



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SITUAÇÃO DO NASCITURO

André de Carvalho Okano¹

Jéssica Mara dos Santos²

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade apresentar as definições e características do tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro dá ao nascituro, o qual se encontra citado no artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002. Inicialmente, se abordará o assunto trazendo a baila o conceito de pessoa natural, sua definição legal e doutrinária. Posteriormente à presente pesquisa traz informações acerca da personalidade jurídica, importante instituto do direito brasileiro, umbilicalmente ligada ao tema da presente pesquisa. Necessário ainda o conceito de nascituro e sua base legal, apresentando as diversas correntes e teorias que buscam definir ao certo quando se dá o início da vida, a situação jurídica do nascituro, assim como a do embrião, tentando entender e explicitar o alcance do direito da personalidade com relação a estes. Busca-se demonstrar a relevância do tema para os cidadãos e para os estudiosos do direito, pois se trata de um tema amplamente discutido nos últimos anos, e que tem relação com várias outras áreas do Direito. Utiliza-se neste estudo o método indutivo-dedutivo, buscando informações por meios de artigos, livros, informações publicadas na internet, citadas ao longo da presente pesquisa. Pretende-se, deste modo, analisar e correlacionar o instituto da personalidade civil, juntamente com o conceito de nascituro, demonstrando assim qual é o real amparo que o ordenamento jurídico brasileiro fornece a esta “categoria” de ser humano.

¹ Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP. Professor do curso de Direito, endereço eletrônico “andre.okano@unasp.edu.br”.

² Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP. Acadêmico do curso de Direito, endereço eletrônico “jessykka_mara@hotmail.com”.

Revista Jurídica do Centro Universitário “Dr. Edmundo Ulson” – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Palavras-chave: Personalidade; nascituro; embrião; amparo

INTRODUÇÃO

A personalidade jurídica é um dos vários temas presentes no Código Civil brasileiro, a qual consiste em um dos temas basilares da legislação vigente, tendo em vista que esta é um pressuposto para que alguém possa ser um sujeito de direito, podendo adquirir direitos e deveres na vida civil. Referido instituto funciona, na verdade, como uma característica imprescindível para que uma pessoa atue no mundo jurídico, podendo então efetuar os diversos negócios jurídicos existentes, inclusive tendo a possibilidade de reivindicar os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade consistem naquele rol de direitos que são imprescindíveis para que as pessoas possam ser inseridas do mundo das relações jurídicas. Os referidos direitos são subjetivos, sendo assim, inerentes a cada sujeito, podendo ser oponível, portanto, contra qualquer pessoa, ou todas as pessoas. Esse aludido rol, é formado por aqueles tipos de direitos, os quais a pessoa pode utilizar para defender o que é seu, temos como grandes exemplos: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, a autoria, a imagem dentre outros.

O Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 1º, explica exatamente o acima exposto, ao dizer que "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Diante do referido artigo, precisamos primeiramente compreender o conceito do termo "pessoa". Este é o primeiro artigo do Código Civil e também o primeiro do título das pessoas naturais, desta forma tem-se que o termo "pessoa" nele utilizado, refere-se à pessoa natural, que vem a ser exatamente o ser humano capaz de direitos e obrigações na esfera civil.

Revista Jurídica do Centro Universitário "Dr. Edmundo Ulson" – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Ainda tratando do assunto relativo as pessoas naturais, o Código Civil traz o artigo 2º, que tem a seguinte redação:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

É exatamente neste ponto que reside o ápice da presente pesquisa. O artigo diz que somente se adquire a personalidade ao ser nascer com vida, mas que a lei ainda salvaguardará os direitos do nascituro.

Em apertada síntese, nascituros são os seres já concebidos, porém ainda não nascidos. O artigo deixa claro que mesmo estes não tendo adquirido a personalidade, pois tal fato só ocorrerá com o nascimento com vida, a lei ainda tutelar os seus direitos.

O objetivo principal do presente trabalho será o de se debruçar sobre as questões atinentes a este tema, tentando entender qual é a real dimensão da proteção que o ordenamento jurídico oferece aos nascituros, tentando entender onde e quando começa esse amparo legal.

DAS PESSOAS NATURAIS

É ponto de partida para esse o estudo da pessoa natural, pois se trata de sujeito integrante das inúmeras relações jurídicas, das mais simples as mais complexas, que todo ser humano irá realizar ao longo de sua vida.

Segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 257) a pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema normativo. Ele basicamente é a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem e a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, todo ser humano é dotado de personalidade jurídica,



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura bio-psicológica.

Em acordo com Farias e Rosenvald a melhor doutrina ainda complementa informando que a pessoa natural é, pois, o ser humano e sua dignidade é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil. (MELLO, 2017, p. 115)

O Código Civil disciplina as relações jurídicas privadas que nascem da vida em sociedade e se formam entre pessoas, não entre pessoas e animais ou entre pessoas e coisas. São as relações sociais, de pessoa a pessoa, física ou jurídica, que produzem efeitos no âmbito do direito. A Parte Geral contém três livros. O primeiro sobre as pessoas naturais e jurídicas, como sujeitos da relação jurídica; o segundo, relativo aos bens, como objeto do direito, em torno dos quais se formam as diversas relações jurídicas; e o terceiro, a respeito dos fatos jurídicos, que estimulam o relacionamento humano e permitem criar, modificar ou extinguir direitos. (GONÇALVES, 2017, p. 94).

Gonçalves (2017, p. 95) ainda diz que O Código Civil de 2002 cuida, no Livro I da Parte Geral concernente às pessoas, em três títulos, das pessoas naturais, das pessoas jurídicas e do domicílio. O título das pessoas naturais, por sua vez, divide-se em três capítulos, respectivamente sobre a personalidade e a capacidade, os direitos da personalidade e a ausência. A inserção de um capítulo novo acerca dos direitos da personalidade constitui relevante inovação, em face da importância e da atualidade do tema.

Como dispositivo inaugural da norma privada, enuncia o art. 1.º do Código Civil de 2002 que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Três constatações pontuais podem ser retiradas do comando legal.

Revista Jurídica do Centro Universitário “Dr. Edmundo Ulson” – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

A primeira é que o artigo não faz menção a homem, como constava do art. 2.º do Código Civil de 1916, adaptando-se à Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III). Trata-se de conquista do movimento feminista, uma das mobilizações efetivas que inaugurou a pós-modernidade jurídica. A segunda constatação diz respeito à menção a deveres e não obrigações, como do mesmo modo constava do art. 2.º do Código Civil de 1916. Isso porque existem deveres que não são obrigacionais, em um sentido patrimonializado, caso dos deveres que decorrem da boa-fé. Terceira, ao mencionar a pessoa na ordem civil, há um sentido de socialidade. (TARTUCE, 2014, p. 75)

Os autores Farias e Rosenvald (2015, p. 257) ainda dizem que consideram não ser demais advertir para a impropriedade de definir a pessoa natural como o ser humano biologicamente concebido. Afinal, atualmente, devido às possibilidades descortinadas pela biotecnologia, a concepção também pode ser artificial, através das técnicas de fertilização medicamente assistida como a fertilização *in vitro* e inseminação artificial, nesse caso, a pessoa natural não seria biologicamente concebida.

Assim sendo, pouco interessa se a pessoa é oriunda de concepção natural (relações sexuais) ou artificial (fertilização medicamente assistida). Mesmo que se trate de embrião fertilizado em laboratório, permanecendo congelado por determinado prazo, uma vez implantado no útero, passa à condição de nascituro, dispendo de proteção jurídica. Farias e Rosenvald (2015, p. 257)

Nota-se que para parte da doutrina pouco importa o método de concepção, seja ele natural ou artificial através da fertilização do óvulo em laboratório ou inseminação artificial. Assim deve o ordenamento jurídico vigente tutelar ambas as formas de concepção.



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Da personalidade jurídica

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano.

Personalidade pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil, esta é pressuposto elementar para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, inerente a todas as pessoas, consagrada em todo o ordenamento jurídico, desde a legislação civil até a constituição. (GONÇALVES, 2012, p. 174)

Conforme Tartuce (2014, p. 76) a respeito do início da personalidade, enuncia o art. 2.º do atual Código Civil que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A norma praticamente repete o já reticente art. 4.º do CC/1916.

Ainda segundo o autor, a maior controvérsia existente é referente à personalidade civil do nascituro, uma vez que o art. 2.º do CC/2002 continua colocando em colisão as teorias natalistas e concepcionistas. A polêmica não foi encerrada pelo fato de a norma continuar a utilizar os termos nascimento e concepção. Na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na sua segunda parte afirma o contrário. (TARTUCE, 2014, p. 76)

O artigo 1º do Código Civil determina que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. O sujeito de direito é o titular de direitos e deveres em uma determinada relação jurídica. São sujeitos de direito as



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

peças naturais e as peças jurídicas, às quais o ordenamento jurídico atribui titularidade jurídica. Sujeito de direito é uma categoria abstrata e universal associada ao conceito de direito subjetivo. (MELLO, 2017, p. 115)

Figueiredo e Figueiredo (2014, p. 110) também comentam acerca da personalidade jurídica, e segundo eles, esta consiste na aptidão genérica para titularizar direitos e contrair deveres na ordem jurídica. Quem a possui é denominado sujeito de direitos.

Por sua vez, Mello (2017, p. 115) difere a personalidade da capacidade. Ele diz que pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade. Já as pessoas jurídicas têm capacidade de direito e não dispõem de certas formas de proteção da personalidade.

Farias e Rosenvald (2015, p. 259) dizem que a partir do estudo do artigo 2º do Código Civil, é possível concluir que os requisitos para o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana são nascimento e vida.

Convém ainda aqui explicitar, importantíssima fala dos referidos autores, relacionada a este tema:

“Nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar. Ou seja, é a presença do ar atmosférico nos pulmões que determina o início da personalidade. Assim, respirou, nasceu com vida”. (Farias; Rosenvald, 2015, p. 259)

Franceschet e Inácio (2015, p. 24) ainda comentam sobre o tema da personalidade, e dizem que não pode haver direito sem um titular e o titular



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

necessariamente deve ser uma pessoa, desta forma a personalidade pode ser entendida como o atributo que é necessário para que se possa ser sujeito de direito.

Observa-se portanto que segundo a maioria da doutrina a personalidade se dá exatamente no momento em que há nascimento concomitantemente com a vida, esse seria o marco do início da personalidade no direito brasileiro, apesar de haver a ressalva citada no próprio artigo 2º do Código Civil, que diz que a lei resguarda os direitos do nascituro, desta forma, alguns concluem que se trata de mera expectativa de direito quanto a estes, mas posteriormente trataremos pormenorizadamente acerca desse assunto.

Da Capacidade e Legitimação

O art. 1º do atual Código faz íntima ligação entre o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Afirmar que o ser humano tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais e receber doações. (GONÇALVES, 2017, p. 96)

Imperioso informar que a capacidade não se confunde com legitimação. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos,



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

uma espécie de capacidade especial exigida em certas situações. Assim, por exemplo, o ascendente é genericamente capaz, mas só estará legitimado a vender a um descendente se o seu cônjuge e os demais descendentes expressamente consentirem (CC, art. 496). A falta de legitimação alcança pessoas impedidas de praticar certos atos jurídicos sem serem incapazes, por exemplo, o tutor, proibido de adquirir bens do tutelado (CC, art. 1.749, I); o casado, exceto no regime de separação absoluta de bens, de alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge (art. 1.647); os tutores ou curadores, de dar em comodato os bens confiados à sua guarda sem autorização especial (art. 580) etc (GONÇALVES, 2012, p. 176)

Já a capacidade é a aptidão para ser titular de direitos e deveres no mundo jurídico e a legitimidade é a posição em que a pessoa se encontra em relação a um interesse, bens ou situação jurídica, sobre os quais possa agir. Melhor dizendo, a legitimidade é a possibilidade que a pessoa tem de agir, de manifestar sua vontade, autorizada pela lei, sobre um interesse, bens ou situação jurídica. Em regra, a pessoa que possui legitimidade para agir sobre determinado interesse, bens ou situação jurídica é o próprio titular de direitos e deveres. Neste caso, legitimidade e titularidade coincidem. (MELLO, 2017, p. 126)

É verdade que a capacidade e a legitimação nem sempre irão coincidir, há situações no ordenamento jurídico em que terceiros estão legitimados a agir sem que sejam titulares de direitos e deveres, como no caso do pagamento efetuado por terceiro que não o devedor. Uma pessoa proprietária de vários bens pode ter capacidade de realizar uma doação, mas não terá legitimidade de doar todos os seus bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a sua subsistência, já que a lei não autoriza a realização



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

da referida manifestação de vontade (CC, art. 548), ou seja, falta de autorização para o exercício do ato jurídico. (MELLO, 2017, p. 126)

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. (GONÇALVES, 2017, p. 96-97)

Desta forma, percebe-se que a legitimidade e a capacidade são institutos que não se confundem, afinal o primeiro diz respeito à autorização legal necessária para que um indivíduo possa expressar a sua vontade concernente a certas situações do mundo jurídico, conforme acima exposto, enquanto que o segundo consiste na habilitação outorgada a alguém para que este possa se tornar titular de direitos e também de deveres.

A capacidade por sua vez, é dividida em duas, quais sejam: a capacidade de fato e a de direito, exatamente por isso, acima foi dito também que a capacidade pode ser entendida como a medida da personalidade, pois ela é plena para alguns, enquanto que para outros não. O próximo tópico trará exatamente este assunto.

Da capacidade de fato e da capacidade de direito

Doravante trataremos sobre o tema da capacidade. Conforme já foi exposto na presente pesquisa, esta é dividida em duas, sendo a primeira a capacidade de direito e a segunda a capacidade de fato, é imprescindível que Revista Jurídica do Centro Universitário "Dr. Edmundo Ulson" – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

entendamos e saibamos diferenciar estas, para que consigamos compreender o presente estudo como um todo. O assunto das capacidades está umbilicalmente ligado ao da personalidade, desta forma, se torna evidente a importância de tal assunto para a compreensão do objeto do presente artigo.

A capacidade de direito ou capacidade de gozo é a aptidão para ser titular de direitos e deveres no mundo jurídico. A capacidade de fato ou capacidade de exercício é a aptidão para a prática dos atos jurídicos, ou seja, é a possibilidade de alguém praticar atos jurídicos visando a aquisição, modificação ou extinção das relações jurídicas. A capacidade de fato é variável, já que depende do grau de entendimento e vontade própria da pessoa. (MELLO, 2017, p. 125)

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde e desenvolvimento mental, a lei, com o intuito de protegê-las, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste. (GONÇALVES, 2017, p. 97)

Assim, os recém-nascidos e os amentais sob curatela possuem apenas a capacidade de direito, podendo, por exemplo, como já se afirmou, herdar. Mas não têm a capacidade de fato ou de exercício. Para propor qualquer ação em defesa da herança recebida, precisam ser representados pelos pais e curadores, respectivamente. Quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada e necessita, como visto, de outra pessoa que substitua ou



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

complete a sua vontade. São, por isso, chamados de “incapazes”.
(GONÇALVES, 2017, p. 97)

Percebe-se desta forma que de fato há uma diferença entre a capacidade de fato e a de direito, tal diferença se dá exatamente no conceito de que para se adquirir a primeira é necessário que se tenha alguns requisitos expressos pelo texto legal, tais como a maioridade ou até mesmo que se tenha plenas capacidades mentais, enquanto que para se adquirir a segunda é preciso apenas que se tenha nascido com vida. Conclui-se então que somente se tem a capacidade plena no momento em que se tem as duas capacidades concomitantemente.

Do Início Da Personalidade.

O presente artigo tem como tema principal, o amparo que o ordenamento jurídico concede ao nascituro. Este assunto tem total conexão com o instituto da personalidade, pois este é, para o direito, o requisito primordial para que alguém possa se tornar sujeito de direito. Notadamente então se evidencia a necessidade de se entender o instituto da personalidade para que consigamos de fato compreender qual é o real amparo que o direito brasileiro confere ao nascituro.

O direito reconhece personalidade também a certas entidades morais, denominadas pessoas jurídicas, compostas de pessoas físicas ou naturais, que se agrupam, com observância das condições legais, e se associam para melhor atingir os seus objetivos econômicos ou sociais, como as associações e sociedades, ou constituídas de um patrimônio destinado a um fim determinado, como as fundações. (GONÇALVES, 2017, p. 96)



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Prescreve o art. 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. De acordo com o sistema adotado, tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser. (GONÇALVES, 2017, p. 101)

O artigo acima referido explicita o principal questionamento da presente pesquisa, pois diz que a personalidade civil só se iniciará quando se der o nascimento com vida, dando a entender que somente se pode ser titular de direitos e deveres no mundo jurídico após esse acontecimento, entretanto, logo após, faz uma contraposição, ao dizer que o nascituro, mesmo ainda não tendo, por óbvio, nascido com vida, ainda terá resguardado os seus direitos.

Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando que tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. (GONÇALVES, 2012, p. 181)

Ainda com relação a esse assunto é necessário deixar claro que se houver respirado, viveu, ainda que tenha falecido logo em seguida. Lavram-se, nesse caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito, assim como dispões o §2º, do artigo 53, da Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o qual tem a seguinte redação

Art. 53, §2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Notadamente, o nascituro é aquele que foi concebido, mas que ainda não nasceu. Para Tartuce (2014, p. 76), a tese apoiada pela professora Silmara Juny Chinellato, de que a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião pré-implantatório *in vitro* ou crioconservado, ou seja, aquele que não foi introduzido no ventre materno, parece ser a mais correta. Entretanto, o autor salienta que a questão não é pacífica, pois há uma outra corrente, a qual é liderada por Maria Helena Diniz que deduz que o embrião não está abrangido pelo art. 2.º do CC/2002, uma vez que se pode diferenciá-lo do nascituro por ter vida extrauterina. Exatamente por essa discussão doutrinária existente, o antigo Projeto de Lei Ricardo Fiúza (antigo PL 6.960/2002, atual PL 699/2011), pretende incluir no comando a menção expressa ao embrião, encerrando dessa forma a polêmica.

Apesar de tudo, a maior controvérsia existente acaba ainda não sendo essa, que constitui na verdade a referente à personalidade civil do nascituro, uma vez que o art. 2.º do CC/2002 continua colocando em colisão as teorias natalistas e concepcionistas. A polêmica não foi encerrada pelo fato de a norma continuar a utilizar os termos nascimento e concepção. Na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na sua segunda parte afirma o contrário. (TARTUCE, p. 76, 2014)

No presente trabalho, buscarei fazer uma busca sobre as várias correntes que procuram justificar a situação do nascituro, para que assim então possa-se entender de fato qual é a tutela que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao embrião *in vitro*, e quando de fato se inicia a personalidade.



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

DAS TEORIAS QUE TENTAM EXPLICAR A SITUAÇÃO DO NASCITURO

Etimologicamente, nascituro é palavra derivada do latim *nasciturus*, significando aquele que deverá nascer, que está por nascer.

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo, que não foi concebido ainda. É o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, desde que venha a ser concebido nos dois anos subsequentes à morte do testador (CC, art. 1.800, § 4º). Ou seja, enquanto o nascituro é o filho que alguém já concebeu, mas ainda não nasceu, o concepturo é o filho que alguém ainda vai conceber. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 260)

O nascituro é o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno. Cuida-se do ente concebido, embora ainda não nascido, dotado de vida intrauterina. A dotação de vida intrauterina é o traço distintivo entre o nascituro e o embrião laboratorial (excedentário). (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2014, p. 110).

Observa-se uma diferença clara entre a figura do nascituro e do concepturo, sendo que o primeiro já foi concebido, ou seja, o espermatozoide já fecundou o óvulo, além de apresentar vida intrauterina. Já o concepturo muito embora o óvulo já tenha sido fecundado pelo espermatozoide, o embrião ainda não foi implantado no ventre materno.

O embrião, enquanto se encontra em processo de gestação no útero materno (nascituro), não é sujeito de direito, embora ainda não seja pessoa. O art. 2º do CC estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Isso significa que, antes do nascimento com vida, o embrião no ventre materno, não têm personalidade, mas, como já titulariza os direitos

Revista Jurídica do Centro Universitário “Dr. Edmundo Ulson” – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

postos a salvo pela lei, é sujeito de direitos. Desse modo, falecendo o pai quando o filho já se encontrava em gestação no útero da mãe, o nascituro é sucessor, a menos que não venha a nascer com vida. (COELHO, 2012, p. 525)

A proteção que a lei confere ao nascituro tem importantes implicações. Na situação mencionada acima, se o falecido já possuísse outros filhos e o nascituro não tivesse os seus direitos postos a salvo desde a concepção, ele não seria considerado sucessor e deixaria de concorrer à herança. Seria, enfim, tratado de forma injustificadamente diversa da dos seus irmãos nascidos enquanto era ainda vivo o pai. (COELHO, 2012, p. 525)

Nota-se assim, a importância de se estabelecer o início da personalidade tendo em vista que a depender desse momento, se verificará inúmeras consequências nos mais diversos ramos do direito, como sucessões e família.

Três grandes teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro. Gonçalves (2017, p. 103) faz um breve resumo das ideias presentes em cada uma destas, referido autor diz que a teoria natalista afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; já a teoria da personalidade condicional diz que o nascituro é pessoa condicional, uma vez que a aquisição da personalidade acha-se intimamente dependente de condição suspensiva, que seria o nascimento com vida, entretanto para o aludido autor, esta teoria não se configura uma terceira teoria, mas na verdade seria apenas um desdobramento da teoria natalista, visto que de igual forma parte da premissa de que a personalidade somente vai se iniciar com o nascimento com vida; e de um lado oposto, há a corrente concepcionista, esta admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a sua concepção, ressalvados eventualmente alguns direitos, quais sejam, os



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que por sua vez vão ficar condicionados ao nascimento com vida. (GONÇALVES, p. 103, 2017).

Doravante, passa-se a detalhar um pouco mais sobre cada uma dessas vertentes, para que se possa ter a compreensão do que cada uma trata, além de outras teorias que também são apontadas pela doutrina.

Da teoria natalista.

A teoria natalista é aquela que confere ao artigo 2º do Código Civil, uma interpretação meramente gramatical, apegada única e exclusivamente ao texto da lei, segundo a qual o ser humano só adquire personalidade a partir do nascimento com vida.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 131) a teoria natalista, a mais tradicional e por ora adotada, aduz que a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, desta forma, depreende-se que o nascituro não é pessoa e, portanto, este possui apenas expectativa de direito. É imprescindível, entretanto lembrar que essa questão não é pacífica na doutrina.

A teoria natalista se assenta basicamente na interpretação literal e simplista do art. 2º do Código Civil, na parte que afirma que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Conclui-se que para essa teoria, não há possibilidade de haver aquisição de personalidade antes do nascimento. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria do ventre (GONÇALVES, 2012, p. 183)



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

É bem verdade que ao se adotar a teoria natalista, alguns questionamentos vêm à tona, tendo em vista a interpretação pura e simples do texto legal.

Tartuce aponta alguns desses problemas da teoria natalista, referido autor diz que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disto, o mesmo doutrinador diz que a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Para o autor, a teoria natalista está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno. (TARTUCE, 2014, p. 77)

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária. (TARTUCE, 2014, p. 77)

Figueiredo e Figueiredo (2014, p. 116) sobre a teoria natalista informam que, a personalidade só é adquirida do nascimento com vida, de maneira que aquele já concebido, mas ainda não nascido, não teria personalidade. Trata-se de uma teoria negativista para os nascituros. São defensores desta teoria Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola e Arnold Wald;



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Uma primeira parcela da doutrina, vem entendendo que o nascituro não é, e não pode ser dotado de personalidade jurídica, abraçando, assim, a teoria natalista, pela qual a personalidade civil somente é adquirida pelo nascimento com vida. Para os adeptos dessa corrente, apenas se atribui personalidade ao ente nascido com vida e ao nascituro não se reconheceriam direitos. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 260)

Nota-se, portanto, que segundo o texto legal, apenas o nascimento com vida é capaz de conferir personalidade a determinada pessoa, entretanto, tal interpretação do Código Civil, tem se mostrado desconectada da realidade, posto os inúmeros avanços da tecnologia no sentido de possibilitar a reprodução assistida, bem como, pela tenência de um direito pós moderno de albergar, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Da teoria concepcionista.

Teoria que se opõe a natalista, é a que possibilita conferir personalidade ao nascituro, ou seja, desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, formando assim o embrião, dentro do ventre materno. Tal teoria é chamada de concepcionista.

Existe na doutrina também vários adeptos da corrente concepcionista, esta teoria foi influenciada pelo Direito Francês. De acordo com essa vertente, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo assim, considerado pessoa. Essa linha doutrinária rende ensejo inclusive a se admitirem efeitos patrimoniais, como o direito aos alimentos, decorrentes da personificação do nascituro. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 131)



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

A teoria concepcionista enfrenta, dentre outras, as seguintes críticas: que o legislador, ao consignar, no art. 2º do Código Civil, que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, em verdade pretendeu referir-se à expectativa, e não a direito. Assim, a proteção de direito do nascituro é, na verdade, proteção de expectativa, que se tornará direito se ele nascer vivo; que a proteção que se pretende atribuir ao nascituro, na teoria concepcionista, possui fundamento constitucional, sendo desarrazoado falar em direitos civis, que o legislador pretendeu condicionar ao nascimento com vida. (GONÇALVES, 2012, p. 186)

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Conforme Tartuce (2014, p. 78) esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Como se pode notar, a teoria concepcionista é aquela que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro. Para essa corrente, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção. (TARTUCE, 2014, p. 78)

Já quanto a Maria Helena Diniz, há que se fazer um aparte, pois apesar de alguns autores a colocarem como seguidora da tese natalista, isso não é verdade. A renomada doutrinadora, em uma construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material, a saber: a) Personalidade jurídica formal – é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção; b) Personalidade

Revista Jurídica do Centro Universitário "Dr. Edmundo Ulson" – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

jurídica material – mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida. (MARIA HELENA DINIZ, *apud*, GONÇALVES, 2012, p. 78)

Conforme se observa, a teoria concepcionista se opõe diretamente a teoria natalista, pois aquela confere desde a concepção, personalidade ao nascituro. Tal teoria não se limita a simples leitura do artigo 2º do Código Civil, mas faz uma interpretação sistêmica de todo ordenamento.

Essa teoria está alicerçada, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referências as regras contidas nos arts. 1.609, parágrafo único (que permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro). Assim, vislumbram que a ordem jurídica, verdadeiramente, reconhece a personalidade jurídica do nascituro, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 261)

Percebe-se que com a adoção da teoria concepcionista, confere-se ao nascituro maior proteção, tutelando-o desde a concepção, tal teoria parece se alinhar mais aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Da teoria da personalidade condicional

Apesar da existência das teorias natalista e concepcionista, parte da doutrina acredita que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, tal teoria é denominada de Personalidade condicional.

Os adeptos dessa teoria entendem que os direitos assegurados ao nascituro se encontram em estado potencial, sob condição suspensiva. Seja



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Condição necessária [ara a aquisição desses direitos é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. (GONÇALVES, 2012, p. 184).

Figueiredo e Figueiredo (2014, p. 177) comentando sobre a teoria da personalidade condicional, ensinam que o nascituro, ao ser concebido, já pode titularizar alguns direitos, em regra, de caráter extrapatrimonial. Seriam os nascituros dotados, desde a concepção, apenas com o nascimento com vida (condição suspensiva) é que o atributo da personalidade se completaria, sendo possível a conferência de direitos patrimoniais ao nascituro. Até o nascimento, os direitos de conteúdo patrimonial ficam sob condição suspensiva.

No mesmo sentido, Farias e Rosenvald (2015, p. 261) informam que para essa corrente o nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira personalidade jurídica condicional (teoria condicionalista), porque haveria uma condição pendente para a implementação de sua personalidade (o nascimento com vida).

Verifica-se, portanto, que pela corrente da personalidade condicional o nascituro é pessoa desde que preencha determinada condição, um evento futuro e incerto, a saber, nascer com vida.

Tartuce (2014, p. 77-78) aponta que o grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade em favor do nascituro. Ressalte-se, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como tenta dizer esta corrente.

Revista Jurídica do Centro Universitário "Dr. Edmundo Ulson" – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

DA TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

Atualmente, verifica-se cada vez mais uma constitucionalização de institutos privados, sendo que a Constituição deve sempre ser utilizada como guia e norte interpretativo do Código Civil, é nesse contexto que se deve buscar o máximo de proteção aos direitos do nascituro.

Segundo Tartuce (2007, p. 11) a proteção constante da atual codificação, quanto ao nascituro, não esgota a matéria, não se podendo neste caso, ser afastada a proteção de outros direitos, principalmente dos direitos fundamentais, revisto na nossa Carta Magna, a Constituição Federal de 1988 nos seus dispositivos iniciais (arts. 1º a 5º). Desta forma, por isso é que é correto dizer que, quanto aos direitos da personalidade, o Código Civil atual adota um sistema aberto, que não afasta a proteção de outros direitos assegurados constitucionalmente.

Ainda conclui o mesmo autor, sobre o tema que, neste caso, temos em vigor uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, que ampara uma proteção ampla e integral. Essa proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos, como antes se afirmava. Essa é a principal razão para se dizer que o nosso sistema adotou a teoria concepcionista, pois não se pode negar ao nascituro esses direitos fundamentais e tidos como de personalidade. Sendo assim, o



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade. (TARTUCE, 2007, p. 11-12)

O mesmo autor ainda complementa o aludido tema, dizendo

Sem prejuízo disso, pode-se dizer que a própria Constituição Federal protege os direitos do nascituro ao prever, em seu art. 225, a proteção do Bem Ambiental, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. (TARTUCE, 2007, p. 12)

Percebe-se que a tutela ampla dos direitos do nascituro, extrapolando a mera letra da lei prevista no artigo 2º do Código Civil, demonstra íntima relação entre este e a Constituição Federal de 1988, promovendo uma leitura crítica e mais alinhada aos valores constitucionalmente garantidos.

Figueiredo e Figueiredo (2014, p. 118) também comentam, e dizem que a despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária existente, já apresentada nesta pesquisa, é fato que nos termos da legislação em vigor, o nascituro ainda titulariza proteção legal a alguns direitos como nos caso de: a) é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, a integridade física, o direito à proteção pré-natal, etc.); b) pode receber doação, aceita pelo seu representante (curador), e sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão inter vivos, conforme o art. 542 do Código Civil, mesmo que o gozo do direito de propriedade fique condicionado ao seu nascimento com vida; c) pode ser beneficiado por legado ou herança, na forma do art. 1798 do Código Civil; d) pode ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus interesses, consoante arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil; e) tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de sua paternidade; f) a Lei 11.804/2008 instituiu a possibilidade do pleito de alimentos gravídicos,



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

deferidos à gestante, em favor do nascituro, desde a concepção até o parto, entre outras situações.

Não somente no Direito Civil encontra-se a proteção ao nascituro, Farias e Rosenvald (2015, p. 266), informam que no âmbito do Direito do Trabalho, a proteção ao nascituro pode ser facilmente percebida através do reconhecimento de estabilidade provisória da gestante, cuja finalidade, em última análise, é a proteção do nascituro, assegurando-lhe condições materiais para um nascimento digno.

É também perceptível pela leitura do artigo. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que à empregada gestante é conferida a estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sendo o objetivo desse artigo não somente a proteção da gestante com relação a dispensa arbitrária do empregador, mas também a própria proteção do nascituro.

Por todo o exposto é imperioso afirmar que o nascituro é pessoa humana, titular de direitos. Não há que se falar em mera expectativa de direitos, tendo em vista que uma interpretação sistêmica e alinhada a valores constitucionais, nos apontam para o reconhecimento claro do nascituro como pessoa humana.

DA QUESTÃO DOS EMBRIÕES

Tema atual e que causa certo debate no meio acadêmico é a possibilidade de se estender a tutela conferida ao nascituro também aos embriões que ainda não se encontram no ventre materno. Para tanto, necessário se faz alguns esclarecimentos prévios a respeito de determinados conceitos estranhos ao direito, de forma a tornar mais claro esse tema.



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

A procriação artificial (ou reprodução assistida) pode ocorrer de duas formas: a) a inseminação artificial; b) a fecundação *in vitro*. A inseminação artificial poderá ocorrer de duas maneiras distintas, a saber: a) homóloga; b) heteróloga. A inseminação artificial é a inserção do sêmen no corpo da mulher, realizada artificialmente, quer através da via transabdominal ou pela via transvaginal. A inseminação artificial é denominada homóloga quando o sêmen inserido é do próprio marido; a inseminação é chamada heteróloga quando o sêmen inserido na mulher é de outro homem que não o marido. Neste caso, é normal a utilização de “bancos de sêmen”. (MELLO, 2017, p. 122)

Na fecundação *in vitro* ou fecundação extracorpórea, realizada em laboratório, em síntese, a mulher é submetida a uma estimulação hormonal para que se possa retirar vários óvulos; a seguir os óvulos são aspirados e colocados em contato com os espermatozoides numa placa. Estas placas são transferidas para uma estufa que simula o ambiente das trompas. Neste ambiente ocorrerá a fecundação e a transformação em embriões. (MELLO, 2017, p. 122)

Vem se discutindo, especialmente em sede doutrinária, sobre a aplicação da tutela do nascituro também aos embriões laboratoriais (*in vitro*), ainda não implantados no corpo humano. Os embriões laboratoriais (embriões *in vitro*) são aqueles remanescentes de uma fertilização na proveta (embriões excedentários) ou que foram preparados para serem implantados em uma mulher, mas ainda não o foram (embriões pré-implantatórios). Evitando um posicionamento precipitado, o Código Civil de 2002 silenciou sobre a proteção do embrião laboratorial, deixando a matéria, acertadamente, para a legislação extravagante. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 269)

Os mesmos autores (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 269) ainda dizem vem se entendendo, no direito brasileiro, que o embrião laboratorial não

Revista Jurídica do Centro Universitário “Dr. Edmundo Ulson” – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

dispõe da proteção dedicada ao nascituro (àquele que já foi concebido no ventre). Com isso, o entendimento é de que não são aplicáveis aos embriões *in vitro* os direitos da personalidade.

Com relação ao assunto em questão, entendendo-se os embriões congelados não dispõem da proteção deferida ao nascituro (portanto, não são titulares de direitos da personalidade), a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), permite, em seu art. 5º, que os embriões congelados, não utilizados no prazo de três anos, sejam encaminhados para pesquisas com células-tronco, referido artigo tem o seguinte teor:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento

. Com isso, ao reconhecer a possibilidade de descarte dos embriões congelados não utilizados durante três anos, a legislação brasileira está, abertamente, negando a incidência dos direitos da personalidade ao embrião de laboratório.

É demasiadamente importante lembrar aqui então que depois de diversos debates, a Suprema Corte brasileira, através de seu Plenário, reconheceu a constitucionalidade do citado dispositivo legal (art. 5º da Lei de Biossegurança). No voto condutor do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, o Ministro Carlos Ayres Britto asseverou que a "proteção constitucional do direito à vida não atinge o embrião humano



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

fertilizado *in vitro*. Isso se deve ao silêncio da Constituição Federal sobre o início da vida humana" e à afirmação contida no art. 2º da Lei Civil de que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida". (BRASIL, 2008).

CONCLUSÃO

Com o presente estudo, pôde-se compreender o conceito de pessoa natural, a qual traz o sentido de que o ser humano e a sua dignidade são os fundamentos principais da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema normativo. Entendendo que este é o fundamento principal para a existência da ciência jurídica.

Tratou-se também sobre o instituto da personalidade, a qual está ligada ao conceito de pessoa natural, e que segundo a legislação vigente, todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Ao longo do trabalho demonstrou-se que a referida personalidade pode ser entendida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil.

Conforme o conceito exposto entende-se que a personalidade é um pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. Desta forma está totalmente ligada também ao conceito de nascituro. O qual segundo estudo apresentado consiste naquilo que está por nascer, mas já concebido no ventre materno. Ou seja, é o ente concebido, embora ainda não nascido, dotado de vida intrauterina. A dotação de vida intrauterina é o traço distintivo entre o nascituro e o embrião laboratorial (excedentário).



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

A grande discussão, e tema central da presente pesquisa é o debate sobre a situação entre o nascituro e o direito de personalidade. Demonstrou-se as principais teorias que tentam elucidar a questão de quando o ser humano passa a ter personalidade. Conhecido isso então, pode-se entender o que a legislação brasileira pretendeu resguardar os direitos do nascituro, conforme exposto ao longo da pesquisa.

Conferir ao nascituro os direitos da personalidade se dá em virtude de uma constitucionalização de institutos privados que se mostra salutar e necessária para resguardar com maior abrangência e eficácia os direitos previstos na Constituição Federal. Nota-se ainda que os nascituros têm resguardados diversos direitos fundamentais, inclusive os de personalidade. Desta forma, é garantido inclusive aos nascituros, pela lei, o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade.

Relativo aos embriões, como já praticamente está firmado entendimento de que estes não têm resguardado o direito de personalidade e da proteção jurídica dos direitos da personalidade, nada impede que o embrião congelado seja usado para superar o infortúnio alheio, em benefício da saúde e da ciência, assim como da vida, através das pesquisas médicas, como bem reconheceu o Supremo Tribunal Federal.

Convém lembrar, que o presente tema é demasiadamente extenso, desta forma, não foi objetivo da presente pesquisa esgotar o assunto, mas sim, fomentar o estudo a respeito de um tema que ainda terá muito a ser discutido em virtude dos avanços tecnológicos no campo da reprodução assistida.



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** de 05 de outubro de 1988, disponível em : <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. **Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510/ Distrito Federal.** Relator: BRITTO, Ayres. De 29 MAI 2008. Publicado no DJe 96, Divulgação 27/05/2010, Publicação 28/05/2010, Ementário 2403-1. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acessado em 30 ago.2018

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral.** volume 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB,** volume 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil: Parte geral.** 4ª ed. ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRANCESCHET, Júlio Cesar; INÁCIO, Wagner. **Direito civil: Parte geral.** 2ª ed. ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil,** volume 1: parte geral. Rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Revista Jurídica do Centro Universitário "Dr. Edmundo Ulson" – UNAR, Araras, v.18, n.01, p.177-208, nov.2018. DOI: 10.18762/1983-5019.20180009



REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS- ESTADO DE SÃO PAULO
VOLUME 18 – Nº 01 - 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1:** parte geral. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado.** vol 1, 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. - Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 2017.

TARTUCE, Flavio. A situação jurídica do nascituro: Uma página a ser virada no direito brasileiro. **Questões Controvertidas no novo Código Civil.** Volume 6. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.