OS DIREITOS DO NASCITURO: ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E A APLICAÇÃO DA LEI E SUAS INTERPRETAÇÕES EM TRIBUNAIS

Allan Gabriel Ferreira
E-mail: allangabriel200604@gmail.com
Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil.

Regina Fátima Wolochn
E-mail: wolochn@gmail.com
Doutora em Ciências Sociais e Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil.

Resumo: Os direitos do nascituro no mundo jurídico ainda enfrentam controvérsias em face da questão da fixação da aquisição da personalidade, havendo posicionamentos divergentes na doutrina. Nesta pesquisa serão abordados os posicionamentos da legislação, doutrina e decisões de tribunais sobre o tema. Os referenciais teóricos utilizados são as obras de Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz, entre outros. O método da pesquisa é dedutivo. Na conclusão aponta-se uma tendência que os tribunais têm abandonado a teoria natalista e adotado com mais frequência a teoria concepcionista, contudo, ambas não abarcam os direitos dos embriões excedentários.

Palavras-chave: Direitos do nascituro; Embriões excedentes; Doutrina; Personalidade Jurídica.

Introdução

O Código civil de 2002, no seu artigo 2º dispõe que a personalidade da pessoa natural começa a partir do seu nascimento com vida, assegurando direitos ao nascituro. Tal redação gera interpretações diversificadas sobre o início da personalidade jurídica do nascituro, aquele que ainda está por nascer (Diniz, 2022, p. 364).

Sobre a questão do início da personalidade jurídica da pessoa existem diversas teorias, cuja análise implica na concessão ou não de personalidade e direitos aos embriões excedentes, resultado de fertilização *in vitro*.

As teorias mais importantes são a teorias natalista, qual prega que o início da personalidade jurídica da pessoa começa a partir do nascimento com vida, assim como prega o texto do Código Civil, tendo por apoiadores Sílvio de Salvo Venosa, San Tiago Dantas, entre outros;

Teoria da personalidade condicional, essa afirma, assim como a natalista que a personalidade inicia-se no nascimento com vida e que o nascituro tem uma expectativa de direitos. Porém, seu ponto de diferenciação é que a natalista coloca os direitos numa questão expectativa, enquanto a condicional coloca os direitos de uma forma condicionada. Para Arnaldo Rizzardo (2016, p. 189-190), que defende este posicionamento, os direitos do nascituro estão a salvo pela lei como uma condição suspensiva, a mesma que permeia os negócios jurídicos condicionais.

E, por último, a teoria concepcionista, defende que o nascituro e até mesmo os embriões fertilizados *in vitro* têm direitos da personalidade desde que estão preservados no ventre materno, ou ainda, aqueles que não foram implantados. Entre seus defensores pode-se elencar Flávio Tartuce (2007, p. 164), Maria Helena Diniz (1999, p. 9), sendo essa jurista uma das autoras que abordam a diferença entre

personalidade jurídica formal, sendo essa ligada aos direitos da personalidade, e personalidade jurídica material, que está relacionada à questão patrimonial. Ao longo do texto se pretende abordar essas correntes doutrinárias baseadas na legislação e jurisprudência, de forma a analisar qual se apresenta mais consistente no direito brasileiro.

Objetivos

O objetivo do presente trabalho é estudar as teorias sobre o início da personalidade do ser humano, e seu reflexo na situação do nascituro e dos embriões excedentários; além disso pretende observar a legislação vigente bem como os projetos de lei que estão tramitando no Congresso Nacional que tratam sobre o assunto visando observar qual das teorias vem sendo mais adotada. Da mesma forma se pretende verificar nas decisões dos Tribunais, qual o modelo teórico utilizado para a proteção de direito dos nascituros e embriões excedentários.

Metodologia

O presente trabalho adota o método dedutivo a partir do estudo das correntes doutrinárias que tratam da aquisição de direitos da personalidade da pessoa humana, em especial os doutrinadores nacionais. A pesquisa além de bibliográfica, buscará o conteúdo da legislação e decisões dos tribunais nacionais sobre o tema.

1. Conceito de nascituro

Analisando a etimologia da palavra, nascituro tem origem do latim, que tem por significado aquele que há de nascer (Tartuce, 2007, p. 156). Ou seja, é o ser já concebido e que está dentro do ventre materno, em vida intrauterina. Não obstante, a jurista Maria Helena Diniz (2022, p. 364) conceitua nascituro como “aquele que, estando concebido, ainda não nasceu”.

Quanto à pessoa, o dispositivo legal descreve que o mesmo tem a expectativa de que sua personalidade jurídica seja iniciada a partir apenas do seu nascimento com vida. Entretanto, o nascituro tem seus direitos resguardados pela lei (Brasil, 2002).

A personalidade jurídica é conceituada como “a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos, para a pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa” (Tartuce, p. 107, 2024). É a capacidade do ser humano de ter direitos e obrigações dentro da ordem civil.

Uma questão que surge é se o texto legal estaria englobando os embriões, no tocante aos embriões excedentários, resultados da fertilização *in vitro*. Analisando o texto legal, este assegura a proteção somente aos embriões em vida intrauterina, mas não aos que são resultados de fertilização em laboratório. Como exemplo pode-se mencionar a Portaria n° 569, de 1° de junho de 2000, que em seu art. 2°, alínea “a” e “b” garante à gestante e ao embrião que está em vida intrauterina o direito ao pré-natal e atendimento digno. Além de que, na norma constitucional no seu art. 6° ampara a saúde como um direito social (Brasil, 1988). Desta forma, não se observa nenhuma legislação que abarque aqueles embriões que são produzidos dentro de laboratórios.

2. Interpretação legal e as suas teorias

A partir do conteúdo disposto no art. 2º do Código Civil a respeito do início da personalidade, será abordado as principais teorias sobre a personalidade jurídica da pessoa humana. Dentre as teorias a serem discutidas estão a natalista, a da personalidade condicional e, por último, a concepcionista.

Teoria Natalista: a presente teoria tem por conteúdo uma interpretação severa e racional do texto da lei. Seus defensores acreditam que os direitos do nascituro e sua personalidade tem início apenas com o nascimento com vida, até que isso aconteça o nascituro não é considerado pessoa.

Para essa teoria o nascituro teria apenas a expectativa de direitos, já que esse somente se torna pessoa após o nascimento. Isso se aplica inclusive na situação da criança vir a nascer, respirar por alguns minutos e vir a óbito em seguida. Mesmo nesses poucos momentos de vida seria considerada pessoa. Um dos problemas de tal teoria é que ela exclui os direitos fundamentais do nascituro e direitos relacionados à personalidade, como o direito à vida, imagem, dano moral, alimentos.

Essa problemática esbarra na norma constitucional que afirma que todos têm direito à vida (Brasil, 1988). Silvio de Salvo Venosa, um dos adeptos de tal teoria afirma que “O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento[…]” (2013, p. 142).

Dentro deste contexto, os embriões excedentários, de acordo com a resolução CFM n° 2.320/2022 foi vedada a possibilidade de descarte dos embriões excedentários congelados por mais de três anos e, a partir disso, deve-se aguardar a vontade dos genitores de usá-los ou a autorização dos mesmos para doá-los para pesquisas científicas. Porém, como ressaltado, não há legislação vigente que proteja tais embriões em estado de congelamento ou criopreservação.

Teoria da Personalidade Condicional: a presente teoria não se diferencia de maneira gritante da teoria natalista, já que essa prega que o início da personalidade do nascituro começa com o nascimento. O ponto que diferencia as duas teorias é que a condicional coloca os direitos do nascituro sob uma condição suspensiva, relacionando a um evento futuro e incerto, sendo esse evento o nascimento com vida.

Segundo Arnold Wald (1995, p. 120), “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”. Essa teoria é colocada em cheque por condicionar o direito do feto ao nascimento, tal condição suspensiva é uma ferramenta acessória dos negócios jurídicos e não deveriam se aplicar na temática do nascimento, já que ele não representa um negócio. Além de que, suspende assim os direitos da personalidade do feto, assim como na teoria natalista.

Teoria Concepcionista: essa é a que mais se difere das teorias já citadas e a que mais tem defensores na doutrina. A presente teoria defende que o nascituro desde sua concepção é pessoa e, portanto, sujeito de direito e tendo seus direitos defendidos pela lei (Tartuce, 2024, p. 110). Analisando mais a fundo, Maria Helena Diniz postulou a personalidade jurídica formal e a material da seguinte forma

> que, na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais,

> que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá. (1999, p. 9)

Dentro deste contexto, observa-se o conteúdo do artigo 5º da Lei 11.505/2005 que trata da utilização de células tronco de embriões excedentários, colocando como condição que estes não possam mais ser utilizados para reprodução. Além de exigir a autorização dos genitores de tal embrião para ser submetido aos procedimentos. Tal método é autorizado e tem respaldo da decisão do STF que reconheceu em 2008 a integridade do embrião e o seu direito à personalidade.

Comparando a lei brasileira com a estrangeira, temos o Código Civil Argentino que em seus artigos 63 e 70 disciplinam, respectivamente, o seguinte, "*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*", "*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido*[…]". Nesse sentido, a legislação argentina regula que o nascituro é considerado pessoa mesmo ainda estando no seio materno e que é detentor de direitos como se já tivesse nascido.

Observa-se que tanto o Código Argentino como o Código Brasileiro tratam de preservar direitos dos nascituros, ou seja, dos embriões já implantados, não contendo disposições sobre os embriões excedentes. Isso evidencia a falta de uma legislação que englobe e proteja os embriões de forma especial, que garanta sua proteção e dignidade à vida.

3. Interpretação Judicial e sua Aplicação Prática

Tal divergência doutrinária entre as teorias natalista e concepcionista é explicada por César Fiuza (2004, p. 24) como uma falta de coragem dos responsáveis pela redação do Código de 2002. Ele alega que poderiam ter acabado com as controvérsias entre as referidas teorias na redação do novo código. Ademais, Fiuza aponta que o código de 1916 já era objeto de dúvidas quanto a esse tema e que mesmo com a nova redação de 2002, o tema se mantém dúbio.

Analisando o texto legal, tem por entendimento que seu discurso está ligado à teoria natalista, uma vez que o ordenamento jurídico condiciona a personalidade jurídica e os seus direitos apenas após comprovado o nascimento com vida, além de que o nascituro ainda não é considerado pessoa.

Variadas são as decisões de tribunais que reconhecem ao nascituro seus direitos, elevando a credibilidade da teoria concepcionista. Tais decisões reconhecem ao nascituro direitos ligados à personalidade. Para embasar tal posição, observa-se a seguinte decisão da Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

> APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. MORTE DE NASCITURO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA RÉ. INDENIZAÇÃO DOS GENITORES POR MORTE DA FILHA EM PERÍODO GESTACIONAL. POSSIBILIDADE. TEORIA CONCEPCIONISTA. FETO DOTADO DE DIREITOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 3º, I, DA LEI N. 6.194/1974. DEVER INDENIZATÓRIO MANTIDO. Os genitores do natimorto, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

> encontram-se amparados pelo direito de pagamento do seguro obrigatório previsto no art. 3º, I, da Lei n. 6.194/1974, porque, apesar de despersonalizado, está sustentado na teoria concepcionista, na segunda parte, do art. 2º, do Código Civil. Assim, na qualidade de beneficiários e ascendentes da criança falecida em acidente de circulação, sobre os pais recai o direito indenizatório. [...] (TJSC, Apelação n. 0052179-65.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2016).
>
> (TJ-SC - Apelação: 0052179-65.2011.8.24.0038, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 09/06/2016, Segunda Câmara de Direito Civil)

O presente entendimento mostra como em casos de acidente automobilístico, os genitores do nascituro falecido durante o acidente, têm direito de receber o seguro DPVAT, como mostra a ementa supracitada. Tal decisão baseia-se na teoria concepcionista, que considera o nascituro uma pessoa humana dotada de direitos, como direito à vida e, que por conta disso, sua morte é passível de indenização.

Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo apresentar as diversas correntes de pensamento quanto à questão da aquisição da personalidade e a aquisição de direito pelos nascituros.

Conclui-se que embora o texto legislativo ainda se quede à teoria natalista, a doutrina e a jurisprudência visando adequar as situações presentes, vem adotando a teoria concepcionista.

A questão dos embriões excedentes, contudo, mesmo com esse alargamento na interpretação, não estaria plenamente resguardada, uma vez que não estão implantados. Assim, é necessário investigar de forma mais aprofundada qual a natureza jurídica do embrião e que direitos podem ser a ele atribuídos enquanto não implantados.

Referências

ARGENTINA. **Código Civil de la República da Argentina de 2015**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf. Acesso em: 23 set. 2024

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:23 set. 2024.

BRASIL. **Lei 11.505, de 24 de março de 2005**. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. **Portaria nº 569, de 1º de junho de 2000. Ministério da Saúde**. Disponível em:https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html. Acesso em 25 set. 2024.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.320 de 2022. Conselho Federal de Medicina**. Disponível em:https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 25 set. 2024

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

DINIZ, Maria H. **Dicionário jurídico universitário**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786555598636. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598636/. Acesso em: 23 set. 2024.

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotado**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999,em 23 set. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: parte geral. v.1**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786553624535. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624535/. Acesso em: 23 set. 2024

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil**, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, p. 155-177, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral. v.1**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649709. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649709/. Acesso em: 23 set. 2024.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito Civil Parte Geral. v. 1**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2013.

WALD, Arnoldo, **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral, 8. ed**., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.