V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; José Sérgio Saraiva – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-502-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2.Biodireito. 3. Direitos dos animais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS I

Considerado neófito o tema com tal conjugação para efeitos de encontros do COMPEDI, foi selecionado 21 textos da área do Biodireito e Direito dos Animais. Entretanto, apresentados 19 deles de maneira surpreendente e inovadora, diante da qualidade preparatória de alguns para qualificação profissional e outros, direcionados a pesquisa, considerando as finalidades dos programas de pós-graduação, nível mestrado stricto sensu e de doutoramento.

São eles, com destaque para "A ALTERIDADE COMO INSTRUMENTO PARA REDUÇÃO DA ASSIMETRIA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DAS VULNERABILIDADES" (de Adriana Bandeira Cerqueira Zollinger, Ana Thereza Meireles Araújo), "A BIOÉTICA E OS PILARES DO DIREITO: UM NOVO PENSAMENTO COLETIVO JURÍDICO" (de Eloy Pereira Lemos Junior, Artemis Dias Santos), "A LIMITAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: IMPACTOS ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E HETEROSSEXUAIS IMPOSSIBILITADAS DE REPRODUZIR NO BRASIL" (de Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, Ana Paula Galvão Mello , Yuri Silva Cardoso), "DIREITOS REPRODUTIVOS E INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL: HIPERJUDICIALIZAÇÃO E EFEITO BACKLASH" (de Mariana Carolina Lemes, Cinthya Sander Carbonera Zauhy), "DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ÂMBITO FAMILIAR" (de Heloisa Fernanda Premebida Bordini, José Sebastião de Oliveira), "DILEMAS BIOÉTICOS E TECNOLOGIAS DE MELHORAMENTO HUMANO: UMA DISCUSSÃO SOBRE PATERNALISMO JURÍDICO E A AUTONOMIA PRIVADA SOB A ÓTICA DO DIREITO DE PERSONALIDADE" (de Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Evandro Luan de Mattos Alencar , Evander Dayan de Mattos Alencar), "PARADIGMA DA PÓS MODERNIDADE: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA" (de Beatriz Vieira Muchon Crivilim, Júlia Gaioso Nascimento, Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador), "O TRANSGÊNERO NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE SAÚDE E DIREITO" (de Janaína Machado Sturza, Paula Fabíola Cigana), "RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MANIPULAÇÃO GENÉTICA" (de Temis Chenso da Silva Rabelo

Pedroso, Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador , Stéphany Freiberger Gonzales), "ENTRE A AUTONOMIA E A VEDAÇÃO DAS PRÁTICAS DE EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO BRASILEIRO" (de Indyanara Cristina Pini), "O CASO ALAIN COCQ: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE E AUTONOMIA DECISÓRIA NO PROCESSO DE MORTE À LUZ DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO" (de Daniela Zilio, Riva Sobrado De Freitas), "POSSÍVEIS ELOS ENTRE A FILOSOFIA DE ESPINOSA E O DIREITO À MORTE DIGNA" (de Sergio Luís Tavares), "MEIO AMBIENTE E SAÚDE: REFLEXÕES SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA" (de Tagore Trajano de Almeida Silva, Henrique Costa Princhak), "A CONSCIÊNCIA AMBIENTAL E O CONSUMO CONSCIENTE: AÇÕES, TECNOLOGIA DE BEA E SUA LEGISLAÇÃO NO BRASIL" (de Ricardo Alexandre Costa, Carlos Renato Cunha), "LEVANTAMENTO POPULACIONAL DE EQUÍDEOS NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE: UM SUBSÍDIO PARA TOMADAS DE DECISÕES PÚBLICAS".

(de Barbara Goloubeff), "A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS" (de Rafael Siegel Barcellos, Rogério Raymundo Guimarães Filho), "OS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E O AVANÇO TECNOLÓGICO A CONTRIBUIR COM A PROTEÇÃO ANIMAL" (de Jéssica Amanda Fachin , Hassan Hajj, Marina Grothge de Lima), "A PERSONALIDADE DOS ANIMAIS MEDIANTE AS VERTENTES DO BEM-ESTAR ANIMAL E DO ABOLICIONISMO ANIMAL" (de Isabela Furlan Rigolin, Alexander Rodrigues de Castro), "INTRODUÇÃO DE ESPÉCIES ANIMAIS INVASORAS EM AMBIENTES NATIVOS E OS IMPACTOS GERADOS NO ECOSSISTEMA BRASILEIRO" (de Samuel Soares Chaves, Sébastien Kiwonghi Bizawu, Ivone Oliveira Soares), e "O CRIME DE MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS E O CONFLITO DE NORMAS ENVOLVENDO ANIMAIS EM QUESTÕES CULTURAIS" (de Luís Henrique Suzin), que demonstram por si só a importância capital de cada um para pesquisa e a pós-graduação em direito, mesmo àqueles sem conteúdo econômico, mas atrelados na busca de consciência plena do individuo para o exercício do viver e da cidadania, sustentabilidade e binaridade: vontade-escolha e Direito e saúde.

Em apertada síntese é possível extrair dos textos apresentados, dois grupos ou linhas para o direito, embora interdisciplinarmente estende-se a outros ramos da ciência e do conhecimento.

O Biodireito como uma área do Direito Público que objetiva a preservação da dignidade humana e da bioética, cujas normas deontológicas e cientificas recebem os avanços da medicina e da biotecnologia. E o Direito dos animais, que a partir de suas espécies vinculam

naturalmente ao meio ambiente do homem, têm direito de viver e crescer de acordo com as suas condições, inerente a vida e a liberdade que lhes são próprias, cujos cuidados e proteção vinculam ao homem, por meio de normas universais e leis específicas, inclusive princípios morais e éticos.

O primeiro grupo, com atuação na pós-graduação, parte significativa dos textos se dirigem à pesquisa, sem excluir alguns, que aperfeiçoados seus temas, objetivos e finalidades, estão em condições de serem alocados para a área da profissionalização, segundo pode ser abstraído do resumo de cada texto, salvo melhor compreensão e interpretação diversa, como exemplo o primeiro trabalho, que busca demonstrar a necessidade de "reduzir as diferenças existentes na relação médico-paciente", diante das vulnerabilidades decorrentes dos serviços médicos prestados, apontados pelas suas autoras. O quarto e quinto textos, por sua vez, ainda que em zona cinzenta entre a profissionalização e a pesquisa, têm condições de fazer parte de políticas públicas efetivas, para serem aprovadas e posteriormente, colocadas em prática, visando promover o processo consciente de inclusão daquelas famílias, por meio de regulamentação jurídica da "gestação por substituição", bem como as hipóteses claras e objetivas do "Direito Reprodutivo e a Interrupção Voluntária", capazes de minimizar a hiperjudicialização, permitindo maiores esclarecimentos e conscientização da população e racionalizar os movimentos e partidos políticos acerca da gravidez no Brasil, muito bem propostos pelos autores.

Ainda na mesma linha do Biodireito, os textos de número dois, três, seis a quinze, por meio de uma leitura atenta, capacita uma compreensão dos direitos, mesmo sem um conteúdo econômico, porém ancorados nas garantias constitucionais de liberdade de pensamento individual e coletivo, de expressão, privacidade e autonomia de decisão, a utilização concreta e efetiva de princípios jurídicos como o da fraternidade nas pesquisas, o da personalidade e proteção ao nascituro, bem como os dilemas deles acarretados, bem como as responsabilidades advindas pela utilização das ferramentas próprias da pós-modernidade, ou seja, as tecnologias na sua mais ampla acepção do termo, em especial a inteligência artificial na interferência genética e no direito de viver e de morrer, por meio da eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, para concluir por um direito digno de viver conscientemente, num meio ambiente equilibrado e de plena saúde, no dizer de seus autores.

O segundo grupo ou linha do direito, com atuação na pós-graduação e maior incidência na área da profissionalização, sem excluir alguns, que estão em condições de pesquisa, desde que aprimorados seus temas, objetivos e finalidades, também extraídos do resumo de cada texto, repita-se, salvo melhor compreensão e interpretação diversa, os trabalhos vinculados aos Direitos dos Animais, que vêm se agigantando nos trabalhos de pós-graduação e de

pesquisa dos nossos encontros do “COMPEDI”, se destacam pelas características, predominantemente empírico-analítico, segundo seus responsáveis, como vê dos textos dezesseis a vinte um, por meio de “levantamento populacional de equídeos”, destinado a tomada de decisões públicas, passando pelos “riscos e impactos ao ecossistema gerados pela introdução de espécies de animais invasores em ambientes nativos”, destacando os crimes ambientais de “maus tratos contra animais” diante de “normas envolvendo animais em questões culturais”, que por sua vez, perpassa pelas situações de “animais sujeitos de direitos e o avanço tecnológico contribuir com a proteção animal”, e a “personalidade dos animais” de acordo com o bem-estar destes, até a “cooperação jurídica internacional em matéria penal, como instrumento de efetivação dos direitos dos animais”, tudo em prol da prática de proteção e garantias dos Direitos dos Animais.

Finalmente, não poderíamos deixar de registrar a evolução e importância dos trabalhos na atualidade e para o futuro do Direito, por meio do ensino-aprendizagem, dos programas da pós-gradução e da pesquisa.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza (UNIJUI)

Profº. Dr. Heron José de Santana Gordilho (UFB)

Profº. Dr. José Sérgio Saraiva (FDF – Faculdade de Direito de Franca)

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO NO AMBITO FAMILIAR

THE RIGHTS OF PERSONALITY AND THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE BIRTH IN THE FAMILY

Heloisa Fernanda Premebida Bordini [1]
José Sebastião de Oliveira [2]

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de existência da personalidade jurídica do nascituro. Importante ressaltar que há três teorias principais, sendo que nenhuma delas esta pacificada em nosso ordenamento jurídico. A personalidade jurídica do nascituro é debate desde os tempos antigos, sendo assim, é importante a utilização do direito comparado, a fim de verificar outras perspectivas de estudos. Para tanto utilizou-se o método hipotético-dedutivo, fundamentado na revisão bibliográfica de obras, artigos, doutrinas e legislação. Como resultado, verificou-se uma lacuna no direito brasileiro com relação ao início da implementação dos direitos da personalidade com relação ao nascituro.

Palavras-chave: Direitos do nascituro, Personalidade jurídica, Início da personalidade do nascituro

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the work is to analyze the possibility of existence of the legal personality of the unborn child. It is important that there are three main theories, none of which are pacified in our legal system. In order to do so, the doctrinal hypothetical-deductive method was used, fundamental in the bibliographic review of works, articles, legislation and legislation. As a result regarding the birth of a gap in Brazilian law regarding the beginning of the implementation of personality rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rights of the unborn, Legal entity, Beginning of the personality of the unborn

[1] Mestranda em Ciências Jurídicas da CESUMAR; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UniBF; Bacharel em Direito, pela UEM; Advogada no Paraná; Email: heloisabordini@gmail.com.

[2] Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutor em Direito; Mestre em Direito Negocial; Graduado em Direito; Professor; Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito; E-mail: drjso1945@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A tipificação do início da personalidade civil é de extrema relevância por se tratar de um assunto com discussões polêmicas, assim é importante que seja definido a partir de que momento o nascituro passa a ter direitos, para que os mesmos possam ser resguardados.

Das três teorias principais, o Código Civil brasileiro adota a natalista, mas resguarda alguns direitos do nascituro, pendendo então para a concepcionista, assim resta claro ao ler o art. 2º do Código Civil, de 2002, sendo contraditório até certo ponto, no tocante a questão de não esclarecer qual teoria é adotada no ordenamento pátrio, gerando dúvidas e aberturas a discussões de direitos dos nascituros.

Será analisado o conceito de nascituro sob a perspectiva das três teorias dominantes no ordenamento brasileiro, observando seus conceitos e particularidades, e filiando-se a teoria concepcionista, a qual considera os direitos do nascituro desde a sua concepção, independendo, portanto, do nascimento, para que lhes sejam assegurados direitos.

Por se tratar de um tema um tanto quanto polêmico será realizado um breve estudo no direito estrangeiro, a fim de que se verifique o tratamento do nascituro em outros países.

Assim, resta configurada a importância do tema e a problemática causada pela não definição de um regulamento específico que especifique o início da personalidade do nascituro pelo ordenamento brasileiro, revelando assim uma insegurança jurídica. Para tanto, se utilizou do método hipotético-dedutivo, fundamentado na revisão bibliográfica de obras, artigos, doutrinas e legislação.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente foi já na Grécia Antiga admitida a capacidade jurídica do nascituro, contribuindo assim para o estudo da embriologia e do aborto. No Direito Romano o nascituro era desprovido de capacidade jurídica, exigindo-se o nascimento com vida para tanto. Já na Idade Média o homem deixa de ser considerado um objeto, mas sim sujeito de direitos, contribuindo assim para a construção dos conceitos de pessoa e personalidade, utilizados até a modernidade.

No Brasil, foi após a Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais e também os direitos da personalidade se tornaram relevantes, devido a adoção do Princípio da

Dignidade da Pessoa Humana, no art. 1º, inciso III, sendo tido como princípio maior e fundamento da República.

Houve também a incorporação do Pacto de São José, que versa sobre o direito à vida, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Código Civil de 2002, passando a ser o primeiro direito tutelado, e assim, dele decorrem os demais direitos a serem resguardados pelo ordenamento jurídico.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º e na Convenção sobre o Direito das Crianças, Decreto nº 99.710 de 21 novembro de 1990, tratam da proteção e do direito à vida, definindo como criança/adolescente todos os seres humanos menores de dezoito anos, abrangendo assim os nascituros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente institui ainda a efetivação de políticas públicas a fim de permitirem o nascimento e o correto desenvolvimento da criança, conforme disposto em seu art. 7º.

Ainda, é importante ressaltar que conforme art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos são constitucionais, em decorrência da Emenda Constitucional 45/2004.

As características do direito a vida, nas palavras de Adriano de Cupis é: "O direito à vida, quando considerado ulteriormente na sua inerência ao sujeito, caracteriza-se pela sua intransmissibilidade, irrenunciabilidade, e outros, como todos os direitos da personalidade" (CUPIS, 2004, p.73).

Assim, o direito a vida é um direito fundamental, personalíssimo, irrenunciável e intransmissível, assim como os demais direitos da personalidade.

Infraconstitucionalmente, o art. 2º do Código Civil de 2002 dispõe que apesar da personalidade civil iniciar-se com o nascimento com vida, a lei resguarda os direitos do nascituro desde a sua concepção, assim o referido código mescla duas teorias, a princípio adotando a teoria natalista e, ao resguardar os direitos do nascituro desde a concepção, também a teoria concepcionista.

Ocorre, que de acordo com Ives Gandra Martins: "O direito ao nascimento natural, com ou sem vida, é uma consequência do direito à vida. O direito à vida não é uma garantia à vida ou de vida, mas uma garantia de ter a expectativa de viver, e, por isso, de nascer" (MARTINS, 2005, p.437)

Portanto a personalidade seria uma capacidade para que se possa postular direitos, como também receber obrigações, perante a ordem jurídica.

Daí parte-se o importante conceito de que a personalidade civil só se adquire a partir do nascimento com vida, pois é só a partir de então que o indivíduo se torna sujeito de direitos e deveres, independentemente da vida ter se iniciado desde a concepção.

Mas não é porque a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida que o nascituro não goze de legitimidade processual, ocorre apenas que o mesmo é por representação, sendo pela própria mãe ou ainda um curador. O importante é que o nascituro é sim titular de direitos, mesmo que potenciais.

Na mesma vertente dispõe Giseli Marques Bianchini:

> A representação, assim como nos casos dos menores impúberes, se dá, em regra, por seu representante legal. Ocorre, entretanto, que, em determinadas situações, os interesses do nascituro e de seus representantes podem conflitar. Diante desta situação o nascituro será representado por outrem. Neste sentido tem-se entendido que o mais apto para fazê-lo é o representante do órgão do Ministério Público. [...] Pode ocorrer ainda situações em que a gestante não seja detentora do poder familiar. Diante destas situações é possível nomear ao nascituro um curador para que aja em favor de seus interesses [...] art. 1779 do vigente Código Civil (BIANCHINI, 2011, p.100).

Restando claro então que o nascituro não tem personalidade para adquirir ou defender seus próprios direitos, dependendo, portanto, de representação para tal, o que não modifica o fato de ser detentor de direitos.

Conforme o Código Civil de 2002, o início da vida jurídica se dá, no ordenamento brasileiro, a partir do nascimento com vida, bem delimitado quando ao separar-se do ventre materno o nascituro não mais depende de outro organismo para sobreviver, sendo ainda que caso seja natimorto, nunca adquiriu personalidade.

Há no ordenamento jurídico a garantia do direito à vida do nascituro, mas a personalidade civil só se dá ao nascer com vida. Já no Direito Romano, para ser considerado merecedor de personalidade jurídica, o nascituro deveria nascer com vida e possuir forma humana (CHAVENCO; OLIVEIRA, 2012).

Assim, resta ambígua posição do ordenamento brasileiro com relação ao direito da personalidade do nascituro.

3 DAS PRINCIPAIS TEORIAS ADOTADAS

Inicialmente foram adotadas três teorias principais, como sendo a Natalista, a Concepcionista e a da Personalidade Condicionada, mas há outras teorias relacionando o início do marco da vida com o então direito da personalidade, como a teoria do embrião como pessoa em potencial e a teoria genético-desenvolvimentista (CHAVENCO; OLIVEIRA, 2012).

A teoria Natalista ou Filosófica, defende que a vida tem início após o nascimento, e assim torna-se um indivíduo independente, portanto para esta teoria o embrião não teria personalidade jurídica, mas apenas expectativa de direitos.

Já a teoria Concepcionista ou Cariogamia, defende que a vida se inicia na concepção, sendo tido a formação do zigoto[1] como marco de um novo ser, com nova identidade genética.

Neste caso utiliza-se de um representante legal ou ainda um curador a fim de representar o nascituro, para que assim possa garantir seus direitos. Afirma ainda Eduardo Leite que, o direito de integridade física, do nascer e da vida, é direito do nascituro, e não da mãe (LEITE, 1996).

No Brasil há muitos pesquisadores adeptos a esta teoria, como Teixeira de Freitas; Pontes de Miranda; Rubens Limongi França; Anacleto de Faria e André Franco Montara; Ives Gandra da Silva Martins; Francisco dos Santos Amaral Neto e Silmara J. A. Chinelato e Almeida.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro resguarda alguns direitos ao nascituro, independentemente da condição nascimento com vida, como o acompanhamento pré-natal (referente a saúde do mesmo e da genitora), alimentos gravídicos, reconhecimento a filiação, a criminalização do aborto, dentre outros.

Esta dualidade de teorias adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é o que gera a possibilidade de maiores discussões sobre temas controvertidos em relação aos direitos dos nascituros.

[1] Zigoto, ou célula-ovo, é a célula formada após a união do espermatozoide com o ovócito

A terceira teoria mais adotada é a da Personalidade Condicionada, esta defende que apesar da personalidade ser adquirida na concepção, esta fica condicionada ao nascimento com vida, como uma condição suspensiva, como bem explicitado por "assim, para o nascituro não haveria apenas expectativa de direitos, mas sim direitos adquiridos que seriam extinguidos pelo implemento da condição de nascer morto" (CHAVENCO; OLIVEIRA, 2012).

Há também algumas teorias menos exploradas como a do embrião como pessoa em potencial, a qual define que o nascituro só adquire vida após o décimo quarto dia gestacional, pois é a partir de então que forma-se a linha primitiva, iniciando assim o sistema neurológico, e a teoria genético-desenvolvimentista tida por "desde a concepção há uma forma de vida pela própria natureza, mas não uma pessoa com dignidade inerente a ela, o que possibilitaria a manipulação do embrião para fins terapêuticos, sem violar a dignidade da pessoa humana e o patrimônio coletivo genético da humanidade" (CHAVENCO; OLIVEIRA, 2012).

Assim, a função primordial do ordenamento jurídico é que ele se adapte à realidade social, econômica e cultural, acompanhando a evolução da sociedade, tendo como finalidade do presente trabalho que haja o pensamento crítico sobre a consideração do início da personalidade com a concepção, ou seja, a fecundação.

4 DAS DEFINIÇÕES DE NASCITURO

Iniciando fora do mundo jurídico Caldas Aulete define nascituro como um produto final da concepção, mas antes de nascer, ou seja, ser dado à luz (AULETE, 1964, p.2738), não mais importando em que fase evolutiva esta pois já é sujeito de direito.

Já no mundo jurídico, para Marcio Martins Moreira, em sua obra "A Teoria Personalíssima do Nascituro", frisa que:

> A vida se inicia com a nidação, isto é, após a fusão do esperma e do óvulo, com a consequente fecundação e implantação. O óvulo fecundado, agora ovo ou zigoto, se fixa no útero materno, que propicia ambiente para a gestação do ser humano e os nutrientes necessários ao seu desenvolvimento. (MOREIRA, 2003, p. 18-19)

E para Paulo Carneiro Maia, é conceituado como sendo o embrião gerado ou concebido, ainda não tendo surgido a luz como ente apto. (MAIA, 1980)

Já para Silmara Chinelato, o nascituro seria ainda a pessoa que não nasceu, mas já concebida no ventre materno, e assim é diferenciada do ser humano fecundado in vitro, sendo necessário então a implantação do pré-embrião no útero materno para que se desenvolva como vida, com exceção ao congelamento ou a criopreservação (CHINELATO, 1992).

Sendo assim então os embriões extrauterinos ou excedentários, ou seja, queles que não foram implantados, assim permanecendo em ambiente externo, ainda que criopreservados ou congelados, não são abrangidos e, portanto, não compreendidos como nascituros.

Em pensamento complementar ao apresentado até o presente momento, temos que:

> [...] somente se poderá falar em nascituro quando houver a nidação. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevida do ovo, sua viabilidade, Assim sendo, o embrião na fecundação in vitro não se considera nascituro. (CHINELATO, 2000, p.182)

Assim teríamos que, os embriões concebidos in vitro não seriam detentores de direitos até o momento que fossem implantados e nidado na parede uterina, tornando possível a vida, ainda que dependente do ventre materno.

Por outro lado, a lei brasileira apesar de adotar a teoria natalista não consta o momento em que o nascituro passa a apresentar a vida.

E o ordenamento pátrio vai além, institui como crime o aborto, assim tutelando o direito à vida do nascituro, criminalizando o interrompimento intencional da gravidez, o que independe da fase gestacional, protegendo então o direito de viver, ainda que em estado intra-uterino, assim relacionando o nascituro como sujeito de direito.

Compartilhando dos mesmos pensamentos Gagliano apresenta um esquema relacionando os direitos dos nascituros:

> a) o nascituro é titular dos direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.);
> b) pode receber doação, sem prejuízo do reconhecimento do imposto de transmissão inter vivos;
> c) ser beneficiado por legado e herança;
> d) ser nomeado curador ao nascituro para a defesa de seus interesses;
> e) proteção penal contra o crime de aborto;
> f) direito à realização de DNA, para efeito de aferição da paternidade;

> g) direito a alimentos, para arcar com os encargos da gestação (com exame pré-natal, remédios, enxoval, etc.) (GAGLIANO, 2006, p.85).

Resta claro vários direitos do nascituro, corroborando para a implementação da teoria concepcionista no ordenamento jurídico pátrio.

Flávio Tartuce destaca que ao ser previsto a possibilidade do reconhecimento de paternidade do nascituro, ou seja, do filho não nascido, também já se consagra direitos ao nascituro, que, para os concepcionistas, deve ser considerado pessoa, pois somente é possível reconhecer a paternidade de uma pessoa, não de uma coisa (TARTUCE, 2007, p. 100).

Já para Moreira, o nascituro poderia integrar o polo ativo da ação de investigação de paternidade:

> "O pedido proposto pelo nascituro, desde que representado, é o referente a investigação de paternidade, tendo como titular do direito o próprio nascituro, representado pela mãe, que à evidencia de argumentos jurídicos ao contrário, instrumentaliza a vontade do filho, a quem serão devidos a declaração de paternidade, podendo até ser cumulada com alimentos em sentido amplo. Nesse caminho já se decidiu (RT 703/60)" (MOREIRA, 2003, p. 47).

Para Teixeira de Freitas a justificativa é simples:

> "Não concebo (art. 16) que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa. Se se atribui direitos às pessoas por nascer, posto que, como diz Savigny, em uma ordem especial de fatos, se os nascituros são representados no caso do art. 54, dando-lhes o Curador, que se tem chamado Curador ao ventre, é forçoso concluir, que já existem, e que são pessoas, pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar (nota o art. 41), também não são pessoas os menores impúberes, ao menos até certa idade. (...) Se os nascituros não são pessoas, qual o motivo das leis penais e da polícia, que protegem a sua vida preparatória? Qual o motivo (arts. 199 e 200 Cód. Pen.) de punir-se o aborto? Qual o motivo (art. 43, Cód. Pen.) de não executar-se a pena de morto da mulher prenhe, e nem mesmo de se a julgar, no caso de merecer tal pena, se não quarenta dias depois do parto?" (FREITAS, 1983, p.83).

Tem-se elucidado que o legislador não optou nem pela teoria concepcionista, nem pela natalista, fazendo uma mescla de ambas no ordenamento jurídico, restando assim espaço para debates e a necessidade da intervenção jurídica.

Sobre a capacidade e legitimação processual do nascituro, Moreira, frisa que:

> "O nascituro é pessoa, por possuir personalidade jurídica formal e, por ser, é sujeito de direitos e obrigações na ordem civil, podendo, inclusive, estar em juízo representado por sua curadora, ajuizar demandas, fato este que se confunde com sua posse de legitimidade de direitos, o fazendo portador da legitimatio ad causam ou legitimação para agir. Em verdade, o nascituro é portador de direitos pelo estado de pessoa natural e portador da capacidade civil de fato, mas não possui capacidade processual para estar em juízo por si mesmo. A pessoa surge com a concepção e é ela o motor propulsor que mais tarde vai dar origem ao homem pleno" (MOREIRA, 2003, p. 56).

É ainda importante ressaltar a diferença entre os termos personalidade e capacidade, como bem delimitados por André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria, que dispõem a personalidade como sendo aptidão para ser sujeito de direito, juridicamente toda pessoa é então sujeito de direito, já a capacidade distingue-se em maior ou em menor proporção, assim considerando que o nascituro não possui capacidade de fato ou de exercício, nomeia-se representante (MONTORO; OLIVEIRA, 1953, p. 69), sendo inegável assim, sob o pronto de vista dos autores que o nascituro tem capacidade de direito.

Ainda, complementa Miguel Reale que independentemente de nem todos disporem de igual capacidade jurídica, não deixam de perceber o reconhecimento da personalidade (REALE, 2005, p. 232), assim como no caso de doentes mentais, os nascituros também necessitam de um representante para que seja exercidos seus direitos, perante a ordem jurídica.

5 DA IMPOSSIBILIDADE DA VIDA FORA DO ÚTERO E DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Foi através do estudo denominado como Relatório Warnock, que pode ser definido no meio médico que a vida tem início no décimo quarto dia. Para eles ficou então determinado que até este período o nascituro ainda era um embrião e a partir de então passa a ser um feto, ficando assim vedado qualquer experiência sobre o mesmo que ultrapasse da segunda semana.

Esta teoria ficou conhecida como Pragmatismo Controlado (MEULDERS-KLEIN, 1988, p. 661), assim admitiu que o embrião pudesse ser utilizado como sujeito de pesquisa até o décimo quarto dia após a fecundação, e a partir de então não mais, devido a formação do sistema nervoso.

Tem-se então que o estado deve se amoldar e ao mesmo tempo anteceder os avanços da ciência, assim reconhecendo que a sociedade passa por profunda transformação devido ao avanço tecnológico (MOREIRA, 2003, p. 48).

O Código Civil brasileiro, de 2002, diferencia a pessoa da personalidade, restando claro que a personalidade civil do homem se inicia com o nascimento com vida, mas protege desde a concepção os direitos do nascituro, pois então teria visualizado a ocorrência da pessoalidade (LEITE, 1996).

Ainda foi limitado o número total de embriões produzidos em laboratórios, devendo ser comunicado aos pacientes, e o excedente ser criopreservado, somente podendo ser descartado ou doado sob autorização judicial.

Seria também necessário que no momento da criopreservação ficasse expressa a vontade de ambos os companheiros quanto ao destino dos mesmos, abrangendo casos de divórcio, doenças graves ou falecimentos de um ou ambos, e se desejam doa-los.

Num primeiro momento a resolução, do Conselho Federal de Medicina proíbe o descarte e destruição dos embriões excedentários, já na última resolução a 2.294, de 27 de maio de 2021, o Conselho dispõe sobre a responsabilização das clínicas pelo descarte do material biológico humano dos pacientes que realizaram a reprodução assistida.

O que acontece de fato é que independentemente do consenso entre doadores as clínicas de reprodução assistida se encontram necessitadas de decisões judiciais para que possa ocorrer o correto descarte, pautado em decisão devidamente fundamentada.

A classificação da reprodução assistida dá-se de três principais formas, sendo a homóloga, a heteróloga e a post mortem.

A reprodução homóloga dá-se com a doação de óvulo e sêmen do casal, independentemente da intervenção de terceiro doador, com a ressalva de ambos estarem vivos no momento da inseminação.

Já a técnica de reprodução assistida heteróloga é a realizada com um ou ambos os gametas de terceiros, nesta faz-se necessário uma declaração de consentimento do companheiro, conforme art. 1597 do Código Civil de 2002, para evitar posteriores desentendimentos, sendo ainda que a falta de declaração de consentimento expressa pode causar causa de separação.

Por fim, a última técnica de reprodução assistida é apresentada pela doutrina, conhecida como *post mortem*, nesta técnica ambos os gametas são do casal, assim como ocorre na inseminação homóloga, mas aqui um dos cônjuges é falecido a época da implantação, podendo ser implantado tanto o sêmen quanto o embrião.

Esta última modalidade visa a formação de família, que seria um desejo do casal anterior ao fato superveniente que ocasionou a morte de um deles, e a continuação do desejo pelo parceiro sobrevivente.

Importante aqui ressaltar a teoria no tocante ao direito sucessório bem delimitada por José Sebastião de Oliveira e Meire Cristina Queiroz, de que:

> Especialmente, no campo do direito das sucessões, este tipo de inseminação apresenta, praticamente, as mesmas questões da inseminação homóloga. Cabe discussão tão somente o problema do consentimento na utilização do material genético, uma vez que o doador está morto. Neste caso, considerar-se-á, primeiramente, a existência de consentimento prévio à morte pelo doador, o que deverá ser feito, sempre, por escrito (testamento, declaração de consentimento feito por instrumento público ou particular). (OLIVEIRA; QUEIROZ, 2008)

Assim temos uma lacuna jurídica no tocante a possível ocorrência de inseminação post mortem. Questionamentos como até que ponto o ordenamento jurídico poderia interferir na realização da inseminação e planejamento familiar, e ainda até onde será saudável uma criança nascer com um dos pais pré-morto por opção única de outro deles, serão cada vez mais frequentes.

Ainda não há de se descartar a necessidade do consentimento expresso para tanto, como muito bem mencionado no excerto transcrito, por exemplo, em um testamento ou declaração de consentimento. Ocorre que na prática, muitas vezes as coisas não ocorrem desta forma, devendo se buscar a solução no Poder Judiciário, para então solucionar tais propósitos.

6 DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Assim como ocorre influências internas e culturais, muito maiores são as externas e multiculturais, assim, faz-se relevante saber qual teoria adotada por alguns países (TEIXEIRA JUNIOR, 2009, p. 65-94).

No direito francês, é adotada a teoria do nascimento com vida, com a doutrina pacífica no mesmo sentido. No direito italiano a capacidade é adquirida também com o nascimento com vida.

Já no direito civil espanhol exige-se forma humana e ainda a sobrevivência por um dia (vinte e quatro horas) fora do útero materno, adotando assim também a teoria natalista. Também para o direito português, a personalidade inicia-se com o nascimento com vida.

Por outro lado, para o direito argentino, o nascituro é detentor de direitos desde a concepção, ocorre que os mesmos só se concretizarão com o nascimento com vida, sendo assim uma condição resolutória.

No direito uruguaio exige-se viabilidade fetal e ainda nascimento com vida. E, por fim, para o direito chileno a personalidade é condicionada ao nascimento com vida.

Tem-se que em muitas culturas então o nascituro só adquire sua personalidade após o nascimento com vida, ou ainda apesar de possuírem direitos podem tomar posse apenas sob a condicionante de nascerem com vida.

7 CONCLUSÃO

O termo nascituro para o direito traz a tona grandes divergências, até mesmo no âmbito político e religioso. O fato é que seu estudo é de grande relevância social, principalmente no âmbito legislativo.

Conforme amplamente demonstrado, o nascituro é o embrião concebido e que se encontra na expectativa de nascer. Muito se discute sobre o fato do nascituro possuir ou não direitos, teorias que remontam desde séculos passados, como na antiga Grécia e Roma, e ainda persiste nos dias atuais, e a partir de qual momento passa então a possuir a personalidade jurídica, mas observa-se que o nascituro sempre foi objeto de proteção jurídica.

Ao decorrer do tempo, surgiram então algumas teorias ligadas a correntes doutrinárias distintas relacionadas a personalidade civil do nascituro.

Chega-se então a conclusão de que a teoria que mais coaduna com o nosso ordenamento jurídico atual, levando-se também em consideração as áreas correlatas, como a medicina, é a teoria concepcionista, onde a vida e então a personalidade jurídica do nascituro seria considerada desde a sua concepção.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que ao delimitar-se a princípio unicamente na teoria natalista ocorreu um equívoco devido a antecipação, visto que não há sentido adotar a teoria natalista e ao mesmo tempo conceder direitos desde a concepção, em vários âmbitos.

Importante observar também que o direito a vida é superior aos demais direitos, sendo de relevância indiscutível que o nascituro deve ser resguardado pelo mesmo direito, sendo este pré-requisito para o exercício dos demais direitos inerentes ao indivíduo.

Assim, não há que se cogitar que o nascituro não possua tais direitos como qualquer ser humano, a partir do momento que se assume a probabilidade expectativa do nascimento a partir da implantação do embrião no útero materno.

Tem-se também que para o direito não é relevante a discussão no tocante a distinção de embrião, e sim, e apenas, reconhecê-lo como pessoa, assim atribuindo ao mesmo a personalidade, que já ocorre com relação a alguns direitos como o pré-natal, criminalização do aborto, dentre outros, por outro lado, direitos patrimoniais serão resguardados e adquiridos quando houver o nascimento com vida, se enquadrando na teoria da personalidade condicionada.

As teorias que tratam da personalidade jurídica do nascituro ainda encontram muita divergência e resistência, mas ainda não se encontram motivos plausíveis para não considerar o nascituro como uma pessoa, e assim sendo um sujeito de direitos mesmo que no ventre materno.

Ainda, embora as escolas doutrinárias tratem do tema com conceitos bem distintos, todas admitem que o nascituro é um sujeito de direitos em algum momento, e se assim o é não há motivos para que se adote a teoria natalista.

Neste trabalho procurou-se ressaltar a importância da vida desde o primórdio, desde a fecundação, assim, não havendo que se falar apenas em vida extrauterina, mas também nos direitos e proteções necessárias aos nascituros, como pessoa humana que é, desde a concepção, deve ser sempre protegido pelo ordenamento jurídico, como um ser em pleno desenvolvimento no ventre materno, dotado de capacidade jurídica, visando o direito de seu nascimento e sua perspectiva de vida como ser humano digno.

Recentemente o ordenamento jurídico pátrio foi enriquecido com a Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/2008), justamente com o objetivo da genitora ter os recursos necessários

para manter uma boa saúde e com isso proporcionar também um bom processo gestacional para o nascituro com segurança e saúde.

Diante do exposto, pode-se concluir que os direitos do nascituro reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro também se aplicam a prática, nos mais diversos ramos do direito.

Outro grande fator que ainda necessita de muito estudo e muitas respostas é com relação aos embriões excedentários. A delimitação de até onde pode-se se impor limites a ciência, faz-se cada vez mais necessário. Ocorre que ao ultrapassar os limites do homem a ciência viole seus direitos, tanto nacionais, quanto também os internacionais, por meio dos tratados e convenções.

Importante ressaltar a importância da ciência e do estudo científico, mas ao mesmo tempo é fundamental delimitar corretamente os limites da mesma, pois não é capaz de vivenciar a existência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, 2000.

BIANCHINI, Giseli Marques. **A tutela jurisdicional da personalidade jurídica do nascituro: aspectos doutrinários e jurisprudenciais.** Dissertação (Mestrado em direito) – Centro Universitário Toledo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Araçatuba, 2011.

CALDAS, Aulete. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa.** 2ª edição, Volume IV, Delta, Rio de Janeiro-RJ, 1964, p. 2738.

CHAVENCO, Arlete Aparecida. OLIVEIRA, José Sebastião. D**a Tutela dos Direitos do Nascituro e a Controvertida Questão do Início de sua Personalidade.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 2, 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **O estado atual do biodireito**. 4ª Ed., Saraiva, São Paulo - SP, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Romana, Campinas - SP, 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil.** Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GAGLIANO, Pablo Ztolze. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1.

LEITE, Eduardo Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996.

MAIA, Paulo Carneiro. **Nascituro**. Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo, Saraiva, 1980, v.54

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. Quartier Latin - Centro de Extensão Universitária, São Paulo – SP, 2005.

MONTORO, André Franco. FARIA, Anacleto de Oliveira. **Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro**. Livraria Paulista, São Paulo – SP, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. QUEIROZ. Meire Cristina**. A Tutela dos Direitos do Nascituro e o Biodireito**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Edição, Saraiva, São Paulo – SP, 2005.

TARTUCE, Flávio. **A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro.** Questões Controvertidas no Novo Código Civil, v 6, Método, São Paulo, 2007.

TEIXEIRA JUNIOR, Flávio Luiz. **Direito a Vida do Nascituro**. Tese de Mestrado em Direito – PUC, São Paulo – SP, 2009.