

A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, cumpre fazermos algumas ressalvas acerca da personalidade jurídica e o momento de sua aquisição.

Para a Teoria Geral do Direito Civil, a personalidade jurídica trata-se da capacidade/aptidão genérica que um indivíduo tem de ser titular e diretos contraindo obrigações nesse mesmo ímpeto, tratando-se de atributo indispensável para se tornar um sujeito de diretos.

A aquisição da personalidade jurídica segundo o artigo 2 do Código Civil 2002 surge no exato momento em que o aparelho cárdio-respiratório do recém nascido começa a funcionar e este nasce com vida, tornando-se assim sujeito de direito, ainda que faleça poucos instantes após seu nascimento.

A resolução nº1/88 do Conselho Nacional de Saúde disciplina acerca do nascimento com vida no seguinte sentido:

“expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”.

Sob a ótica constitucional, há de se respeitar a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente a personalidade jurídica do recém nascido independentemente da forma humana que este venha apresentar ou tempo mínimo de sobrevivência.

Dessa forma, ainda que a mãe de um recém-nascido tenha falecido logo após ter dado á luz ao mesmo e este, cujo o pai também já tenha falecido, minutos depois também venha a falecer, terá adquirido todos os direitos sucessórios de sua genitora, transferindo-os aos seus irmãos, caso os tenha, uma vez que se tornou, ainda que por breves instantes, sujeito de diretos.

Feitas as devidas considerações acima listadas, adentremos-nos ao tema propriamente dito.

O nascituro é aquele que, á despeito de não ter nascido ainda, já se encontra estabelecido no ventre materno, portanto, dotado de vida intra-uterina, diferenciando-se o embrião produzido e mantido nos laboratórios.

Á despeito do Código Civil não considerá-lo pessoa, já resguarda seus diretos protegendo-o desde sua concepção nos ditames do artigo 2º do CC de maneira que aos adeptos da teoria concepcionista, influenciada pelo Direito Francês, entende que o nascituro é uma pessoa devendo ser respeitada desde a sua concepção, ao passo que para os defensores da teoria d personalidade condicional, defendem que o nascituro possui diretos, todavia, sob condição suspensiva, ou seja, ao ser concebido torna-se titular de alguns diretos como o da vida, todavia, só ira adquirir personalidade jurídica plena quando nasce com vida.

Ressalta-se que ambas teorias são demasiadamente controversas em nossa doutrina, entretanto, vale lembrar que a legislação civil vigente protege os diretos do nascituro desde a sua concepção, sendo titular de diretos personalíssimos tais quais como á vida, á proteção pré-

natal, dentre outros, podendo receber doações e ser beneficiado por legado e herança, podendo ser-lhe nomeado curador para defesa de seus direitos.

Desta forma, como o nascituro possui personalidade jurídica sendo-lhe assegurado pela legislação civil, a proteção de seus direitos personalíssimos desde a sua concepção, de forma que o aborto, fora das condições legalmente previstas (gravidez decorrente de estupro, quando há risco de morte para a mãe ou se o feto é anencéfalo), é considerado crime sendo tipificado pelo código penal pelos artigos 124 e 126.

Nas duas primeiras exceções em que a lei permite a prática do aborto, quais sejam, nos casos decorrentes de aborto e para assegurar a vida da gestante, não se é exigido autorização judicial para a prática do aborto legal, nem tampouco a existência de processo movido em face do estuprador, nem tampouco sentença condenatória.

É de suma importância ressaltarmos que o chamado aborto legal fora no estado de São Paulo, incluído na lista de procedimentos realizados pelo SUS .

O nascituro, em decorrência da proteção conferida pelos direitos de personalidade, tem direito à realização do exame de DNA para efeito de aferição de paternidade, sob a aplicação da teoria da ponderação interesses, a fim de dirimir futuros conflitos de direitos constitucionais, posição essa também adotada pelo Colendo STF.

Da mesma forma, as nossas cortes nacionais vêm assegurando em favor do nascituro, o direito a alimentos provisórios considerando-se o bônus necessidade do nascituro e possibilidade/capacidade financeira do seu genitor, não havendo mais controvérsias em nossa legislação pátria quanto ao direito dos nascituros a alimentos, uma vez que a nossa Constituição Federal declara a vida inviolável no mesmo compasso que o Estatuto da Criança e do adolescente assegura à gestante, o atendimento pré-natal e perinatal.

Sendo assim, o pleito de exame de DNA pode ser cumulado ao de alimentos provisionais visando resguardar o direito do nascituro para que sua genitora possa enfrentar as despesas anteriores ao parto, situação também aceita nos casos de união estável, sendo, em 2008, aprovada a Lei dos Alimentos Gravídicos, reconhecendo ao nascituro, o direito aos alimentos, entendendo-se por alimentos gravídicos valores suficientes para cobrir 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.

O Colendo STJ já admitiu inclusive o direito à reparação por dano moral em favor do nascituro no julgamento do REsp 931556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008, assegurando-lhe o direito à reparação pelos danos morais causados ao nascituro em virtude da morte de seu genitor, de maneira e existir, segundo a nossa doutrina dominante, proteção jurídica do natimorto, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana devendo-se proteger o nome, a imagem e a memória daquele que nasceu morto.

Em suma, no Brasil, o aborto fora das condições legalmente estabelecidas e permitidas, o aborto é considerado um crime contra a vida humana, nos moldes do Código Penal Brasileiro, em vigor desde 1984, sendo previsto pena de detenção de um a três anos para a gestante que o provocar ou consentir que um outro o provoque, e pena de um a quatro anos para quem provocá-lo em gestantes com seu consentimento, e de três a dez anos para quem o provocar em gestantes sem o seu consentimento, uma vez que o CC resguarda os direitos do nascituro desde a sua concepção até o seu nascimento com vida.