

A ORIGEM DA VIDA: QUANDO A LUTA PELA VIDA SE SOBREPÕE À SUA EXPECTATIVA

Ana Carolina Biagi de ANDRADE¹

Wilton Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO: Este artigo aborda assunto sobre o nascituro e seus direitos legais. Traz consigo o conceito de nascituro, assuntos desde a origem de seus direitos. Qual o fundamento jurídico destes direitos atualmente, as influências, as mudanças e semelhanças das diversas épocas, e também as teorias mais discutidas e seus adeptos. Por fim, é falado sobre a possibilidade de utilizar embriões para a retirada de células-tronco embrionárias, indagando sobre o direito à vida e esclarecendo a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Nascituro. Origem da vida. Personalidade jurídica. Teoria natalista. Teoria concepcionista. Células-tronco embrionárias.

1 INTRODUÇÃO

Ao falar sobre o direito do nascituro e do surgimento da vida enquanto direito tutelável, cabe abordar informações de vários ramos por ser um assunto tão pautado e de bastante complexidade, ramos estes científicos da biologia e da medicina, e também no universo jurídico.

Como este assunto é bastante ligado à medicina, é indispensável não falar sobre a bioética, que como o próprio nome já nos mostra, é aquele ramo da ética que procura oficializar os princípios que deverão fiscalizar a conduta do indivíduo no campo médico, meio ambiente, do próprio homem e diversas outras áreas.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: anacarolinabandrade@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: wiltontebbar@hotmail.com Orientador do trabalho

A bioética é uma disciplina considerada bem nova e que foi utilizada pela primeira vez no ano de 1970 pelo doutor em bioquímica, pesquisador e professor na área de oncologia, Van Rensselaer Potter, norte-americano, em um artigo seu que ganhou espaço na revista da Universidade de Wisconsin.

Potter dá uma definição bem clara dizendo: “Eu proponho o termo Bioética como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos”.

A ética nos permite visualizar um panorama total do homem como um ser social histórico, transformador e criador, que deve agir seguindo os conceitos como liberdade, consciência, necessidade e responsabilidade. Por sua vez, a bioética é a disciplina que estuda como as descobertas científicas devem ser feitas, de uma maneira que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, que possui caráter constitucional.

2 NASCITURO

No presente capítulo, será abordado o conceito, e as principais ideias relativas ao nascituro, necessárias ao desenvolvimento do pensamento que aqui se propõe.

2.1 Conceito

Ao buscar o significado da palavra “nascituro” nos dicionários de língua portuguesa, todos nos dão a mesma conclusão dizendo que é aquele que está por vir, aquele que irá nascer, que foi gerado, mas não nasceu ainda.

Etimologicamente, este termo se originou de outro termo, em latim, *nascitūrus*, que, basicamente, significa “o que deve nascer”.

Segundo Chinelato e Almeida, nascituro se define como "pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, a qual são conferidos todos os direitos

compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.” (ALMEIDA, 2000, p. 6-7).

Para Maria Helena Diniz o:

“Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida” (DINIZ: 1998: p. 334).

Vale destacarmos a diferença entre nascituro, natimorto e concepturo. Nascituro, como já falamos, é aquele ser já concebido, que está pronto para nascer, mas ainda se encontra no ventre materno.

O natimorto é o termo adotado para o feto que morre ainda no útero materno ou mesmo durante o trabalho de parto, ou seja, não se encontra mais com vida quando sai do corpo da mãe. Existem alguns aspectos para que o feto seja reconhecido como natimorto, podendo apresentar ao menos uma das seguintes características para ser considerado um: se a gestação for superior ou igual a 20 semanas; estrutura superior ou igual a 25 centímetros; se o peso corporal do feto for superior ou igual a 500 gramas. Há também um termo um tanto bastante específico que é classificado quando o feto morre no último mês de gestação intrauterina, termo este conhecido como neomorto.

E, por fim, o concepturo que é protegido pelo Direito no artigo 1799 do Código Civil Brasileiro: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. É aquele feto que ainda não foi concebido, porém há esperança de que venha a ser. Um exemplo clássico de concepturo é o embrião conservado em laboratório, que não possui direitos como o nascituro, porém seu único direito é de não ser descartado durante os 3 primeiros anos de conservação em clínica. O mesmo só poderá ser descartado se for comprovado a sua inviabilidade.

Portanto, não pode haver confusão entre o nascituro e o embrião decorrente método de fertilização *in vitro*, já que um dos requisitos mais importantes para ser considerado um nascituro é o ovo já fecundado alojado no ventre materno, deste modo a sua existência é intrauterina. Nos casos em que a fecundação fora

feita de forma extracorpórea, enquanto o ovo fecundado não for implantado no útero feminino, o mesmo não poderá ser considerado um nascituro.

2.2 Aspectos Históricos

Para bem delinear o estudo proposto, é necessária uma análise, também, histórica sobre o tema, de modo que se possa entender as variações pelas quais passou o citado tema, e a envergadura do engodo debatido, que já dura mais de milênio.

2.2.1 Referências bíblicas

No que concerne ao ponto de vista religioso, a Igreja Católica insiste em dizer que o lugar mais perigoso que existe atualmente no mundo é no ventre materno, ou seja, na barriga da própria mãe. Chegou-se a essa conclusão por conta das milhões de crianças assassinadas por ano no ventre materno pelos próprios pais, e formulou uma pergunta: “Se a vida humana, em seu momento mais tenro e indefeso, está sob a mira de quem mais deveria guardá-la e protegê-la, de que ela vale?”. A resposta foi colocada insinuando que a vida humana, neste momento, não possui mais valor absoluto e inviolável, mas está assegurada de proteção, bem-estar e possui interesses de terceiros. Porém, toda vida humana está em risco.

Por conta desses fatos, a Igreja Católica decidiu eleger o Dia do Nascituro, comemorado no dia 8 de Outubro, com o intuito de celebrar especialmente a vida do bebê que se encontra no ventre materno. Aproveitaram também esta data para ser comemorado o valor inviolável da dignidade da vida humana, pois não é somente a vida do nascituro que é considerada importante, mas também a vida humana, especialmente nas condições que possui perante a sociedade, como de inutilidade de fragilidade.

Então por possuir tanto valor e beleza, deve ser comemorada a vida do nascituro. Fazendo esta celebração, temos também o intuito de protegê-lo ao suscitar nas pessoas, famílias e na sociedade, o discernimento de que os nascituros tem direito à proteção de sua saúde, vida, alimentação, a um nascimento sadio e ao nascimento com vida. Comemorando este dia, estaremos comemorando também a vida de cada ser humano, porque todos, invariavelmente, foram ou serão um dia um nascituro.

Em 1588, o Papa Sisto V proibiu a prática do aborto, mas logo quando seu sucessor assumiu, o mesmo decidiu permitir a conduta deste ato, dizendo que enquanto o embrião ainda não estava formado, não era considerado um ser humano. Contudo, o Papa Pio IX, diante a Constituição “*Apostolicae Sedis*” de 1869, para evitar perigos já que não era conhecido o momento de iniciação da vida, resolveu assegurar o feto desde a sua concepção. Esta é a concepção que mais foi considerada correta, tanto que é adotada até hoje pelo Vaticano.

As igrejas cristãs seguem a sua doutrina de fé com base no respeito à vida humana, mantendo então punições para qualquer ato que culmine para a interrupção da vida intrauterina.

O catolicismo afirma que a vida começa a partir da concepção, e, por isso, não permite a realização do ato, que agora é considerado homicídio por conta de o nascituro ser visto como pessoa. Em relação aos métodos contraceptivos, a Igreja se encontra em pleno desacordo, não aceita. No Matrimônio Cristão de Pio XI, em 1930, ficou decretado que o direito à vida de um feto seria idêntico ao da mulher, passando a ser considerado um crime contra a natureza todas as formas anticoncepcionais, exceto os métodos de abstinência sexual nos dias férteis. Então foi no final do século XIX e início do século XX que a Encíclica de Pio XI e a Sacra Congregação do Santo Ofício firmaram que jamais existiria aborto direto lícito, e caso houvesse estaria sendo violado o bem maior: a vida.

Neste mesmo período, a Encíclica “*Mater et Magistra*” de João XXIII afirma:

“A vida humana é sagrada: mesmo a partir da sua origem, ela exige a intervenção direta da ação criadora de Deus. Quem viola as leis da vida ofende e enfraquece a Divina Majestade, degrada-se a si e ao gênero humano e enfraquece a comunidade de que é membro” (Carta Encíclica “*Mater et Magistra*”: 1984 apud ALMEIDA: 2000: p. 103).

No entanto, as demais religiões que possuem filosofias diferentes, como o judaísmo, acreditam que o início da vida é no 40º (quadragésimo) dia e autoriza o aborto até este período, além de autorizar também as pesquisas em células-tronco e o aborto diante casos especificado, como quando a gestante corre risco de morte. Para o Islamismo, a vida se origina quando Alá encaminha a alma no feto, que ocorre por volta dos 120 (cento e vinte) dias depois da concepção. Já para o Hinduísmo a vida tem origem na fecundação, deste modo não são a favor do aborto mesmo quando a gestante corre algum risco, pois como o embrião já possui alma, o mesmo já é considerado um humano. Quando se trata de religiões espíritas, como o kardecismo, é inaceitável o aborto, salvo se oferecer risco a gestante.

2.2.2 Grécia antiga

O primeiro ordenamento a aceitar a capacidade jurídica do nascituro foi na Grécia Antiga, na cidade de Tebas, que a sociedade presente já possuía entendimentos e impunham punições para aqueles que praticassem o aborto, pleiteando assim os direitos do nascituro.

Alguns importantes filósofos da época tutoravam a possibilidade de realizar a prática do aborto, como Platão e Aristóteles. O primeiro só admitia a realização desta prática caso fosse previsto algum interesse estatal, interesses estes que deveriam prevalecer, pois o mesmo temia a respeito das necessidades demográficas por receio da fome. Platão também relatou em sua obra “República” que apoiava a prática do aborto nas mulheres com mais de 40 (quarenta) anos, pois, segundo ele, neste ato, não existiria problemas éticos porque acreditava que a alma só era recebida no corpo do bebê após o nascimento.

Aristóteles também era a favor da prática dentro do âmbito estatal, mas somente poderia ser realizado nos casos em que o feto tivesse alguma deformidade. Havia uma discordância entre esses dois filósofos, Aristóteles acreditava que o feto possuía vida, que se manifestava desde a primeira movimentação dentro do útero materno. Defendia que o feto feminino ocorria por volta do 90º (nonagésimo) dia de gravidez e o masculino por volta do 40º (quadragésimo). Portanto, acreditava que

neste período era impossível reconhecer o sexo do nascituro, deixando claro que era permitido então o aborto até o 40º (quadragésimo) dia.

Esses conhecimentos adquiridos na Grécia Antiga tiveram uma enorme contribuição para a ciência da embriologia. Os primeiros ensinamentos feitos a respeito desta matéria foram passados por Hipócrates, conhecido como o Pai da Medicina. Sucessivamente, no século IV A.C., Aristóteles escreve e impõe um tratado de embriologia, dando-o a ele o título de Fundador da Embriologia.

2.2.3 No direito romano

No direito romano, Savigny, repreendia que a capacidade jurídica começava a partir do nascimento com vida, assim que o bebê saísse do corpo da mãe. Diante alguns fatos ocorridos na época, auxiliaram para a criação de direitos a alimentos conferidos ao nascituro desde quando o mesmo é concebido, tendo como objetivo o nascimento com vida.

O direito romano é considerado vacilante por apresentar textos contraditórios e diversos a respeito dos direitos do nascituro. Porém Windscheid afirma sobre a doutrina romana: “o feto no útero ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção” (WINDSCHEID apud BEVILÁQUA: 1980: p. 77).

Os romanos, aqui marcados pela diversidade de ideias, em certo momento reconheciam a personalidade do nascituro, ou mesmo impunham uma personalidade condicional. Em outro momento desconsideravam por geral ou não aceitavam a personalidade às crianças que não obtinham a forma humana. Com tudo, o conceito de que o feto ainda não nascido não poderia ser considerado homem era presente entre os juristas. Pode-se ver então que dentro de uma mesma doutrina encontra-se diversos ramos para ser determinado o início da pessoa e da personalidade.

Para a realização do conhecimento da pessoa física por parte dos romanos, era necessário que fossem completadas duas condições, sendo elas a condição civil e natural respectivamente. Isso era exigido para que desde

nascimento com vida aparecesse os efeitos jurídicos do nascituro, como ter uma forma humana e ser viável o neonato.

O direito romano dizia que não era indispensável somente que ocorresse o nascimento com vida, era imprescindível também que o neonato apresentasse formas humanas. Se, por um acaso, essas condições não ocorressem, o nascituro não seria considerado uma pessoa, mas considerado um monstro.

Segundo Hipócrates, para que o nascituro obtivesse um nascimento viável dentro do Direito Romano, foi instaurado um prazo de gestação mínimo de 182 (cento e oitenta e dois) dias e máximo de 10 (dez) meses. Nascendo entre este prazo, o nascituro seria considerado viável, vivo e perfeito.

2.2.4 No direito brasileiro

Independentemente da teoria adotada, é entendido entre os doutrinadores que o nascituro é um humano e que possui direitos desde o momento da sua concepção, seja ela como forma de expectativa tutelável, pela teoria natalista, ou na sua forma suspensiva, pela teoria da personalidade condicionada.

O nascituro possui vários direitos assegurados na forma legal, regidos pela Constituição e leis infraconstitucionais, como no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na Constituição Federal Brasileira, é possível identificar o direito do nascituro em seu artigo 5º, caput: “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, nos termos seguintes”.

Este artigo traz o princípio da igualdade e, por sua vez, relata os direitos iguais a todos inclusive para aquele que ainda está por nascer, mas já possui o direito à vida, sendo este o nascituro.

Como a Constituição Federal é a lei maior do Estado, e a mesma assegura este direito, então qualquer ação que possa colocar em risco a vida daquele que está por vir, como a prática de aborto, é considerado um ferimento a constituição, sendo assim vista como um crime. Porém, há algumas hipóteses nas quais a prática abortiva é aceita e não configurada ilícita, como quando a gravidez, ou até mesmo o parto, coloca a vida da gestante em risco; quando a gravidez foi proveniente de estupro, e uma hipótese que gera bastante polêmica entre o Direito e a Igreja é a liberação para realizar o aborto em feto anencéfalo, pois o Direito considera que o ser adquire personalidade jurídica a partir do momento em que possui atividade cerebral, se o mesmo não possuir cérebro, então nunca teve vida, admitindo então o aborto nestes casos. Já a Igreja adota a teoria concepcionista, que é considerado vida a partir da concepção, independentemente se possuir atividade cerebral ou não.

No Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, temos retratado o momento em que se inicia a personalidade civil de uma pessoa, que é a partir do nascimento com vida, e coloca a salvo como o nascituro adquire seus direitos, já que é preciso a vida para a aquisição. Vejamos: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Portanto o nascituro tem os seus direitos protegidos e garantidos desde a sua concepção.

Podemos encontrar também no código civil os direitos do nascituro no que diz respeito à doação ao mesmo. O artigo 542 diz: “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal*”.

Então a doação feita ao nascituro ficará sob tutela do representante legal do mesmo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) impõe em seus artigos 7 e 8 que o Estado tem o dever de prover um desenvolvimento sadio e digno ao nascituro e a gestante tem o direito a realização do atendimento pré e perinatal.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Complementando, o Novo Código de Processo Civil também garante direitos no tocante à partilha, podendo ser percebida no artigo 650, que diz que uma parte do que foi partilhado de seus respectivos antecessores é reservado para aquele que está por vir. Vejamos: *“Se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento”*.

Os nascituros possuem direitos também a alimentos de forma indireta. É assegurado pela lei 11.804/2008 o direito a alimentos gravídicos que são destinados às gestantes, por isso de uma forma indireta ao nascituro. A gestante tem este direito para que o bebê possa ter um melhor desenvolvimento, nascendo então saudável, nutrido, com boa formação, diminuindo os riscos de terem complicações posteriormente.

Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

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.

Estes alimentos e também as outras prioridades exigidas para o bom desenvolvimento do bebê fica incumbida ao futuro pai, como a própria lei menciona acima, ele é o que mais tem deveres neste aspecto.

Quando falamos também no tocante a sucessão, é de extrema importância saber se o nascituro veio ao mundo ainda com vida, ou seja, se o mesmo chegou a ter pelo menos alguns segundos de vida, ou se já nasceu sem a mesma.

Existe um exame chamado “Docimasia Hidrostática Pulmonar de Galeno”, que é uma medida pericial, de caráter médico-legal, no qual averigua se a criança nasceu com vida ou não, verificando se chegou a respirar. O exame funciona da seguinte forma: após a respiração, o bebê enche os pulmões de ar e quando colocados estes pulmões em um recipiente com água acabam ficando na superfície, ou seja, flutuam, deixando registrado que houve vida. Isso não acontece com aqueles pulmões que não presenciaram o ar em seu interior, estes afundam comprovando que não houve vida.

É muito importante esse conhecimento, porque conforme já citado acima, é um fator determinante quando se diz respeito a sucessão de patrimônio, pois se a criança vem ao mundo viva ou morta, em cada caso há uma consequência jurídica diferente. Relembrando que a linha de sucessão é: descendente, ascendente, cônjuge, colaterais e Estado.

Caso hipotético 1: um homem, ao morrer, deixa a mulher grávida e a criança vem ao mundo já sem vida, o patrimônio do de cujus se transmitirá aos genitores do mesmo, ou seja, aos pais do homem.

Caso hipotético 2: pensando no mesmo enredo, mas agora a criança vem ao mundo ainda com vida, permanece viva durante apenas alguns segundos e logo falece. Aqui o patrimônio do de cujus, pai da criança, é transmitido para a mesma, que também vem a falecer, transmitindo o patrimônio de herança à sua genitora, ou seja, o patrimônio passa a ser da mãe da criança falecida.

Existem outros exames também que comprovam o mesmo fato, porém este é um dos mais simples e utilizados atualmente. Por isso é de extrema importância realizá-lo e saber os fatos que realmente aconteceram para determinar o rumo exato dos direitos.

3 TEORIAS

Com o imenso avanço conquistado na Biologia e principalmente na Engenharia Genética, pode-se observar que hoje o conceito de nascituro é mais técnico, agregando o feto, o embrião e, para alguns estudiosos, até o próprio zigoto.

3.1 Natalista

Esta teoria é a mais aceita pelos doutrinadores e aparentemente utilizada pelo Código Civil em seu artigo 2º, impondo que a personalidade civil do homem se inicia a partir do seu nascimento com vida, esta marcada pela respiração. Segundo esta teoria, o nascituro não é considerado pessoa e a personalidade concedida ao mesmo não tem outra definição a não ser possuir somente uma mera expectativa de direitos, que provém desde a sua concepção para aquilo que é juridicamente proveitoso. O nascituro é desprovido de capacidade de direito e também não possui personalidade jurídica, porque a lei protegerá somente os direitos que ele terá caso nasça com vida. Acredita-se ainda no não reconhecimento e na não atribuição da personalidade civil ao nascituro, mas somente uma conjuntura jurídica de expectativa subordinada, que se aperfeiçoará com o nascimento.

Sergio Semião Abdala, um dos adeptos da teoria natalista, traz a seguinte explicação: “*O nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras*

expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso”.

Semião menciona também uma discordância que existe entre os adeptos da teoria natalista e concepcionista. Para a primeira, os direitos dos nascituros são colocados de forma taxativa na área cível, considerada por ele a mais correta, e não de forma exemplificativa como é colocado pela segunda. Veja:

“Sustentam os natalistas que, caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei declina-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro.”

Deste modo, os adeptos da teoria natalista afirmam que se o nascituro possuísse personalidade civil desde a sua concepção, como é defendido pelos concepcionistas, não teria necessidade da existência dessa taxatividade, já que o mesmo seria imposto como pessoa e seus respectivos direitos subjetivos seriam delegados automaticamente sem haver o trabalho de relacioná-los especificamente.

Dentro desta doutrina, o nascituro é visto apenas como parte das vísceras maternas, mostrando inclusive um órgão em comum com a genitora, que é a placenta. Então a partir do momento do nascimento, o nascituro deixaria de ser parte da mãe e de ser visto como “mera expectativa de pessoa”, se tornando uma pessoa titular de personalidade jurídica.

Silvio Venosa faz uma advertência ao Código Civil Brasileiro, dizendo: “O Código Civil Brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código francês que estabelece começar a personalidade com a concepção. Em nosso código, contudo, predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade”.

O autor Flávio Tartuce faz uma crítica sobre a teoria natalista colocando que a mesma acaba considerando o nascituro como uma coisa, desde o momento em que ele teria apenas mera expectativa de direito. Deixa uma crítica também com relação à teoria legalista, que esta se encontra muito distante da

criação de novas técnicas de reprodução assistida, bem como da proteção dos direitos do embrião, temas nos quais não podem mais serem esquecidos por conta da evolução da ciência da Medicina nesse sentido.

Tartuce aborda também dizendo que a teoria natalista exclui do nascituro até os seus direitos fundamentais, que estão relacionados com a sua personalidade, caso à investigação de paternidade, direito à vida, ao nome, aos alimentos e até mesmo à imagem. Com isso, a teoria natalista entra em desacordo com os dispositivos do Código Civil que garantem direitos àquele que já foi concebido, porém ainda não nasceu. Diz que essa negativa de direitos é mais um dos fortes argumentos para a superação desta teoria.

3.2 Conceptionista

A teoria conceptionista é, de certa forma, influenciada pelo Direito francês e contou com a adaptação de vários doutrinadores. Segundo este pensamento, Teixeira de Freitas, seguido por Bevilacqua, Limongi França e Francisco Amaral Santos se posicionam dizendo que *o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa*. Todos estes citados acima são adeptos desta teoria abordada neste tópico, mas não só, como também Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Flávio Tartuce, André Franco Montoro, Maria Helena Diniz dentre outros juristas pátrios notoriamente reconhecidos.

Existe aqui uma possibilidade de enquadrar o nascituro como pessoa e não como mera perspectiva de pessoa com expectativa de direitos. É possível também observar que essa personalidade certifica aptidão apenas para se titularizar direitos da personalidade, sem qualquer conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou até mesma uma gestão saudável, de tal forma que os direitos patrimoniais estariam ligados ao nascimento com vida. Portanto, o nascituro é posto como pessoa desde a concepção e possui direitos resguardados pela lei, chamando a atenção para esta teoria, pois a doutrina civilista brasileira a adota atualmente.

Chinelato é uma das principais precursoras da teoria concepcionista e a principal no Brasil. A mesma discorre sobre a teoria dizendo da seguinte forma:

“O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.”

Partindo disto, Chinelato argumenta expondo que o nascimento com vida não é o marco inicial para a aquisição dos direitos patrimoniais, mas somente afirma, de modo que passa a ser perfeita a possibilidade de defendê-los. Quanto aos direitos de personalidade no tocante à integridade física, à imagem, à honra e à vida, estes seriam particularidades do nascituro desde a sua concepção, motivo pelo qual merece a proteção pela possibilidade de indenização pelos danos que lhes forem causados.

A maior parte dos atuais autores do Direito Civil Brasileiro adotam esta teoria, proporcionando direitos reconhecidos e efetivos ao nascituro desde quando este é concebido.

Uma parte da doutrina subdivide a teoria em duas, sendo uma a teoria concepcionista pura, e a outra sendo a concepcionista da personalidade condicional ou simplesmente teoria da personalidade condicional. Porém alguns juristas cogitam o fato de a teoria da personalidade condicional ser uma terceira teoria. A primeira é a que vem sendo abordada neste tópico, já a segunda principia-se a partir da concepção, excluindo a necessidade de qualquer condição que seja concretizada a personalidade do nascituro, impondo que apenas alguns direitos estariam condicionados ao nascimento com vida.

3.3 Personalidade Condicional

Esta teoria trazida é posta por alguns autores como uma junção das duas teorias mencionadas acima, porém sendo uma das subdivisões que fora mencionada da teoria concepcionista. Aqui o reconhecimento da personalidade é tido desde a concepção, portanto, sendo condicionada ao nascimento com vida.

A teoria da personalidade condicional traz uma noção de reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana no momento da sua concepção, mas sendo de forma condicional. Partindo deste pensamento, a personalidade civil é iniciada com o nascimento com vida, mas os direitos do que está por vir estão sujeitos a uma condição suspensiva, podendo ser tidas como direitos eventuais.

A condição suspensiva está retratada no artigo 125 do Código Civil³, sendo hipótese para que a pessoa possa se titularizar dos direitos diante da ocorrência de um evento incerto e futuro, portanto, enquanto o tal evento não ocorrer, a pessoa só possui mera expectativa de direito. Assim, esta condição é o elemento accidental do negócio jurídico que domina a sua eficácia a um evento que poderá ocorrer futuramente, mas que não é de extrema certeza que acontecerá.

Pensando no nascituro, a condição exigida é exatamente o nascimento com vida, ou seja, a respiração fora no ventre materno, e é no artigo 130 do Código Civil⁴ que encontramos a tese da existência de direitos sob condição suspensiva.

Os autores que seguem a teoria da personalidade condicionada amparam o entendimento tomando como certo que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, como já mencionado acima, portanto, sujeitos à condição, termo ou encargo. Pensando assim, Arnoldo Wald instrui: *“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”*. Miguel Maria de Serpa Lopes concorda com este ensinamento trazido.

³ “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ela visa.” – Código Civil.

⁴ “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.” – Código Civil.

O nascituro, ao ser concebido, poderia adquirir alguns direitos extrapatrimoniais, como o direito à vida, mas só consegue adquirir a personalidade completa quando implementada a condição de seu nascimento com vida.

Portanto seria correto afirmar que a teoria da personalidade condicionada é essencialmente natalista, vendo que tem como premissa a obtenção da personalidade apenas com o nascimento com vida. Assim, seria incorreto dizer, como é dito por alguns autores, que esta teoria é configurada como mista.

3.4 Demais Teorias (Questão de Conhecimento)

As três teorias citadas nos tópicos acima são as mais importantes e também as mais adotadas, porém não existem somente elas e, por isso, mencionarei algumas outras existentes portadas de breves explicações.

Alguns autores entendem que o nascituro surge a partir do momento em que ocorre o fenômeno da Nidação, ou seja, quando o ovo é agregado na parede do útero materno, com isso, estaria garantida a viabilidade do mesmo, estando em um estágio de sobrevivência. Vale ressaltar que esta colocação não vale para a fecundação *in vitro*⁵, pois mesmo que haja a iniciação da vida pelo motivo de o óvulo ter sido fecundado dando início à divisão celular, não há gravidez, motivo pelo qual a sobrevivência é assegurada, assim como o desenvolvimento do ovo, que é considerado a origem do novo ser. Considera-se o ovo conservado *in vitro* sem

⁵ Definição de fertilização *in vitro* dada pelo Dr. Fábio Eugênio Rodrigues (ginecologista, especialista em reprodução humana, Mestre em Tocoginecologia Fellow em Medicina Reprodutiva e Diretor Clínico do Centro de Medicina Reprodutiva BIOS): “A fertilização *in vitro* é um processo que envolve a retirada dos óvulos do corpo da mulher, fertiliza-los dentro do laboratório de FIV, com o sêmen do seu marido e transferir os embriões resultantes para o seu útero 2 a seis dias mais tarde”.

qualquer viabilidade de seu desenvolvimento apartado do útero materno, isso no estágio em que a Ciência se encontra hoje.

A teoria do 14^o (décimo quarto) dia afirma que a vida se inicia a partir do décimo quarto dia de gestação, que é quando se inicia a formação do sistema nervoso central.

Na Espanha é adota a teoria da 10^a (décima) semana, na qual defende que a vida se inicia a partir da décima semana que é quando o feto está formado. Portanto, o aborto é legal até antes deste período.

4 O USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Vários doutrinadores que são adeptos da teoria concepcionista, defendem que o embrião é desde a sua concepção pessoa humana, e quando ocorre união dos materiais genéticos do espermatozoide e do óvulo forma-se o indivíduo.

Concretiza Diniz (2007, p. 25):

[...] “A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem a um zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozoide. A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte [...]”.

O Supremo Tribunal Federal demarcou o conceito de vida no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 que entendia-se da análise do artigo 5^o da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança).

Dia 20/04/2007 foi efetuada a primeira audiência pública à luz da Lei nº 9.868/99, buscando popularizar o debate dando maior legitimidade à decisão tomada.

Os pressupostos do Procurador Geral da República eram no escopo de que a *Lei de Biossegurança* violava a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, tendo como base que a vida se iniciava a partir da fecundação.

Desde o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (03/05/2005) até o resultado final (29/05/2008) resultando mais de 3 anos, o STF consoma, mediante uma votação bastante apertada, sendo 6 x 5, que as pesquisas com célula-tronco embrionária não violam o direito à vida.

Lenza comenta até que os Ministros vencidos recomendavam o acatamento de outras condicionantes além daquelas do artigo 5º da Lei, influência que foi considerada até imprópria, sob pena de se violar o princípio da separação dos “poderes”.

Segundo a interpretação do Relator, quando o texto diz sobre a dignidade da pessoa humana, direitos da pessoa humana, direitos e garantias individuais, estaria se referindo a direitos do indivíduo-pessoa, daquele já nascido.

Lenza (2015, p. 1156) faz uma crítica:

“Nesse ponto, deixamos, com o máximo respeito, a nossa crítica, pois não nos parece tenha o texto deixado de destinar esses direitos e garantias para o nascituro, que, segundo o Relator, de fato, tem proteção legal, como o art. 2º do CC; art. 9º, § 7º, da Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97); arts. 124-126 do CP (aborto).”

O Relator coloca que “o *zigoto seria o embrião em estágio inicial, pois ainda destituído de cérebro*”. Coloca que a vida humana se iniciaria com o surgimento do cérebro, que este só surgiria depois de colocado o embrião no útero da mulher. Portanto, antes da introdução no útero, o zigoto não possuiria cérebro e, então, sem cérebro, não existiria vida.

A certificação de que a vida só teria início com a presença do cérebro (imposto pelo STF e sem a apresentação de qualquer análise axiológica ou filosófica) estaria estabelecido também em lei infraconstitucional, que prevê a possível realização de transplante após a morte, desde que esta seja morte encefálica. Então, para a lei, o fim da vida se daria com a morte cerebral e, mais uma vez, sem cérebro, não existiria vida e, pensando assim, a definição de vida estaria ligada, de acordo com o STF, ao surgimento do cérebro.

Outra alegação usada foi a ideia de dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, que se encontra no artigo 226, §7º da Constituição Federal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Realmente, o Estado não pode, constitucionalmente, interferir nas decisões tomadas pelos casais quando se trata da quantidade de filhos, mas a Constituição impõe ao mesmo o dever de transmitir orientações no tocante ao planejamento familiar.

Com isso, o Ministro Relator expôs que, como não se limita a quantidade de filhos feita com fertilização *in vitro*, o casal pode escolher a quantidade de embriões a serem colocados no útero e se, por ventura, não quiserem introduzir todos, os demais embriões poderão ser congelados.

No entanto gera uma indagação pelo fato de que para manter tais embriões congelados em clínica específica gera um devido custo, e se o casal não tiver condições de arcar com congelamento? Esses embriões serão descartados como lixo hospitalar? Então foi decidido que é possível a realização das pesquisas, porém respeitando os critérios éticos fixados na lei e conceituando a ideia de uma sociedade fraterna, visando a cura das pessoas com doenças degenerativas.

Lenza conclui expondo que parece, neste ponto, bem acertada esta decisão e que poderiam ter sido usados também como argumentos o incentivo ao desenvolvimento e à pesquisa científica, presentes nos artigos 218 e 219 da Constituição, e o direito à saúde, apresentado do artigo 196 ao 200 também da Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Apesar de o direito positivo brasileiro adotar como regra majoritária a teoria natalista, em contrapartida, temos também a teoria concepcionista, esta presente também no artigo 2º do Código Civil, porém encontrada em sua segunda parte, tutelando os direitos do nascituro desde a sua concepção e não os dando somente expectativas de direitos.

Essa controvérsia tem gerado muitas desavenças referente a assuntos como aborto e pesquisas em embriões. Por um lado, uma vez que o nascituro não tem personalidade jurídica, o mesmo também não é considerado pessoa, permitindo-se, então, tais práticas. Por outro lado, se os direitos aos indivíduos são atribuídos desde a concepção, como o direito à vida, essas práticas tornam-se proibidas.

Portanto, é de extrema importância definir qual o momento exato em que a vida e a personalidade jurídica do indivíduo se iniciam, visando que o Ordenamento Jurídico Brasileiro adote somente uma teoria, extinguindo essas discordâncias. Vale acrescentar que o fator determinante para a aquisição da personalidade civil é a respiração, e o fator discriminante para a morte é o encerramento da atividade cerebral.

Mediante uma decisão do STF, portada de uma votação, foi aprovado o uso dos embriões para pesquisas em células-tronco embrionárias, pois foi tomado como certo que a vida se inicia quando o embrião é instalado no útero materno, concluindo, então, que não feriria o direito à vida, podendo ser alegado também que é visando o bem da humanidade, porque assim poderão ser realizadas pesquisas objetivando a solução para a cura de doenças degenerativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acessado em: 09.set.2016.

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ASFOR, Ana Paula. **Início da personalidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n.3629, 8 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24650>>. Acesso em: 13.set.2016.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 1 : teoria geral do direito civil.** 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil.** 5.ed.São Paulo: Saraiva.1999.

GAGLIANO, Pablo Sotlze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.**3.ed.São Paulo: Saraiva.2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Método, 2015.

POTTER VR. **Bioethics. Bridge to the future**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971:2.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**.3.ed.São Paulo: Atlas.2003.