.

Cabe ressaltar que a ação de alimentos gravídicos fixa a relação de filiação, com base em indícios de paternidade, não se exigindo certeza, o que confere ao suposto filho uma tutela jurisdicional provisória. Isso porque, após o nascimento, os alimentos mudam de natureza, convertendo-se em favor do filho, repise-se, podendo

o vínculo de paternidade ser desconstituído mediante ação de exoneração, em razão de exame de DNA negativo.

Atente-se, enfim, que a Lei 11.804/08 tem a finalidade de resguardar o pleno desenvolvimento do nascituro, por isso destinam-se os alimentos à genitora. Todavia, em última análise, a prestação foi devida inicialmente em razão do filho e, a sua interrupção por motivo do nascimento da criança estaria em evidente dissonância do propósito da referida Lei.

Portanto, tendo em vista que o direito aos alimentos não é mais titularizado pela mãe, mas pelo filho a quem é destinada a obrigação, inclusive antes do seu nascimento, eventual execução, decorrente do seu inadimplemento, deverá ser movida pelo titular, ou seja, pelo agora nascido.

[...]

Isso posto, conheço da apelação e, com respeitosa venias ao entendimento esposado pela r. sentença, dou provimento para declarar a legitimidade ativa do menor, representado por sua mãe; reformar a r. sentença e determinar o regular prosseguimento do feito no Primeiro Grau.

[...]

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, VERA ANDRIGHI - Relatora, FLAVIO ROSTIROLA - Vogal, SÉRGIO ROCHA - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador NATANAEL CAETANO, em proferir a seguinte decisão: CONHECER E DAR PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DA I. RELATORA, UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

O voto da Relatora, que foi unanimemente seguido pelos demais membros desse Colegiado, demonstra o reconhecimento da posição natalista, bem como que os alimentos gravídicos são devidos à mãe, e não ao nascituro, mas em razão deste.

Contudo, deve-se registrar o acórdão de nº 388.423 da mesma Turma Cível que, não obstante os alimentos gravídicos serem devidos à mãe, reconheceu o nascituro como titular desse direito. Vale dizer, reconheceu-se presentes os pressupostos de admissibilidade de um recurso interposto contra decisão proferida na 1ª instância em desfazer do autor; no caso, o próprio nascituro que foi representado no ato por sua genitora.

Mencionado recurso foi negado, mas por fundamento de mérito: não restaram evidenciados os indícios de paternidade nem a comprovação de despesas hospitalares provenientes do parto, como pode se inferir nos trechos do voto vencedor:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo ativo, contra a decisão proferida pela ilustre Juíza da Terceira Vara de Família da Circunscrição Judiciária de Brasília nos autos da Ação de Alimentos Gravídicos nº 2009.01.1.070179-2, ajuizada contra A. L. R. C., que indeferiu o pedido de alimentos provisórios em favor do nascituro.

[...]

Para se estabelecer os alimentos gravídicos, o d. Julgador deve estar convencido da existência de indícios de paternidade.

À míngua de indícios da alegada paternidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

[...]

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, MARIA DE FÁTIMA RAFAEL DE AGUIAR RAMOS - Relatora, LÉCIO RESENDE - Vogal, NATANAEL CAETANO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador LÉCIO RESENDE, em proferir a seguinte decisão: CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.
Brasília (DF), 28 de outubro de 2009

Desse modo, apesar de o pedido do autor poder ser negado pela via da admissibilidade recursal, já que faltaria legitimidade para o nascituro pleitear direito que não é seu, a Corte Julgadora optou de forma indireta pelo reconhecimento do direito do nascituro aos alimentos gravídicos. Isso vai ao encontro da finalidade dessa Lei, de modo a reconhecer a presença da teoria concepcionista neste julgado.

3.3 Assistência pré-natal

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, prevê em seu artigo 7º que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde. Visam ao resguardo das condições dignas de existência dos menores, promovendo o desenvolvimento de políticas sociais públicas efetivas que possibilitem o nascimento e o desenvolvimento sadio da pessoa humana.

Por conseguinte, o nascituro tem direito à assistência pré-natal, nos moldes desse artigo, pois ele tem direito de nascer com vida e com saúde, de modo que cabe ao Estado promover todos os cuidados necessários para esse acontecimento, permitindo o seu desenvolvimento, crescimento saudável.

A respeito desse direito do nascituro, cabe o estudo da Apelação Cível referente ao processo de nº 1998.01.1.050100-0 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O caso submetido a julgamento versou sobre pedidos de alimentos em nome dos pais, mas em favor do à época nascituro, cumulados com indenização por danos morais e materiais por uma gravidez indesejada, diante do uso de pílulas anticoncepcionais de placebo.

DIREITO CIVIL. GRAVIDEZ INDESEJADA. ALEGAÇÃO DE USO DE PÍLULA ANTICONCEPCIONAL INEFICAZ. LABORATÓRIO FARMACÊUTICO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS. PEDIDO DE ALIMENTOS PARA O NASCITURO. PEDIDO IMPROCEDENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1 - A ação que pleiteia alimentos, proposta pelos pais de criança nascida de gravidez indesejada, não ultrapassa o exame das condições das ações, seja quanto à legitimidade ativa, seja porque inexistente qualquer ato ilícito imputado ao fabricante do anticoncepcional, pois a eventual participação indireta na geração e nascimento

do ser humano não poderá ser entendida como malefício para o rebento. A vida, dizem a religião, a moral e o direito, é o mais precioso bem do ser humano. 2 - Inexistindo prova sobre o uso do medicamento inerte, não é possível impor o dever de indenizar. Apelação desprovida.

(Acórdão n.149167, 19980110501000APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: LÉCIO RESENDE, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/11/2001, Publicado no DJU SECAO 3: 06/03/2002. Pág.: 91)

A Corte entendeu que o ato ilícito nesse caso não serve como causa de pedir de alimentos em favor do nascituro, em que pese esse suposto ato de ter sido proveniente da venda de produto que não atinge o fim prometido: evitar a gravidez. Pelo contrário, sob a ótica da criança não houve nenhum ato ilícito, pois, aparentemente, nenhum mal lhe ocasionou o uso do medicamento por sua genitora durante a gestação, já que nasceu saudável, como destacou o Relator, o Desembargador Angelo Passareli:

“Os alimentos impróprios pedidos, além da ilegitimidade da parte autora, também padecem de qualquer respaldo legal, aproximando-se da impossibilidade jurídica. As mazelas cuja responsabilidade é atribuída à Ré não guardam correlação com o rebento que veio ao mundo, pois ainda que se confirmasse a versão dos fatos trazida na petição inicial, a Ré nenhum mal teria cometido à criança; ao contrário, teria tornado possível que aquele ser humano tenha sido gerado e ganhado vida, o que não pode ser acimado de ato ilícito”.

Ademais, ressalte-se o fato de que, após o nascimento da criança, não houve sua inclusão no pólo ativo da demanda, como asseverou o Revisor, o Desembargador Lécio Resende:

“Ao que consta dos autos, no momento da propositura da ação os autores não informaram que estavam defendendo direitos do nascituro e, da mesma forma, posteriormente ao nascimento da criança, não requereram a sua inclusão no pólo ativo da relação processual.

Assim, diante do que preceituam os artigos 3º e 6º do Código de Processo Civil, afirmando que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, não se podendo pleitear em nome próprio o direito alheio, não se tratando de questionar se o nascituro pode ou não ser representado pelos pais em juízo, visto que tal não fora o pedido, não há como afastar a preliminar acolhida pelo Juízo singular.

Dessa forma, ao contrário das razões de recurso, há de ser mantida a r. sentença na parte em que acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa quanto ao pedido de alimentos”.

Diante disso, percebe-se que o nascituro tem direito à vida, como um direito da personalidade inerente à toda pessoa humana, o que inclui o parto sem complicações. Acrescente-se, ainda, o direito a uma assistência pré-natal, o que abrange a concessão de alimentos para uma gestação saudável para permitir seu desenvolvimento sadio. Isso evidencia a preponderância da teoria concepcionista nesse caso.

3.4 Danos morais pela morte de familiar

O dano, um dos requisitos presentes para configuração da responsabilidade civil, pode ser dividido, segundo grande parte da doutrina, em moral, material e estético. Quanto ao primeiro, a lesão atinge aspectos intrínsecos da pessoa natural ou jurídica.

A título de complementação, cabe ressaltar que, quanto à segunda, o dano moral é devido com fundamento no artigo 52 do Código Civil cumulado com a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a possibilidade de cometimento de danos contra os direitos da personalidade da pessoa jurídica.

No caso do nascituro, não obstante, segundo a teoria natalista, ter apenas expectativa de direitos, não sendo, ainda, sujeito com personalidade jurídica, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo seu direito à indenização por danos morais.

Nesse sentido, destaca-se o Recurso Especial nº 399.028-SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso destacado diz respeito a um pleito indenizatório por danos morais pelo falecimento de genitor, em virtude de conduta do réu. O excepcional nesse julgado é que o autor, à época do fato, estava no ventre materno, ou seja, era um nascituro, já que a ação só foi ajuizada quase 23 (vinte e três) anos após o acidente.

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, REsp n. 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232).

Os Ministros afastaram a prescrição invocada pela Defesa, aduzindo que ela não corre contra absolutamente incapaz. Ademais, reconheceram que é devida indenização por danos morais ao nascituro. Ressaltou-se, ainda, que a demora em promover a ação e o fato de o autor não ter conhecido o genitor influenciaram na fixação do “quantum” do dano, já que “a

dor a ser considerada no momento do pedido é bem diversa daquela existente nas proximidades da morte, pois o tempo seda a dor moral”.

Com isso, o órgão colegiado julgou que o autor, à época nascituro, tem direito a ser indenizado pelos danos morais sofridos com o falecimento de seu pai. Reconheceu-se, portanto, a influência, mais uma vez, da teoria concepcionista quanto ao início da personalidade jurídica da pessoa natural.

Outro interessante julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça é o Recurso Especial nº 931.556-RS cuja Relatora é a Ministra Nancy Andrighi. De igual modo, o caso tem a ver com pedido de indenização por danos morais promovido pelos filhos nascidos e pelo, à época, nascituro.

A Defesa tentou, entre outros pedidos, desconstituir o pleito indenizatório. Requereu, ainda, que, em sendo superada sua argumentação, fosse minorado o dano devido ao filho que não conheceu o pai, pois alegou que a dor daqueles que o conheceram seria maior do que a deste, pois não houve o desenvolvimento de laços afetivos com o ascendente falecido. Em seu voto, a Relatora discorreu o seguinte:

“Não se analisa – nem é objeto de prova no processo – o tamanho do sofrimento íntimo experimentado pelos indenizados; de há muito, ficou assentado que não só essa análise é impossível como de toda estéril para o deslinde da questão. O dano moral não é a dor; esta é a conseqüência irrecusável do dano naquele que o suporta – e com tal, é variável, imprecisa e inexpugnável aos olhares de terceiros.

[...]

O dano moral é, repise-se, conseqüência do fato danoso. A potencialidade lesiva deste confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o absoluto subjetivismo – donde imprestabilidade – da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida.

E, nesse ponto, é forçoso admitir que esta – a gravidade da ofensa – é a mesma, ao contrário do abalo psicológico sofrido – que não é quantificável – seja ele suportado por filho já nascido ou nascituro à época do evento morte.

[...]

No mais, se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seu irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida”.

A Ministra defendeu que o dano moral não pode ser mensurável e que não há como diferenciar a extensão do dano devido para os filhos nascidos e não nascidos à época do evento morte. Além disso, ponderou de modo pertinente e fundamentado que, caso isso fosse

possível, a dor sofrida pelo nascituro certamente seria maior do que a de seus irmãos pelo fato daquele ter sido privado de qualquer afeto ou lembrança de seu genitor, o qual nunca teve nem terá a oportunidade de conhecer.

Esse foi o entendimento seguido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no acórdão de nº 431.797, como se pode inferir nos trechos do voto condutor proferido pelo Relator, o Desembargador J.J. Costa Carvalho, de modo a confirmar o direito:

“Prefacialmente, devem ser afastados os fundamentos de que o nascituro não titula direito à indenização em razão dele possuir apenas expectativa de direito, de modo que não haveria a caracterização do dano material ou moral, pelo fato da autora já haver nascido em contexto marcado pela ausência do pai.

A lei civil, apesar de não considerar o nascituro como pessoa, assegura e reconhece os seus direitos desde a concepção, conforme disposto no art. 2º do CC. Nessa seara, na direção apontada por doutrina respeitada, adotou-se, no Brasil, a Teoria Concepcionista, influenciada pelo direito francês, segundo a qual o nascituro tem personalidade jurídica e é sujeito de direitos, inclusive patrimoniais, desde a concepção, sendo que o nascimento com vida apenas confirma a personalidade já existente.

Com isso, é mister ressaltar que a legislação brasileira dispõe que o nascituro tem a proteção legal do seu direito desde o momento da concepção, sendo que inclusive o STJ já reforçou o brado da corrente concepcionista, quando admitiu indenização por dano moral sofrido por nascituro.

[...]

Nessa linha, partindo da definição de que o dano moral é a lesão a direito da personalidade, a admissão da caracterização de dano moral em relação ao nascituro à luz da teoria concepcionista ilustra de modo irrefragável que ele é sujeito de direito, detentor, portanto, de personalidade.

Partindo dessa premissa, verifica-se que a ofensa moral é indubitosa, visto que a ausência do genitor na vida de um filho implica notórias dificuldades, as quais dão azo à tutela compensatória em comento.

Tão logo, não merece acolhida a pretensão recursal de que não houve prova de violação a direitos da personalidade, pois, consoante a jurisprudência mencionada do e. STJ e o entendimento desta Corte de Justiça, “o dano moral resta configurado com a perda irreparável da mãe, vítima de acidente de trânsito, mormente quando se deixa filho menor de idade” (20050110265827APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 07/05/2008, DJ 28/05/2008 p. 231).

Com isso, não merece lograr êxito o inconformismo da parte ré, pois o fato de o pai ter falecido (em razão de ato ilícito imputado à parte ré) antes do nascimento da autora, o que inviabilizou o contato entre eles, retrata dano ao nascituro, compondo base, por conseguinte, para a compensação por dano moral e reparação por dano material”.

[...]

(Acórdão n.431797, 20050111060853APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/06/2010, Publicado no DJE: 12/07/2010. Pág.: 143)

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que vem se consolidando o direito à indenização por danos morais ao nascituro em uma clara alusão à adoção da teoria concepcionista da personalidade jurídica, seja pelo Superior Tribunal de Justiça, seja pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

3.5 Indenização pelo Seguro DPVAT

O presente trabalho tem o escopo de evidenciar a aplicação da teoria concepcionista na jurisprudência. Dessa feita, cabe também a demonstração de que a temática não é pacífica, de modo a evidenciar posições antagônicas dentro de um mesmo Tribunal, como o Superior Tribunal de Justiça.

O caso a ser abordado no Recurso Especial nº 1.120.676-SC diz respeito ao pedido de indenização do seguro DPVAT decorrente da perda do feto, em virtude de acidente automobilístico. O Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, o DPVAT, é regido pela Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

Após discorrer sobre as diferentes teorias explicativas do termo inicial da personalidade jurídica da pessoa natural, o Ministro Relator Massami Uyeda aduziu que o ordenamento jurídico atual adotou a teoria natalista. Essa conclusão foi obtida após discorrer sobre o tema e invocar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 3510, já referida.

A proteção à vida humana, desde o seu nascedouro (concepção) até o surgimento da pessoa natural (nascimento com vida), é reflexa, decorrente da proteção que o ordenamento jurídico confere à pessoa natural, esta, sim, centro de imputação de todos os direitos e deveres na ordem jurídica por excelência.

[...]

Ordenamento jurídico, ressalte-se, que tem por norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Asim, o período em que o feto permanece no ventre materno, como etapa primordial da vida humana, deve ser integralmente resguardado pelo direito naquilo que disser respeito ao nascimento com vida daquele ser, favorecendo e propiciando a eclosão da pessoa natural. Numa conclusão prévia, já se pode mensurar que a esta finalidade, a indenização pelo seguro DPVAT, não se destina.

Contudo, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto-vista, discordou do Relator. Aquele, por conseguinte, afirmou que os pais têm sim direito à indenização securitária abrangida pelo DPVAT, em virtude do falecimento do seu filho, mesmo que, à época do fato, ainda não fosse nascido.

“Tenho que a interpretação mais razoável desse enunciado normativo, consentânea com a nossa ordem jurídico-constitucional, centrada na proteção dos direitos fundamentais, é no sentido de que o conceito de ‘dano-morte’, como modalidade de ‘danos pessoais’, não se restringe ao âmbito da pessoa natural, dotada de personalidade jurídica, mas alcança, igualmente, a pessoa já formada, plenamente apta à vida extra-uterina, embora ainda não nascida, que, por uma fatalidade, acabara vendo a sua existência abreviada em acidente automobilístico.

[...]

Note-se que a filha dos postulantes encontrava-se na 35ª semana de vida, no mês de gestação, ou seja, era plenamente hábil à vida pós-uterina, autônoma no seu desenvolvimento, apenas não independente, porque necessitava, ainda, por mais alguns dias, da "alimentação" que lhe provia sua mãe (alimentação aqui compreendia com o sustento para a sua sobrevivência no ambiente intra-uterino).

[...]

Aguardava, pois, tão-só o parto para que desse seguimento ao desenvolvimento que se iniciara desde a concepção.

O Código Civil Brasileiro, no art. 2º, concebe como necessário à aquisição da personalidade civil, o nascimento com vida (teoria natalista), resguardando, todavia, desde a concepção, os direitos do nascituro (teoria concepcionista).

Se é certo que a lei brasileira previu como aptos a adquirirem direitos e contraírem obrigações, os nascidos com vida, dotando-os de personalidade jurídica, não exclui do seu alcance aqueles que, ainda não nascidos, remanesçam no ventre materno, reconhecendo-lhes aptidão de ser sujeitos de 'direitos'".

[...]

No presente caso, sonegar-se o direito à cobertura pelo seguro obrigatório de danos pessoais consubstanciados no fato "morte do nascituro" entoaria, ao fim e ao cabo - especialmente aos pais já combatidos com a incomensurável perda - a sua não existência, malogrando-se o respeito e a dignidade que o ordenamento deve reconhecer e reconhece inclusive àquele que ainda não nascera (art. 7º da LF n.8069/0).

O resultado do julgamento foi em favor dos pais. Desse modo, a maioria da Corte discordou dos argumentos elencados pelo Ministro Relator. Optou, por conseguinte, em seguir uma posição mais teológica do sistema jurídico-legislativo sob um prisma constitucional ao ir ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, como se pode depreender da ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/7.

1 -Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 -Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 -Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

4 -Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/7 (arts. 3º e 4º).

5 -Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos os autos em que são partes acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por maioria, dar provimento ao recurso especial. Vencido Sr. Ministro-Relator Massami Uyeda. Votaram com o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino os Srs. Ministro Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Nancy Andrichi. Lavrará o acórdão Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

Vislumbra-se, portanto, que, não obstante a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vêm consolidando a posição concepcionista. Desse modo, partindo da divergência, há de se demonstrar, agora, outros direitos aos quais o nascituro faz jus, nos moldes do ordenamento jurídico atual.

3.6 Outros direitos assegurados ao nascituro

O Código Civil elenca outros direitos assegurado ao nascituro. Tratam-se de benefícios legais atribuídos desde a sua concepção, dispensando-se, evidentemente, o fato nascimento com vida.

Nos termos do artigo 542 do Código Civil de 2002, o nascituro pode ser beneficiado com doação cuja validade dependerá da aceitação de seu representante legal, conforme a redação do texto legal: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

Pode ser, ainda, legitimado para suceder como herdeiro testamentário ou legítimo, nos termos do artigo 1.798 cumulados com os artigos 1.597 e 1.784, todos do referido Diploma Legal.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Nesse ponto, é pertinente demonstrar o posicionamento de Flávio Tartuce (2014, p. 1.123) que reconhece que “ao nascituro devem ser reconhecidos direitos sucessórios desde a concepção, o que representa a atribuição de uma personalidade civil plena a tal sujeito de direito. De fato, pensar o contrário parece representar um resquício da teoria natalista, que nega personalidade ao nascituro”.

Ademais, o nascituro pode ser reconhecido voluntariamente como filho, nos termos de do parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civilista:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Por conseguinte, ao fazer esse reconhecimento, os pais têm o direito de representar o filho ainda não nascido nos atos da vida civil, nos moldes do artigo 1.634, V, e 1.689, II, ambos da citada Lei. Desse modo, inclui-se a administração dos bens do nascituro, adquiridos, por exemplo, por herança.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

[...]

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

[...]

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

O nascituro, outrossim, está sujeito ao instituto da curatela, com estribo no “caput” do artigo 1.779 dessa Lei, como se infere na redação “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

Por sua vez, de acordo com o Código Processual Civil, há a possibilidade de manejo de procedimento cautelar inominado para atribuir posse à gestante quanto aos bens em nome do nascituro. Visa-se, por exemplo, à administração de seus bens, quando em uma eventual abertura de sucessão.

Seção XII

Da Posse em Nome do Nascituro

Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

Por fim, é importante ressaltar a possibilidade de adoção do nascituro, com fulcro no artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de temática divergente, mas que se funda em um reflexo do direito ao reconhecimento dos filhos que pode preceder, inclusive, ao próprio nascimento, como reza o parágrafo único do artigo 1.609 já reproduzido.

Diante de tudo o que foi explanado, resta evidente que o ordenamento jurídico vigente vem conferindo personalidade jurídica ao nascituro e, ao adotar-se o posicionamento concepcionista, ao embrião pré-implantatório de igual forma. Isso reflete em uma evolução constitucional do direito civil, marcada pelo princípio da dignidade da pessoa humana inerente a um Estado Democrático de Direito, como o Brasil.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, ao longo deste trabalho, um amplo estudo sobre o termo inicial da personalidade jurídica da pessoa humana sob a ótica da teoria concepcionista. Saliou-se que, assim como a doutrina e a jurisprudência, os Tribunais também divergem acerca da temática.

Por isso a relevância da presente pesquisa monográfica, que abordou, detalhadamente, as várias teorias explicativas. Assim, colimou-se alcançar os objetivos delineados no início desta monografia, evidenciando-se as distinções e as consequências jurídicas adotadas pelas teorias explicativas do início da personalidade jurídica, em especial a natalista e a concepcionista.

Por consectário, percebeu-se que, devido às constantes mudanças políticas e sociais, bem como ao advento da promulgação da nova Carta Política em 1988, o Código Civil de 2002 passou a adotar uma posição constitucionalizada do direito privado. Deixou-se de prevalecer interesses de uma minoria nas relações jurídicas para resguardar o ser humano à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi possível vislumbrar, no decorrer deste estudo, que o início da personalidade jurídica da pessoa natural também ficou marcado por essa mudança de ótica, surgindo diversas teorias explicativas desse termo inicial.

Ademais, depreendeu-se a existência de diferentes posicionamentos adotados pelo Poder Judiciário no exercício da sua função jurisdicional. Abordou-se entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça até o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e outros Tribunais.

Por tudo o que fora explanado, espera-se ter respondido aos questionamentos levantados na introdução desta pesquisa. Consequentemente, conclui-se que o início da personalidade jurídica da pessoa natural, não obstante a diversidade de correntes explicativas, está melhor adequado à teoria concepcionista. Isso decorre da nova leitura do ordenamento jurídico vigente, o que vem sendo aceito pela doutrina e aplicado pela jurisprudência.

Desse modo, verifica-se que, diante da efetiva interpretação teleológica dessas normas jurídicas de direitos privado à luz da dignidade da pessoa humana, é plenamente certo o prevalecimento da teoria concepcionista. Assim sendo, essa linha é a mais adequada a atender aos anseios dos nascidos, dos que estão para nascer e daqueles que ainda nem foram concebidos.

REFERÊNCIAS

Livros:

BDNIE, Hamid Charaf. Do Direito das Obrigações. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed. Barueri: Manole, 2009.

BORGES, Janice Silveira. *Dignidade do ente por nascer*. In: FIUZA, César (Org.). *Direito Civil: Princípios Jurídicos no Direito Privado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Milton Paulo de. Do Direito de Família. PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed. Barueri: Manole, 2009.

CHINELATO, Silmara Juny. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para e alterar o caput do artigo 1.621 do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. 1.

_____. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil Parte Geral e LINDB*, 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DUARTE, Nestor. Das Pessoas. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed. Barueri: Manole, 2009.

FIÚZA, César. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*, 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, v. I.

LEVAI, Laerte Fernando. *Animais e bioética: uma reflexão filosófica*. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, a. 1, n. 2, jul. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed: São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed: São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1962, v. I.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed.– Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renova, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil (Parte Geral)*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Leis:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, Brasília, DF, Senado, 1973.

_____. Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, Brasília, DF, Senado, 1974

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, DF, Senado, 2002.

_____. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências, Brasília, DF, Senado, 2008.

Sites:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em 13 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 13 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 13 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 12 ago. 2014.

GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. A TEORIA DO GARANA TEORIA DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI E A CONSAGRAÇÃO DA GARANTIA DO DIREITO À VIDA COMO NORMA FUNDAMENTAL INDISCUTÍVEL. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/156>> Acesso em 20 ago. 2014.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_tridimensional_do_direito. Acesso em 10 ago. 2014.

<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 20 ago. 2014.

<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011/11/07/em-que-consiste-a-teoria-do-dialogo-das-fontes/> Acesso em 10 ago. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Questões Controvertidas no novo Código Civil*. A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: UMA PÁGINA A SER VIRADA NO DIREITO BRASILEIRO. Volume 6, coordenada por Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (São Paulo: Método, 2007). Disponível em:

<<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos>> . Acesso em 15 de ago. 2014.