

## **“O INÍCIO DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS DO NASCITURO EM FACE DA DOCTRINA JURÍDICA DA PROTEÇÃO INTEGRAL”**

**Paulo Ricardo de Souza Bezerra**

Promotor de Justiça – Ministério Público do Estado do Pará

No presente trabalho se pretende abordar os reflexos da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, conjunto de princípios que regem na atualidade os direitos da criança e do adolescente e que foram normatizados através da Lei nº8.069/90, face o conceito de personalidade civil e os direitos do nascituro. Para tanto, há que se buscar, preliminarmente, a compreensão dos institutos jurídicos em questão e suas correspondentes peculiaridades para em seguida enfrentar o objetivo central da proposta.

Em primeiro lugar, por Nascituro deve-se entender, segundo a doutrina civilista, o ser vivo que está por nascer. Expressa o conceito, portanto, a denominação do produto da concepção que ainda não foi retirado do ventre materno. A polêmica doutrinária não reside, todavia, em se ter a exata compreensão do conceito de Nascituro que é matéria pacífica, mas, sim, em se resolver na ciência jurídica a respeito de quando se dá o surgimento da personalidade civil. Trata-se de buscar a resposta à seguinte indagação: a personalidade jurídica do indivíduo se instaura com a concepção ou tão somente após o nascimento com vida do ser humano?

Tânia da Silva Pereira registra que "Discute-se sobre a natureza jurídica do nascituro através de várias correntes doutrinárias, as quais podem ser resumidas em três, segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida a saber: a) os natalistas, que consideram o início da personalidade a partir do nascimento com vida dentro da orientação do art. 4 do Código Civil; b) a doutrina da personalidade condicional denominada concepcionista, que considera que a personalidade começa com a concepção sob a condição do nascimento com vida. Segundo a autora, 'constitui a corrente adotada por Clóvis Bevilacqua, no art. 3º do seu projeto de Código Civil'. Para ela, 'o notável civilista pátrio, embora tenha se aproximado bastante da teoria concepcionista deixa à margem de suas indagações os direitos da personalidade entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida, direitos absolutos incondicionais, não dependentes, pois, do nascimento com vida'; c) a doutrina verdadeira concepcionista, que defende a tese de que o nascituro tem personalidade com a concepção e não com o nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascimento não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos (...). A personalidade não se confunde com capacidade - não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude de eficácia destes direitos fica, resolutivamente, condicionada ao nascimento sem vida". (Direito da Criança e do Adolescente: Uma Proposta Interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, página 140).

De fato, diante do quadro acima apresentado pela doutrinadora não há maiores dificuldades em se afirmar que a personalidade no Direito Civil pátrio foi definida a partir da Teoria Natalista, haja vista o preceito do art. 4º do diploma substantivo que determina "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

Não há como se abster, entretanto, de observar a existência de uma contradição no art. 4º do Código Civil posto que são conferidos direitos a quem não tem personalidade segundo a própria Lei. Ocorre que a doutrina define o conceito de personalidade exatamente como o atributo ou capacidade da pessoa ser sujeito de direitos e obrigações, e se no dispositivo invocado, assim como, em outros em que se encontra prevista a capacidade sucessória - exemplo dos artigos 1.717 e 1.718 - há o estabelecimento de uma relação jurídica em prol do feto como se desconsiderar, então, a personalidade jurídica do nascituro.

A crítica doutrinária à redação do instituto no Código Civil Brasileiro não é recente, inclusive, posto que em sua obra *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* o jurista Pontes de Miranda já ressaltava quanto a questão da personalidade do nascituro que "Na Consolidação, art. 1º, Teixeira de Freitas considerava pessoa o nascituro: "As pessoas, dizia, consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento". Assim, em vez de se ter por nascido, como favor da lei e como ficção, o que nasceu, fixava-se na concepção o início da personalidade e resguardavam-se até o nascimento os direitos hereditários. Tal o direito anterior ao Código Civil. No Projeto de Clóvis Beviláqua, art. 3º, insistia-se: "A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, com a condição de nascer com vida". Mas prevaleceu que a personalidade começa com o nascimento: a lei, por exceção, como que para o andamento das coisas, a fim de aguardar o nascimento". Em outra passagem da mesma doutrina, Capítulo intitulado "Defeitos: lacunas e incorreções" da Parte III - "Técnica, Estrutura e Características do Código Civil" já criticava o civilista o Código Civil ao aduzir que "No art. 4º, nega-se personalidade ao embrião; mas no art. 462, diz-se que se dará curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida, e não tendo o pátrio poder. Devemos entender que o mesmo sucederá se filho ilegítimo não estiver reconhecido pelo pai e não tiver o pátrio poder a mulher grávida, ou se ambos não tem o pátrio poder, ou quando colidirem os interesses do embrião com os de quem exerça o pátrio poder, por exemplo: se houver herança para o nascituro de ação em juízo contra o que exercerá o pátrio poder. Também terá de ser nomeado curador no caso do art. 391, I e VI". (Grifos Nossos - Forense, Rio de Janeiro, 2ª Ed., páginas 134 e 371).

Guaraci de Campos Viana afirma enfaticamente que: "A personalidade civil começa na concepção. A partir daí o nascituro existe como pessoa, é sujeito de direitos e tem o direito constitucional prioritário de nascer com vida e continuar vital sendo defeso o abortamento. Daí o termo inicial para a aquisição da personalidade não se sujeitar ao condicionamento do ser nascer com vida". (O nascituro como Sujeito de Direitos. Início da Personalidade Civil: Proteção Penal e Civil, em Programa de atualização em Direito da Criança - Texto 8).

A evolução das normas disciplinadoras dos direitos da infância e juventude, como ocorre em outros ramos do direito causam reflexos em diversos institutos que são próprios de disciplinas autônomas da ciência jurídica. Tal consequência se dá em virtude da interdependência ou complementaridade existentes entres os vários conceitos ou significados jurídicos que são presentes nas diversas áreas do mundo do direito.

No que concerne à infância e juventude é de clara percepção que na última década, acompanhando a evolução da normativa internacional, o Direito nacional instaurou nova disciplina jurídica para o tratamento das questões relacionadas àquelas categorias.

A partir da Constituição Federal de 1988 foram inaugurados no ordenamento jurídico pátrio aos princípios da Doutrina da Proteção Integral em prol das crianças e adolescentes. Importante consignar, nesse passo, pertinente lição da professora Tânia da Silva Pereira ao afirmar que "Se a história constitucional brasileira pode se vangloriar da presença permanente da Declaração dos Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição de 88, além de enumera-los, exaustivamente, no art. 5º, introduz na Doutrina Constitucional a declaração especial dos Direitos Fundamentais da Infância-Adolescência, proclamado a "Doutrina da Proteção Integral" e consagrando os direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos. O art. 227-CF é reconhecido na comunidade internacional como a síntese da Convenção da ONU de 1989, ao declarar os direitos especiais da criança e do adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado: direito à vida, à alimentação, ao esporte e lazer, à profissionalização e à proteção ao trabalho, à cultura e educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (Direito da Criança e do Adolescente, Uma Proposta Interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, página 24)

O salto qualitativo proposto pela Carta Magna foi estendido pelo ordenamento jurídico infraconstitucional através do Estatuto da Infância e Juventude que, regulamentando e detalhando as diretrizes da Lei Fundamental, estabeleceu novas regras de proteção e promoção dos direitos das pessoas em desenvolvimento.

Realmente, com a Lei 8.069/90 temos em vigor hoje que "a criança e o adolescente gozam de todos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, em prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (art. 3º). No dizer de Wilson Donizeti Liberati "A Lei 8.069/90 revolucionou o direito Infância-Juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral". (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Malheiros, 3ª. Ed., página 05).

No que diz respeito aos nascituros, o Estatuto da Criança e do Adolescente os tutelou, além dos princípios da proteção integral, em diversos dispositivos ao estabelecer: "...que têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência." (art. 7º); "É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento, pré e perinatal" (art. 8º); "A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema." (art. 8º §1º); "A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal." (art 8º §2º); e que "Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem." (art 8º §3º)

Apreende-se, destarte, que estando no ECA prestigiados de forma considerável os direitos do feto e considerando-se a presença das normas vigentes do Código Civil que tutelam a pessoa embrionária, há um evidente e progressivo estabelecimento da

personalidade jurídica do nascituro no direito pátrio, o qual se efetiva em atendimento às exigências sociais e tem perfeita razão de ser pois como nos afirma Tânia da Silva Pereira "...cabe concluir pela necessidade de reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início das personalidade, uma vez que toda a legislação posterior se encaminha no sentido deste reconhecimento a partir da concepção." (Direito da Criança e do Adolescente, página 147). Tal procedimento deve ocorrer, inclusive, face ao que nos afirma Roberto João Elias ao ressaltar que "A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade." (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990, São Paulo, Saraiva, 1994, página 02).