

# TEORIA AUGUSTINIANA – NOVA TEORIA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

## AUTORES

### **Marcelo Augusto de FREITAS**

Discente do Curso de Direito da UNILAGO

### **Daniela Galvão de ARAUJO**

Advogada, Especialista e Mestre em Teoria do Direito do Estado  
Docente do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da UNILAGO  
Coordenadora do Curso de Direito da UNILAGO

## RESUMO

O Código Civil Brasileiro adota a Teoria Natalista, que dita que o nascituro adquire personalidade jurídica, após o nascimento com vida, o que dispõe o art. 2º. O presente estudo visa questionar a teoria Natalista, visto que esta preocupa-se apenas com o momento do nascer com vida e buscar identificar novos parâmetros ou estudos científicos, partindo do início da vida, mas não o momento da concepção e sim a formação das principais estruturas do cérebro, momento este identificado como sendo da emissão das ondas eletromagnéticas.

## PALAVRAS-CHAVE

## 1. INTRODUZINDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO, UMA NOVA TEORIA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO: A TEORIA AUGUSTINIANA

O presente estudo teria se baseado na seguinte afirmação: O início da personalidade jurídica se dará quando o nascituro tiver o cérebro parcialmente formado, proporcionando o início da geração de ondas cerebrais, partindo-se do mesmo princípio que se extingue a personalidade jurídica (morte : fim das ondas cerebrais).

Temos dentre as várias teorias do início da personalidade jurídica: Teoria Natalista; Teoria Conceptualista; Teoria da Personalidade Condicional e a decisão do STF.

Outro fundamento esta teoria, é o fato da extinção da personalidade jurídica com a morte. Esta morte é até o presente momento é considerada pela cessação das ondas cerebrais do indivíduo, como descreve o art. 6º do Código Civil.

Vão ao encontro desta nova teoria supracitada acima, as decisões judiciais que autorizam o aborto da concepção de nascituros anencéfalos (sem ondas cerebrais), considerando que o feto não tem características para aquisição de personalidade, não tendo assim o direito à vida, pois mesmo que nascessem (fosse realizado o parto), morreriam logo em seguida, não tendo em momento algum, produzido de ondas cerebrais.

## 2. INÍCIO DA PERSONALIDADE DO NASCITURO

A questão do início da personalidade tem relevância porque, com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos, ou seja, a personalidade jurídica é a aptidão que a “pessoa” tem para adquirir direitos e contrair obrigações.

O art. 2º do Código Civil, diz que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Basta que o ser humano respire fora do ventre materno para que seja considerado como uma pessoa apta a adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil.

Para se dizer que nasceu com vida, todavia é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha falecido em se-

guida. Lavram-se, neste caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito (LRP, art. 53, § 2º).

### 2.1 Teoria da Personalidade Natalista

O nosso Código Civil, adotou o início da personalidade jurídica, como sendo o nascimento com vida, mas se respeitam os direitos do nascituro, desde a concepção, ou seja, quando formado o novo ser. Todo ser humano é dotado de personalidade e a adquire ao nascer vivo, perdendo-a quando morre, ou seja, nascendo e posteriormente vindo a falecer em seguida, consideram-se adquiridos os direitos, para todos os efeitos próprios, protegendo-se assim os interesses do nascituro e do respectivo círculo familiar.

O Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, que é o ser já concebido, porém ainda não nascido.

### 2.2 Teoria da Personalidade Conceptualista

Esta doutrina admite a condição de pessoa (início da personalidade jurídica), já na concepção. A condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão somente para que se consolide a sua capacidade jurídica. Teorista esta que tem o menor numero de doutrinadores adeptos.

### 2.3 Teoria da Personalidade Condicional

Sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria Natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida.

## 3. PROTEÇÃO JURÍDICA DOS EMBRIÕES

Além da proteção concedida ao nascituro, já se fala hoje na proteção dos embriões, e o Projeto nº 6.960/2002 (em trâmite pelo Con-

gresso Nacional), que propõe nova redação ao art. 2º, protegendo também os direitos dos embriões.

Maria Elena Diniz é uma das doutrinadoras que defende que pesquisas com embriões, violam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida desde o momento em que material genético masculino e feminino se encontram, ainda que fora do ventre materno. Embora o embrião não possa ser considerado nascituro, antes de implantado e viabilizado no ventre da mãe, também é sujeito de direito.

#### 4. PROTEÇÃO DO NASCITURO

Nasciturus pro iam nato hebetur. É a eficácia que se antecipa, pois, antes da pessoa se formar completamente, atribuem-se efeitos ao que é um ser incompleto.

O art. 130 do Código Civil permite ao titular de direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, o exercício de atos destinados a conservá-lo, como por exemplo, requerer o nascituro, representado pela mãe, a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, estando grávida a mulher e não havendo outros descendentes, para se aguardar o nascimento, ou ainda, propor medidas acautelatórias, em caso de dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados em testamento.

No Código Civil, embora a personalidade comece do nascimento com vida, há um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade. Assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1779/CC); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1609/CC); pode receber doação (art. 542/CC) e ser contemplado em testamento (art. 1798/CC); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º).

O direito penal também o protege, penalizando o aborto.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura a todos, sem distinção, o direito à vida.

#### 5. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O NASCITURO

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista.

No julgamento do RE 99.038, em 1993, por sua 2ª Turma, sendo relator o Ministro Francisco Rezek, decidiu a referida Corte que a proteção de direito do nascituro é, na verdade, “proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo”, aduzindo que as hipóteses previstas no Código Civil “relativas ao nascituro são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido”.

Posteriormente, no julgamento da Reclamação nº:12.040-DF, por seu Tribunal Pleno, sendo relator o Ministro Néri da Silveira, reconheceu ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-se-lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade, com o direito de ver realizado o exame DNA, apesar da oposição da genitora.

Em maio de 2008, no julgamento da ADI 3.510, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, autorizada pela Lei de Biossegurança (art.5º da Lei n. 11.105/2005), prevaleceu, por apertado resultado (6x5), o entendimento do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a lei é constitucional. Em seu voto, expôs o ilustre julgador a sua posição no sentido de que “as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil”, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à dignidade da pessoa humana (art.1º, III), aos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b), ao livre exercício dos direitos individuais (art. 85, III) e aos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa.

Entendeu a Excelsa Corte que os direitos subjetivos constitucionais não serviriam de fundamento para a proteção do nascituro, uma vez que, assim como em relação à proteção civil, o início da tutela constitucional ocorreria com o nascimento com vida, quando se adquire a personalidade jurídica. A proteção de certos direitos do nascituro en-

contra, na legislação atual, é atendida prontamente, antes mesmo do nascimento, leva-nos a aceitar as colocações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.

## 6. EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE NATURAL

As descobertas científicas no campo da medicina permitiram nova conclusão, a de que a vida termina com a cessação das atividades cerebrais, o que permitiu que os cientistas chegassem a admitir, nesses casos, a licitude da remoção de órgãos para transplante, ou outras finalidades científicas

A morte real é apontada no art. 6º do Código Civil como responsável pelo término da existência da pessoa natural. A morte real ocorre com o diagnóstico de paralisação da atividade encefálica, segundo o art. 3º da Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre o transplante de órgãos, extingue a capacidade e dissolve tudo (*mors omnia solvit*), não sendo mais o morto sujeito de direitos e obrigações, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011).

A Lei nº 9.434/97 (que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento) se contenta com a morte encefálica para fins de transplante.

Em termos pouco técnicos, tal espécie de morte equivale à parada total e irreversível das funções cerebrais.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, traz uma série de procedimentos exigidos para a comprovação dessa morte, que se diferencia do “coma” pelo fato de ser irreversível. Exigem-se, por exemplo, para confirmação da morte encefálica, duas avaliações clínicas com intervalo de seis horas (AZEVEDO, 2007).

O Código Civil perde a oportunidade de proibir expressamente qualquer possibilidade de morte civil, como fez Teixeira de Freitas no art. 103 do atual Código Civil argentino. A morte civil significa ceifar a capacidade de direito de um ser humano vivo, o que não acontece em

nosso ordenamento em qualquer hipótese.

## CONCLUSÃO

A teoria Augustiniana, consegue aglutinar todos os pontos fortes das teorias Natalista, Conceptualista, da Personalidade Condicional, assim como não vai de encontro ao que prega as decisões dos colegiados superiores da nossa justiça.

Deve-se considerar que o direito acompanha o desenvolvimento da sociedade, para não se tornar obsoleto, com normas que caem no desuso, ou ineficácia, com o passar do tempo.

Nesse plano de evolução e desenvolvimento, temos amparo na medicina, que obteve vastos avanços em técnicas e técnicas nas últimas décadas, como por exemplo, sobre recursos que podem definir, em qual instante se tem o desenvolvimento parcial de formação do cérebro do nascituro, para se poder afirmar que este já possui a faculdade de produzir ondas eletromagnéticas, tornando-se assim um sujeito de direitos, contraindo direitos e deveres, adquirindo sua personalidade jurídica.

Essa teoria se baseia na padronização das normas jurídicas, para uma melhor adequação ao momento atual, pois a legislação se aprimorou na consideração de término da personalidade jurídica, pela morte cerebral do indivíduo, na qual, se baseia em verificar se o mesmo não possui mais produção de ondas eletromagnéticas, passando assim a um estado mórbido e vegetativo, sobrevivendo apenas pelo auxílio de aparelhos.

A teoria do início da personalidade jurídica, intitulada aqui como Teoria Augustiniana, vai ao encontro do que prega o Congresso Nacional em seu Projeto nº 6.960/2002, que propõe nova redação ao Art. 2º, protegendo também os direitos dos embriões.

Fato que dá prova que esta teoria é plenamente válida é a interpretação de vários juizes, que sentenciam autorizando que mulheres possuidoras de gestações com fetos anencéfalos, possam praticar o chamado aborto eugênico, pois se considera que após o nascimento, o feto não sobreviverá, pelo motivo do mesmo não possui cérebro para manter suas atividades mantenedoras da vida, medida esta aprovada pelo Ministério Público.

Corre em pauta no Plenário, com tramitação de já à quase sete anos, o processo que autoriza aborto em caso de anencefalia, pelo relator Ministro Marco Aurélio Mello. Na ADPF nº 54-DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), conseguiu-se a confirmação do pedido que a Corte autorizou, em todo o território nacional, a prática do aborto em casos de nascituros portadores de anencefalia. O ministro Marco Aurélio de Melo, na qualidade de relator, concedeu, em 01.07.04, liminar para admitir, até o julgamento de mérito em definitivo, do plenário do STF, o abortamento de fetos anencéfalos em todo o território brasileiro.

A Teoria Augustiniana, vai também ao encontro do que prega a legislação atual, que dá proteção a certos direitos do nascituro, encontrando proteção mesmo antes do nascimento, levando-nos a aceitar as importantes ponderações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 1999.

ALVES, J. C. M. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. Walter Moraes, Concepção Tomista de Pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade, Revista de Direito, v.2, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 3.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código dos Estados Unidos do Brasil. Revista e atualizada por Achiles Beviláqua e Isaias Beviláqua. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro. Revista Brasileira de Direito de Família, nº34. Porto Alegre: Síntese, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: parte geral. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral do direito civil. São Paulo, Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1, parte geral. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo. Código Civil, Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992.

SLTOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo curso de direito civil, parte geral. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2011.