

NASCITURO E SUAS DIVERSAS NATUREZAS JURÍDICAS

UNBORNCHILD AND ITS VARIOUS LEGAL NATURES

Fernando Henrique Dutra¹

RESUMO

Na doutrina jurídica, inexistente consenso acerca da natureza jurídica do nascituro. Ante a ausência de consenso, despontam três teorias (natalista, personalidade condicionada e a concepcionista) que tentam explicar as particularidades do nascituro, além do tratamento jurídico a ser dispensado a ele. No presente artigo, tem-se a apresentação geral de cada uma dessas correntes, destacando os principais pontos e com a exemplificação de julgados que as adotaram. Trata-se um estudo de cunho qualitativo amparado em materiais documentais e bibliográficos. Ao final, foi possível concluir que as correntes teóricas refletem, cada qual à sua maneira, a natureza única do nascituro e que, ao contrário do que os defensores dessas teorias sustentam, inexistem motivos para que apenas uma vertente teórica seja adotada pelo ordenamento jurídico, bem como o assunto permanece relevante e deve ainda ser discutido no âmbito acadêmico.

Palavras-chave: nascituro; teorias; natalista; personalidade condicionada; concepcionista.

ABSTRACT

In the legal doctrine there is no consensus about the legal nature of the unborn child. In the absence of consensus, three theories emerge (natalist, conditioned personality and conceptionist) they try to explain the particularities of the unborn child, as well as the legal treatment to be dispensed to it. In this article, there is the general presentation of each of these theories, highlighting the main points and exemplification of judgments that adopted them. It is a qualitative study supported by documents and bibliographic materials. In the end it was possible to conclude that the theoretical currents reflect, each in its own way, the unique nature of the unborn child and that, on the contrary to what the defenders of these theories maintain, there are no reasons for only one theoretical trend to

¹ Professor universitário no Centro de Educação Superior Inhumas, mestre em Educação pela Universidade de Uberaba (Uniupe), pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Legale, bacharel em Direito pela Faculdade de Talentos Humanos (FACTHUS). E-mail: fh Dutra@gmail.com.

be adopted by legal system, as well as the subject remains relevant and should still be discussed in the academic context.

Keywords: unborn child; theories; natalist; conditioned personality; conceptionist.

1 INTRODUÇÃO

São diversos os termos, institutos, normas e conceitos no âmbito jurídico; no entanto, nem sempre há uma pacificação acerca da interpretação a ser dada a eles. A temática envolvendo o nascituro é um exemplo no qual inexiste um consenso, havendo, inclusive, diversas teorias que tentam expor a maneira pela qual o nascituro deve ser compreendido em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico, bem como em relação à jurisprudência e legislação quando referentes ao tema.

Das várias teorias sobre o nascituro, no presente artigo (ante a inexistência da pretensão de esgotar o assunto), são abordadas a Natalista, a da Personalidade Condicionada e a Concepcionista.

Por vezes, o entendimento é construído a partir de uma conjuntura de fatores como a evolução legislativa no decorrer do tempo, de decisões reiteradas proferidas pelo Judiciário que estabilizam determinados assuntos e, ainda, por debates e estudos de doutrinadores que se debruçam sobre a questão.

Por outro lado, as correntes doutrinárias que são criadas a partir de estudiosos acadêmicos desviam de suas finalidades e se tornam uma competição na qual uma vertente tenta impor suas razões sobre as demais, agindo, portanto, como se fosse a única eivada de virtudes. Com esse comportamento, as contribuições das demais teorias são descartadas em detrimento de uma razão única imposta pelos defensores que consideram a doutrina (à qual são filiados) como superior às demais.

Com a finalidade diversa da competição entre entendimentos diversos, o presente artigo — em um viés integrador — objetiva apresentar as ideias gerais das teorias relativas ao nascituro, demonstrando que todas possuem virtudes e podem conviver, competindo ao intérprete a adoção de uma delas em razão das particularidades fáticas do caso, sem extirpar as teorias não adotadas.

O presente texto encontra-se dividido em três tópicos para além do resumo e desta introdução, sendo o primeiro deles destinado à Teoria Natalista, o segundo à Teoria da Personalidade Condicionada e o terceiro à Teoria Concepcionista, conta-se também com a conclusão e as referências mencionadas no decorrer da exposição.

O conteúdo foi construído com o respaldo de material bibliográfico (livros acadêmicos e artigos científicos) e documental (legislação e decisões judiciais), e, nas considerações finais, ao contrário do que pregam os doutrinadores defensores de uma ou outra teoria, conclui-se pela possibilidade de que todas

as teorias apresentadas permaneçam válidas e possam coabitar o ideário do intérprete de maneira simultânea, sem que isso prejudique a evolução legislativa e o entendimento sobre o nascituro.

2 NASCITURO: TEORIA NATALISTA

Dentre as diversas teorias acerca da natureza jurídica do nascituro, tem-se a Teoria Natalista, em que pese a pluralidade de correntes sobre o tema, o conceito do nascituro mostrou-se aproximado nelas, sendo que o “nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu” (Tartuce, 2022, p. 198); “cuida-se o nascituro do ente concebido, embora ainda não nascido” (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 87); “nascituro que significa o que há de nascer, alcançando qualquer fase do desenvolvimento do óvulo fecundado: zigoto, mórula, blástula, embrião e feto” (Chinellato, 2007, p. 24).

Assim, em síntese, pode-se afirmar que o nascituro corresponde ao material genético compreendido entre o período da concepção completa e o instante imediatamente anterior ao nascimento. Antes de aprofundar no assunto, é preciso destacar que há divergência entre autores em qualificar o fruto da fecundação *in vitro* como nascituro. Feita tal ressalva, prossegue-se.

A gênese da Teoria Natalista é atribuída à literalidade do texto anunciado no art. 2º do Código Civil vigente, a saber: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (Brasil, 2002). Dita redação se assemelha à do Código Civil anterior, cujo art. 4º assim era redigido: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (Brasil, 1916).

A partir da leitura dos dispositivos transcritos, infere-se que, para a Teoria Natalista, existe uma condição para que se tenha o início da personalidade civil, qual seja: o nascimento com vida (daí advém o nome da teoria). Com base nesses artigos, é possível concluir ainda que o nascituro não tem vida; afinal ainda não nasceu. Questiona-se, porém, o que seria vida? A seguinte definição: “O período de tempo que decorre desde o nascimento até a morte dos seres” (Priberam, 2023) coaduna com a Teoria Natalista, pois não considera o período entre a concepção e o instante anterior ao nascimento, como vida. Segundo Luciano Mota (2019), o nascimento com vida se dá a

partir do momento em que o recém-nascido é capaz de respirar independentemente, ou seja, de maneira autônoma.

Sobre a referida teoria, tem-se:

Ora, adotada a tradicional Teoria Natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, conclui-se que, não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera expectativa de direito (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 87).

Nesse mesmo viés, há quem diga que:

A Teoria Natalista prevalecia entre os autores modernos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos (Tartuce, 2002, p. 8).

Com base no exposto, para a Teoria Natalista, o nascituro não é uma pessoa, não tem vida, e a sua personalidade civil só existirá após o nascimento com vida (respiração autônoma); ainda assim, a lei põe a salvo seus direitos, resguardando-os para que, quando deixe de ser nascituro e passe a ser pessoa, possa titularizá-los.

Há críticas a essa teoria, por parte daqueles que com ela não concordam, relativas ao tratamento do nascituro como se coisa fosse, bem como questionam a validade da teoria quando se menciona a reprodução assistida e direitos da personalidade do nascituro. Com todo o respeito a esses posicionamentos, tais razões se mostram rasas e limitadas, como já mencionado, ainda que seja definida como coisa, isto não obsta a concessão de direitos pelo legislador mesmo se relativos à personalidade, afinal a lei põe a salvo os direitos do nascituro (independentemente se de ordem pessoal ou patrimonial). Além disso, a existência de técnicas de reprodução assistida em nada interfere no tratamento dispensado ao nascituro, que é o fruto da concepção — seja assistida ou não — até o instante anterior ao nascimento com vida, e que terá, assim, seus direitos postos a salvo.

Para quem faça questão de separar o ordenamento jurídico em coisas e seres, por óbvio, a Teoria Natalista irá apresentar falhas. Todavia, vale ressaltar que são diversas as hipóteses de coisas que recebem tutela jurídica a partir de dispositivos legislativos, pode-se mencionar, exemplificativamente, a propriedade (no âmbito civil), o estabelecimento (no Direito Empresarial), os animais (no ambiental), e assim em diante.

Uma vez superadas as críticas infundadas, jurisprudencialmente são também diversos os casos em que a Teoria Natalista foi utilizada, eis um exemplo a seguir:

Processual civil e civil. Apelação. Ação de cobrança de seguro de vida em grupo c/c reparação de danos morais. Inépcia recursa. Não verificação. Legitimidade passiva da estipulante da apólice. Presença. Legitimidade passiva da corretora do seguro. Ausência. Falecimento

do segurado. Indenização paga pela metade à companheira. Regra do art. 792 do CCB. Nascituro. Nascimento e reconhecimento da paternidade do segurado após o sinistro e o pagamento da indenização securitária. Não inclusão do nascituro como beneficiário na apólice. Indenização de seguro. Não cabimento. Responsabilidade civil por danos morais. Requisitos legais ausentes. Recurso conhecido e não provido. Se na folha de encaminhamento o recurso interposto contra sentença foi denominado como Recurso Inominado, mas nas razões recursais recebeu o nome de Apelação, o recurso deve ser admitido, caso preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, não se verificando inépcia recursal. Não se tratando de contrato de seguro obrigatório, a estipulante age como mandatária do segurado, sendo parte legítima para responder pela ação em que se pretende o recebimento de indenização securitária e a reparação de danos morais. A corretora de seguros, como intermediária da contratação que é, não possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação em que suposto beneficiário do segurado pretende o recebimento da indenização securitária e de indenização por danos morais decorrentes do não pagamento na via administrativa. O ordenamento jurídico pátrio adota a Teoria Natalista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica somente após o nascimento com vida, sendo impossível a indenização securitária a este, se não indicado como beneficiário na apólice e se nascido após o sinistro, ainda mais se no presente caso a indenização já foi paga à sua mãe, companheira do segurado, com fulcro na regra do art. 792 do CCB. Negativa válida de pagamento de indenização securitária não enseja responsabilidade civil por danos morais. Recurso conhecido e não provido (Minas Gerais, 2015).

No julgado apresentado, os intérpretes, considerando as particularidades do caso, optaram por adotar a Teoria Natalista; desse modo, ao contrário do que os defensores das outras correntes alegam, essa teoria não se encontra superada.

Além disso, caso não fosse a Teoria Natalista, seriam inadmissíveis as hipóteses de aborto necessário (se não há outro meio de salvar a vida da gestante) ou o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, conforme excepcionado de punição nos termos do art. 128, I e II, do Código Penal. Isso porque, segundo os que prezam pela superação da Teoria Natalista, ter-se-ia a atribuição de pesos diferentes a duas vidas (teoricamente de mesmo valor, gestante e nascituro) com preferência àquela; situação que seria inadmissível.

Assim, esses avanços humanitários e voltados à tutela da saúde (incluindo das gestantes) somente foram possíveis em razão da Teoria Natalista. Vale destacar que o presente artigo não trata de afirmar que essa teoria deve prevalecer, mas sim de destacar que há logros e avanços jurídicos a partir dela, bem como pode ser uma alternativa a ser considerada caso as situações fáticas venham a exigir.

Dessa maneira, com base no exposto, ainda que muitos a considerem “página virada”, a Teoria Natalista não deve ser desconsiderada, pois ela ainda se mostra perfeitamente aplicável a casos atuais e serve também como fonte a ensejar a criação de novos direitos que visam, inclusive, à dignidade da pessoa humana (como se vê pelas hipóteses de aborto não puníveis). No entanto, esta

não é a única teoria digna de menção, razão pela qual, no próximo tópico, tem-se a abordagem da Teoria da Personalidade Condicionada.

3 NASCITURO: TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONADA

Além da Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicionada é outra corrente teórica que se dedica aos estudos do nascituro, exercendo, assim como as demais teorias aqui abordadas, forte impacto na hermenêutica e jurisprudência acerca do tema.

Segundo a perspectiva integradora que se propõe neste artigo, os pontos deste tópico — em específico — não substituem os ensinamentos da vertente abordada anteriormente, a melhor inteligência e hermenêutica sugere que essa doutrina (Personalidade Condicionada) se soma e complementa a natalista.

A essência dessa corrente é de imediato anunciada em seu próprio nome, sugerindo que o nascituro tem a sua personalidade condicionada, ou seja, há uma condição a ser observada para que seja concedida ao nascituro a respectiva personalidade.

À guisa de esclarecimento, um breve regresso acerca da personalidade faz-se necessário. Em relação à personalidade jurídica, tem-se que a sua aquisição é a condição sem a qual não há possibilidade da pessoa ou a capacitação desta de titularizar direitos e obrigações. Conclui-se, portanto, que toda pessoa tem — dentro do regramento brasileiro — a capacidade de gozar de direitos e deveres quanto às obrigações. Acerca do tema, Gagliano e Pamplona Filho assim ensinam:

Adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações. Possui, portanto, capacidade de direito ou de gozo. Todo ser humano tem, assim, capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 92).

Desse modo, em síntese, a titularidade de direitos encontra-se atrelada à personalidade. Entretanto, tal associação não é absoluta, já que existem sujeitos que não possuem personalidade e, ainda assim, titularizam direitos e deveres, como, por exemplo, o espólio. Ressalta-se, por consequência, que não é necessário ser humano para possuir personalidade (se a personalidade for definida como: a capacidade para gozar direitos e cumprir deveres).

Ainda no tocante à personalidade, tem-se a personalidade de fato e personalidade de direito, que advêm do fato de que “nem toda pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas” (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 92), e daí se originam os institutos da representação e assistência para suprir tais limitações.

Feitos tais esclarecimentos, avança-se à segunda parte do binômio personalidade-condicionada; à condição, portanto. No Código Civil, há o seguinte dispositivo: “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” (Brasil, 2002).

O dispositivo transcrito é originalmente aplicável aos negócios jurídicos, todavia infere-se que a condição (evento futuro e incerto) foi “emprestada” pelos criadores da Teoria da Personalidade Condicionada. Para os objetivos dessa teoria, o nascimento com vida é a condição a ser realizada para que o nascituro venha a adquirir a personalidade e, respectivamente, tenha a capacidade de titularizar direitos e obrigações.

Da mesma maneira em que a capacidade é dividida (em de fato e de direito), a condição também pode ser dividida em: suspensiva ou resolutiva. Sobre o tema, “como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina sua eficácia a evento futuro e incerto” (Tartuce, 2022, p. 8); em sentido contrário, a condição resolutiva é aquela que resolve o negócio pelo cumprimento da condição.

Outra base para a Teoria da Personalidade Condicionada, conforme o art. 130 do Código Civil, é a de que: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo” (Brasil, 2002).

Assim, dos grandes avanços dessa teoria tem-se o reforço da instituição da representação processual (na qual um terceiro pode atuar em prol de outrem), nesse caso, com destaque à conservação de direito até que a condição suspensiva (nascimento) ocorra. Outro ponto digno de nota é a capacidade que os idealizadores dessa teoria tiveram ao utilizar aspectos típicos de outras áreas (negócios jurídicos) e adaptá-los à temática do nascituro.

Por outro lado, há quem critique (sem razão) essa teoria sob a alegação de que direitos relativos à personalidade não podem sujeitar-se a eventos tais como a condição; todavia inexistente no ordenamento qualquer dispositivo normativo que preveja tal impossibilidade. Outra crítica que se faz é quanto à inexistência de direitos efetivos e tão somente eventuais, no entanto, tal “problema” é superado pela representação daquele que — por dever — atua a fim de conservar os direitos do nascituro para o momento oportuno. Desse modo, as críticas feitas a essa teoria se mostram facilmente superadas.

Pode-se concluir que a Teoria da Personalidade Condicionada é aquela que justamente condiciona a aquisição da personalidade do nascituro a um evento futuro e incerto (por isso condicionada), cuja construção teórica adaptou institutos típicos de outros temas do direito, bem como utiliza institutos já sedimentados (tal como a representação) para superar eventuais lacunas teóricas, e, assim como a teoria mencionada previamente (Natalista), pode ser adotada pelos intérpretes a depender das situações fáticas do caso concreto.

4 NASCITURO: TEORIA CONCEPCIONISTA

Somando-se às teorias Natalista e da Personalidade Condicionada, há a Teoria Concepcionista. De início, destaca-se que essa teoria, quando comparada às demais, apresenta o maior grau de protecionismo ao nascituro, sendo também a mais concessiva, representando, assim, os maiores avanços aos direitos do nascituro com destaque para os de cunho pessoal, acredita-se, ainda, que, atualmente, seja a corrente com o maior número de adeptos.

Segundo o dicionário Dicio (2023), o vocábulo concepção consiste na “ação de gerar ou de ser gerado, através da junção de um espermatozoide com um óvulo; fecundação”, do mesmo modo que as teorias abordadas

previamente, o próprio nome da teoria carrega a sua essência. Em síntese, a Teoria Natalista aduz que os direitos do nascituro se encontram atrelados ao nascimento com vida; a Teoria da Personalidade Condicionada atua em sentido semelhante, condicionando os direitos pessoais e a aquisição da personalidade do nascituro a uma condição suspensiva; e a Teoria Concepcionista — por sua vez, advoga pelos direitos do nascituro (sejam de cunho pessoal ou patrimonial) desde a concepção.

Sobre essa corrente, em resumo, sabe-se que:

A Teoria Concepcionista, por sua vez, influenciada pelo Direito Francês, contou com diversos adeptos. Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 88).

A partir da síntese transcrita, conclui-se que nascituro é pessoa, sendo irrelevante o nascimento, distinguindo-se, assim, das demais teorias no tocante à titularização de direitos de natureza pessoal. No mesmo sentido da citação transcrita, Flávio Tartuce define que: “A Teoria Concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei” (Tartuce, 2022, p. 8).

Portanto, a partir dessas premissas, inexistente distinção — quanto à titularidade de direitos — entre pessoa e nascituro, e que este (apesar de não ter nascido — com vida ou sem) já é portador de direitos desde a concepção (fecundação havida entre a junção do espermatozoide com o óvulo), sem que incida sobre ele qualquer condição ou até mesmo termo.

Os adeptos dessa teoria realizam um processo de interpretação do art. 2º do Código Civil diversa da literal; para eles, a redação do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa com do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” é equivocada. No lugar, deveria ser: “A personalidade civil começa desde a concepção, cabendo a lei resguardar todos os direitos àquelas pessoas que se encontram no estado de nascituro”, ou similar.

Vê-se, assim, o caráter vanguardista da Teoria Concepcionista, que realiza uma mutação legislativa em alterar a redação da norma, sem, porém, modificar formalmente o texto da lei. Por outro lado, tal agir pode ensejar questionamentos acerca da necessidade das leis, afinal, pode ser dada aos textos legislativos interpretação diversa daquela literalmente expressa, descartando, por consequência, os procedimentos formais de alteração dos dispositivos legais.

A importância da Teoria Concepcionista se faz presente, pois:

O reconhecimento de direitos não taxativos ao nascituro, desde a concepção, possibilita à pessoa humana concebida, mas ainda não dada à luz, ter seus direitos assegurados em momento anterior ao nascimento, na fase intrauterina, direitos esses de importância às vezes vital. Se reconhecidos tardiamente ou se não for impedida preventivamente a violação, muitas vezes o titular dos direitos não terá nascimento com vida (Chinellato, 2007, p. 5).

Como mencionado no início deste tópico e reforçado pela observação acima, a Teoria Concepcionista apresenta um viés garantista em prol do nascituro a fim de assegurar, inclusive, que o nascimento deste ocorra; o principal exemplo dessas garantias é o direito do nascituro a receber alimentos.

Na legislação, existem diversos direitos em que o nascituro exerce a titularidade, e, na jurisprudência, são inúmeros (e cada vez mais frequentes) julgados que reconhecem direitos de cunho pessoal ao nascituro; situação que destaca a força das bases teóricas da corrente concepcionista; bem como dos impactos dos saberes acadêmicos na tutela jurisdicional.

Acerca dos direitos do nascituro, na legislação e na jurisprudência, oportuno se faz mencionar os trabalhos intitulados: O nascituro perante os tribunais: a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, evolução e tendências, de autoria de Silmara Juny de Abreu Chinellato (2007), e A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro, de Flávio Tartuce (2017), que destacam direitos e decisões favoráveis ao reconhecimento do já concebido (porém não nascido) como titular de direitos.

Em relação à jurisprudência, das decisões que adotaram a Teoria Concepcionista, destaca-se a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, a saber:

Direito Civil. Acidente automobilístico. Aborto. Ação de cobrança. Seguro obrigatório. DPVAT. Procedência do pedido. Enquadramento jurídico do nascituro. Art. 2º do Código Civil de 2002. Exegese sistemática. Ordenamento jurídico que acentua a condição de pessoa do nascituro. Vida intrauterina. Perekimento. Indenização devida. Art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.194/1974. Incidência. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil, que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei nº 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro, embora não nascida, é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida”, tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro, natalista e da personalidade condicional, fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo

Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa, como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei nº 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. Recurso especial provido (Brasil, 2014).

No inteiro teor da decisão, vários foram os pontos arguidos que fazem coro aos preceitos da Teoria Concepcionista. Desses pontos pode-se destacar que, para o relator, a personalidade civil e a pessoa não se confundem. Caso fossem institutos idênticos, a redação do art. 2º do Código Civil “[...] personalidade civil da pessoa começa com o nascimento” seria distinta, como, por exemplo, a “personalidade civil que é a essência da pessoa, começa com o nascimento”.

Em verdade, infere-se — para quem segue essa doutrina — da inteligência do dispositivo que há o estabelecimento de um marco temporal para que a pessoa natural passe a ser considerada dotada de personalidade jurídica, que é o nascimento com vida. Nesse viés, ressalta-se que a legislação não aponta o surgimento da pessoa natural tal como faz no caso da pessoa jurídica (que se dá com o registro dos atos constitutivos no órgão competente), como dispõe o art. 45 do Código Civil.

O ponto mencionado pelo relator merece ser destacado porque a literalidade do art. 2º do Código Civil historicamente é atrelado à Teoria Natalista, todavia, segundo a perspectiva apresentada em seu voto integral, a literalidade do dispositivo é também um dos fundamentos capazes de corroborar os preceitos da Teoria Concepcionista; assim vale a transcrição do seguinte raciocínio:

Nesse sentido, o art. 2º, ao afirmar que a “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que “personalidade civil” e pessoa não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Donde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica — segundo o rigor da literalidade do preceito legal —, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria nenhum sentido lógico na fórmula “a personalidade civil

da pessoa começa”, se ambas — pessoa e personalidade civil — tivessem como começo o mesmo acontecimento (Brasil, 2014).

Por essas e outras razões, não se deve afirmar que a interpretação realizada pelos concepcionistas é equivocada ou contrária à literalidade textual do dispositivo legal. Além das diversas — e cada vez mais frequentes — decisões judiciais, são vários os direitos (inclusive de cunho pessoal) ao nascituro e que podem ser encontradas de maneiras esparsas na legislação; à guisa de exemplificação:

[...] outras normas do Código reconhecem expressamente ao nascituro direitos e status (como o de filho) e não expectativas de direitos. Ele pode ser reconhecido ainda no ventre materno (parágrafos únicos do art. 1.609 do CC/2002 (LGL 2002/400) e do art. 26 da Lei 8.069, de 13.07.1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL 1990/37), está sujeito à curatela (arts. 1.778 e 1.779 do CC/2002 (LGL 2002/400), pode ser adotado (art. 1.621 do CC/2002 (LGL 2002/400). Além de direitos consagrados de modo expresse, a redação exemplificativa do art. 2º do CC/2002 (LGL 2002/400) permite reconhecer o direito a alimentos ao nascituro e investigar-lhe a paternidade. É beneficiário de doação (art. 542 do CC/2002 (LGL 2002/400) e herança (art. 1.799 do CC/2002 (LGL 2002/400), direitos patrimoniais materiais, podendo o representante legal entrar na posse de bens doados ou herdados, provando-se a gravidez, por meio da posse em nome do nascituro (arts. 877 e 878 do CPC (LGL 1973/5). O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o (Chinellato, 2007, p. 4).

Desse modo, a priori, tem-se que a Teoria Concepcionista se apresenta como a mais garantista e completa (aliando a um só tempo), em prol do nascituro, de direitos de cunho patrimonial e pessoal. No entanto, não se pode ignorar as ressalvas feitas nos tópicos anteriores quanto às demais teorias, que, inclusive, são as razões de existir da Teoria Concepcionista. Ademais, não se pode isentar os defensores dessa corrente que tentam impô-la em desfavor das demais, desconsiderando a necessidade da manutenção e existência conjunta com as outras teorias; afinal, ainda que seja a mais garantista, a doutrina concepcionista não é imaculada de vícios e falhas que são supridos pelas vertentes apresentadas previamente.

Em conclusão, a Teoria Concepcionista considera o nascituro como se pessoa fosse, titularizando, assim, direitos pessoais e patrimoniais, amparando seus fundamentos para além (mas também) da literalidade da redação dos dispositivos legislativos. A perspectiva concepcionista irradia suas razões — cada vez mais frequentes — às decisões judiciais, ampliando ainda mais o rol (não exaustivo) de direitos em prol do nascituro, reforçando, por consequência, sua característica garantista, consolidando, assim, como a mais completa das teorias abordadas acerca do nascituro, embora não seja autossuficiente, tampouco bastante em si própria.

5 CONCLUSÃO

Partindo do preceito de que a sociedade é dinâmica e sofre alterações com o passar do tempo, considerando que ao Direito compete, sistematicamente, regular as normas jurídicas que regem a sociedade, presume-se que a ciência jurídica também se altera, acompanhando aquela e promovendo modificações de entendimento quanto às normas e suas interpretações.

Os debates acadêmicos e os ensinamentos doutrinários são agentes que, por vezes, atuam como catalizadores, acelerando o processo de transformação do Direito, a fim de ajustá-lo ao cenário dinâmico da sociedade. O presente artigo retrata um desses exemplos, de relevância jurídica, porém, sem consenso no âmbito acadêmico dos estudiosos do Direito, qual seja: o nascituro.

Apesar de mencionar o progresso científico proveniente dos debates acadêmicos, é preciso cautela para que tais discussões não sejam utilizadas para impor uma (ou outra) corrente teórica e desconsiderar os avanços e méritos das outras vertentes. Em verdade, pelo presente artigo foi possível notar que a pluralidade de entendimentos acerca de um tema (neste caso, do nascituro) pode coexistir, anunciando, assim, os intérpretes com vasto acervo teórico a fundamentar soluções aplicáveis a depender da situação fática.

Com base na abordagem adotada e no conteúdo exposto, no lugar de estudar as correntes teóricas acerca do nascituro como se a mais recente fosse substituta da anterior, percebe-se que os vários estudos acadêmicos podem e devem ser utilizados de maneira conjunta, na qual uma vertente completa as lacunas das outras, sem que esta implique na ab-rogação de uma ou outra teoria.

Com a Teoria Natalista, ainda para quem critique essa teoria, foram diversos os avanços em relação à dignidade da pessoa humana (das gestantes) e importantes temas da esfera penal, ao possibilitar (excepcionando de pena) o aborto em caso de estupro ou gravidez de risco, tais hipóteses somente são possíveis porque o nascituro não é (conforme essa teoria) considerado pessoa, pois, do contrário, jamais seria autorizado (licitamente) que uma pessoa, por opção, cessasse a vida alheia. Por óbvio, não se encaixam nesse ponto a legítima defesa, a pena de morte em caso de guerra e outras exceções legais. Ressalta-se que esse destaque constitui um ponto — dentre vários — digno de nota com base nos ensinamentos da Teoria Natalista.

Acrescendo aos ensinamentos da Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicionada apresenta abundantes contribuições acadêmicas aos estudiosos do Direito. Nesse viés, destaca a maestria em que os teóricos dessa vertente lograram ao adaptar/"emprestar" particularidades que regem questões patrimoniais para a esfera pessoal e tutela do nascituro. Essa adaptação é dotada de caráter vanguardista, possibilitando que essa técnica seja utilizada nas mais diversas áreas do Direito, fomentando, assim, novos avanços acadêmicos.

A Teoria Concepcionista, por sua vez, destaca-se por suas características garantistas e por sua grande força em atrair adeptos, tornando, cada vez mais, frequente a utilização de seus preceitos para o deslinde de casos nos quais a tutela do nascituro há de ser reforçada. Além disso, a partir dessa teoria, há a preponderância de aspectos pessoais sobre os de cunho

meramente patrimonial, sendo esta, inclusive, considerada como a mais completa das teorias em relação ao nascituro.

Desse modo, a partir da exposição feita, tem-se que a natureza jurídica do nascituro é única e, ao mesmo tempo, mutável, podendo ser considerado como coisa, sujeito de direitos condicionados e pessoa, cuja definição somente é possível diante das particularidades do caso em análise. Além disso, pelo exposto, os estudos e teorias acadêmicas se somam e se complementam, inexistindo, portanto, razões para que as bases de uma vertente teórica sejam desprezadas por outra que seja considerada mais completa e moderna; afinal, no caso do nascituro, a coexistência dessas teorias se mostra como técnica intelectual mais razoável. Por fim, buscou-se fomentar os estudos acadêmicos acerca da temática, que ainda está distante de ser “página virada”, visto que muitos outros estudos ainda serão escritos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002): Código Civil brasileiro e legislação correlata. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: out. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil do Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais. Acesso em: out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.415.725 / Santa Catarina (2013/0360491-3). Relator: Luís Felipe Salomão. Julgado: 04.09.2014, DJe 29.09.2014. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 55, p. 427-441, jan./mar. 2015.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. O nascituro perante os tribunais: a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, evolução e tendências. São Paulo: Ed. RT Online, 2007. v. 20.

DICIO. Dicionário Online de Português. 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/concepcao/>. Acesso em: 9 maio 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado Cível nº 1.0145.13.032443-0/001. Relatora: Des.^a Márcia de Paoli Balbino. Diário do

Judiciário eletrônico, Belo Horizonte, 7 jul. 2015. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=0A6B2C1388E5DD98217C6E8828E966E7.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.13.032443-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ. Acesso em: 25 out. 2024.

MOTA, Luciano Duarte da Cruz. O nascituro: direitos e proteções no ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53843/o.nascituro.direitos-e-protees-no.ordenamento.jurdico.brasileiro>. Acesso em: 5 mar. 2023.

PRIBERAM. Dicionário da Língua Portuguesa. 2023. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/vida>. Acesso em: 7 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. 2017. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=A+situa%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADdica+do+nascituro%3A+Uma+p%C3%A1gina+a+ser+virada+no+Direito+Brasileiro.&oq=A+situa%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADdica+do+nascituro%3A+Uma+p%C3%A1gina+a+ser+virada+no+Direito+Brasileiro.&aqs=chrome..69i57j69i64.613j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 9 maio 2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.