ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

UMA REFLEXÃO SOBRE O PROBLEMA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A REFLECTION ON THE PROBLEM OF THE BEGINNING OF THE LEGAL PERSONALITY

Clarissa Barbosa Nunes*
Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira**

RESUMO: O estudo do Direito Civil remete, de imediato, a um problema fundamental: Quando se inicia a personalidade jurídica? E é exatamente este o objeto do trabalho: refletir acerca desse questionamento, na busca de identificar como vem sendo tratado na doutrina e na jurisprudência, e lhe analisar os entendimentos, para estabelecer uma compreensão do problema, inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade humana. O estudo, pois, faz uma incursão nas questões biológicas que estão intimamente envolvidas, com o fim de se conhecer o marco inicial de um ser humano individualizado, e, então, refletir sobre o início da personalidade jurídica.
Palavras-chave: Início da Personalidade Jurídica. Teoria da Natalidade. Teoria da Personalidade Condicional. Teoria Concepcionista. Estado Democrático de Direito. Dignidade Humana.

ABSTRACT: The study of civil law refers at once to a fundamental problem: When does the legal personality start? And this is exactly the object of this work: to reflect on this question, seeking to identify how the topic has been approached in doctrine and jurisprudence and will examine the understandings to establish the comprehension of the problem, within the context of a democratic state based on human dignity. The study therefore makes a foray into biological questions that are intimately involved in order to know the starting point of a human individual, and then ponder about the beginning of legal personality.
Keywords: Beginning of the Legal Personality. Birth Theory. Conditional Theory of Personality. Conceptions' Theory. Democratic State of Law. Human Dignity.

* Acadêmico do 4º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, orientados pelo Prof. Esp. AURINILTON LEÃO CARLOS SOBRINHO. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

** Acadêmico do 4º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, orientados pelo Prof. Esp. AURINILTON LEÃO CARLOS SOBRINHO. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A vida, seu início e final. Mistérios que fascinam a humanidade desde os primórdios e que, mais recentemente, vêm sendo objeto de análise do Direito. O jurídico, no intuito de prever e regrar os movimentos da sociedade, busca, incessantemente, respostas para as questões que envolvem a vida, seu ciclo e todas as suas repercussões. O ser humano é o grande cientista e, ao mesmo tempo, cobaia de todas as suas experiências. Entre elas, a vida, que talvez seja o item mais precioso em seus estudos. Portanto, saber quando esta se inicia é fundamental.

O Direito, apesar de toda a sua abrangência, não é arrogante a ponto de querer reger todas as situações do cotidiano humano. Por isso, seleciona, busca delimitar seu campo de incidência, respeitando certas liberdades e impondo determinados limites. Tendo o ser humano como seu criador e destinatário, importa-lhe definir a partir de que instante deverá protegê-lo, impor obrigações, deveres, exigir condutas, garantir direitos etc.

O sujeito, indivíduo ou ente humano, passa a ser centro de emanação de faculdades e obrigações, para o Direito, quando tem início a sua personalidade jurídica, que poderá coincidir com o princípio da vida, ou não. O Direito, no entanto, em toda sua elaboração, define prazos, limites, circunstâncias e marcos para determinar momentos vários. Urge, ante a relevância de se determinar o momento no qual o ser humano passa a ser ator jurídico, estudar e buscar respostas para este problema fundamental, na seara do Direito.

É, pois, neste contexto, que se insere o presente trabalho, que busca identificar como vem sendo tratada a questão do início da personalidade pelo ordenamento jurídico e pela doutrina pátrios, e pensar o problema pautado pela dignidade humana, no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Um Estado com este escopo deve tratar seus cidadãos com um olhar focado no ideal democrático, além de conferir-lhe dignidade. Isso só se viabiliza por meio de uma construção prático-teórica voltada a esse fim. Condensar e concretizar esses princípios, o democrático e o da dignidade humana, requer uma ação prática em conformidade com a elaboração teórica.

O tema da personalidade jurídica, em virtude da complexidade multidisciplinar e esforço interdisciplinar, será abordado a partir de conceitos e definições

do que seria a personalidade jurídica, pessoa, sujeito de direitos, capacidade e titular de direitos. Será vista a doutrina brasileira através de obras anteriores ao Código Civil de 1916, por igual, as de autores contemporâneos, cuja pesquisa se pauta por uma única questão: quando se inicia a personalidade jurídica?

Evidentemente, não se tem o intuito de esgotar a temática, mas sim, de pontuar problemas relacionados à doutrina tradicional, que, atualmente, não mais responde satisfatoriamente às questões da contemporaneidade; bem como procurar estabelecer uma reflexão orientada pelo contexto do Estado Democrático de Direito e seus valores fontes, em especial a dignidade humana.

2 DOUTRINA TRADICIONAL

A personalidade jurídica é o conceito basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio, porquanto confere aos entes a aptidão a titularizar direitos e contrair obrigações. Sendo dotada de incomensurável importância ao mundo jurídico, configura-se, também, como peça-chave à elaboração deste trabalho. É mister, pois, a análise de algumas noções fundamentais, intrinsecamente ligadas ao entendimento conferido à personalidade, com o fito de compreender o instituto. Desse modo, serão abordados, a seguir, os conceitos de pessoa, sujeito de direito, capacidade, titularidade e legitimidade.

2.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Intimamente ligada à idéia de personalidade está a de pessoa, sendo esta "o ser a que se atribuem direitos e obrigações", segundo Clóvis Bevilaqua [1]. Este ente pode ser físico, isto é, o ser humano, denominado pela doutrina como pessoa natural ou física; ou coletivo, quando é composto por um agrupamento de seres individuais, com objetivos e fins comuns, o qual é denominado pessoa jurídica. Para nossos estudos, interessarão as denominadas pessoas naturais ou físicas.

Desse modo, em conformidade com a ordem jurídica nacional, como assevera Orlando Gomes, "*as pessoas naturais* ou *físicas* são os seres humanos.

1 BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livres, 1999. p. 80.

Todo homem é pessoa" [2]. Indo ao encontro desse entendimento, sendo a pessoa natural, para o Direito, o ser humano, como sujeito-destinatário de direitos e obrigações, pode-se inferir que este se configura como sujeito de direito.

O homem, como pessoa, vive em sociedade e nela realiza suas atividades, relaciona-se com os demais seres e recebe proteção do ordenamento jurídico, no sentido de lhe conferir direitos, bem como de atribuir-lhe obrigações. É justamente aí que repousa a noção de sujeito de direito, que pode ser entendido como o portador do direito subjetivo ou da faculdade jurídica, ou aquele sobre quem recai o dever jurídico.

Em abono do que foi exposto, é possível afirmar que, quem é sujeito de determinado direito ou obrigação é o seu titular. Dessa maneira, titularidade consiste no vínculo existente entre o sujeito e determinado direito, portanto o liame que aproxima o sujeito de certa obrigação. Assim, só se pode afirmar que possui o direito aquele que é o seu titular.

Vistos esses conceitos, é possível compreender o que constitui personalidade jurídica, que consiste na aptidão genérica conferida pela ordem jurídica a qualquer pessoa, para figurar no mundo jurídico como titular de direitos e obrigações. Discorrendo acerca do assunto, preleciona Clóvis Bevilaqua:

> Assim como os diversos estados de consciência e de subconsciência (sensações, percepções, appetites, recordações, etc.), ligados entre si e unificados num encadeiamento de successão e coexistência, constituem o *eu* identico a si mesmo, apesar da instabilidade dos phenomenos, tambem o *conjunto dos direitos actuaes ou meramente possiveis, e das faculdades juridicas attribuidas a um ser*, constitue a personalidade [*sic*!] [3].

Desse modo, a personalidade é um atributo jurídico reconhecido a todos os seres humanos, independentemente de idade, estágio mental, cor, sexo ou qualificação, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. Para que seja dotado de personalidade, basta que o ente se configure como ser humano, como discorre Caio Mário da Silva Pereira, a respeito:

2 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 141.
3 BEVILAQUA,1999, p. 79.

> Não depende esta [*personalidade*] da consciência ou vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou falta de reação psíquica é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável [4].

Uma vez adquirida a personalidade, o ser passa a estar apto a adquirir direitos e contrair obrigações, atuando na qualidade de sujeito de direito, praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes. Essa aptidão é denominada capacidade de direito, ou seja, a capacidade de gozo, expressão da personalidade e, por conseguinte, conferida indistintamente a todas as pessoas, a teor do art. 1º do Código Civil, que estabelece: "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

No entanto, há que diferenciar capacidade de direito de capacidade de fato ou de exercício. A personalidade jurídica confere, a todas as pessoas, a capacidade de titularizar direitos. Entretanto, nem todas possuem a aptidão exigida para exercê-los. Assim, a *capacidade de fato* configura-se como a medida da personalidade. Caracteriza-se por exigir certos requisitos, pressupostos indispensáveis para que o titular de um direto possa exercê-lo, por si. Dessa maneira, ao contrário da capacidade de direito, que não possui quaisquer restrições, a capacidade de fato está sujeita a muitas limitações [5].

Destarte, a legislação civil enumera, em seu art. 3º, os indivíduos que se caracterizam como absolutamente incapazes, os quais não podem exercer seus direitos direta ou pessoalmente, mas que, para tanto, devem ser representados, sob pena de nulidade do ato, como, por exemplo, os menores de dezesseis anos. Igualmente, o art. 4º preceitua que os relativamente incapazes podem praticar, por si, os atos da vida civil, desde que assistidos, por exemplo, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Excetuando-se essas hipóteses, todo ser humano é

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 214. v. 1.

5 Sobre o assunto, Orlando Gomes acentua que a pessoa pode "ter o gozo de todos os seus direitos e ser *incapaz* de exercê-los por si. Como, porém, a *titularidade* de um direito implica seu exercício, a ordem jurídica estatui que os direitos podem ser exercidos pessoalmente, ou por outra pessoa. Quem é incapaz de exercê-los pessoalmente exerce-os por intermédio de *representante legal*. Quando o exercício de um direito consiste no seu uso e gozo, terceiro pode exercê-lo, mas se consiste na prática de um ato jurídico só ao seu titular cabe" (GOMES, 2001, p. 129-130).

capaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Por fim, vale ressaltar que nem toda pessoa capaz de exercer seus direitos, por si, pode estar legitimada à prática de determinado ato jurídico. Neste sentido, cumpre diferenciar capacidade e legitimidade. Ensina Orlando Gomes, ao dissertar acerca da legitimidade, que "A idoneidade para o exercício de um direito chama-se *legitimação*. A *capacidade* é abstrata; a *legitimação*, concreta. Diz-se que o sujeito *capaz* está *legitimado* a exercer o direito de que é titular quando pode agir *in concreto*" [6].

Assim, a legitimidade consiste numa forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. Desse modo, alguém que, em tese, seria capaz de praticar, em geral, todos os atos da vida civil, em virtude de um interesse que se almeja preservar e em consideração de situações especiais, pode não estar legitimado a realizar determinado ato. Como exemplo, tem-se que o tutor, mesmo sendo capaz, não poderá adquirir bens móveis ou imóveis do tutelado, ou, ainda, o pai não poderá vender um bem a um de seus filhos sem a anuência dos demais.

Vistos esses conceitos, que se configuram como imprescindíveis ao desenvolvimento do presente trabalho, passa-se a refletir acerca do problema do início da personalidade humana, analisando-se as principais teorias formuladas sobre o tema, no intuito de delimitar o momento a partir do qual o ser humano deve ser considerado, pelo ordenamento jurídico, como pessoa, isto é, como sujeito de direitos.

3 O INÍCIO DA PERSONALIDADE HUMANA

A personalidade jurídica como dito é um conceito basilar no ordenamento jurídico, pois é atributo indispensável para se figurar no mundo jurídico como titular de direitos e obrigações. Uma vez adquirida, confere a proteção jurídica ao ser que a possui. Munida de tamanha importância, é indispensável que se determine a partir de que momento começa a personalidade jurídica do ser humano, para efeito de se delimitar a partir de quando a pessoa terá a proteção do Direito. É aqui que repousa a problemática do presente trabalho.

Existem diversas teorias acerca do início da personalidade. Uma parte delas condiciona este momento à ocasião do nascimento. Outras, no entanto, levam em consideração o momento no qual se inicia a vida humana — o que se nos

6 GOMES, 2001, p. 142.

apresenta apropriado, já que no âmbito de um Estado Democrático de Direito não se pode conceber um ser vivo desprovido de proteção jurídica, que lhe é peculiar pelo simples fato de estar vivo —, razão pela qual é imprescindível a tomada de posição a respeito do problema de quando principia a vida, temática por demais complexa, que tem gerado profunda controvérsia com o desenvolvimento de inúmeras teorias nos mais variados campos, como a Biologia, Embriologia, Bioética e outras áreas afins, como se exporá a seguir.

Alguns cientistas defendem que a vida tem início na concepção, ou quando ocorre a fecundação, isto é, a fusão dos gametas masculino e feminino [7]. Os estudiosos que defendem esse raciocínio asseveram que, no momento da penetração do espermatozóide no ovócito, origina-se um novo indivíduo biológico humano, autônomo, essencialmente diferente de seus gametas parentais [8].

Assim, após a fecundação, aquele novo ser já é humano. A fusão dos gametas, pois, para os cientistas adeptos desse entendimento, representa um marco, o início do ciclo vital, pois a partir daí começa a constituição de uma nova individualidade biológica, que irá passar por um constante e gradual desenvolvimento, até a ocasião do nascimento (entenda-se parto) do novo organismo humano, já constituído desde a concepção [9].

Outros estudiosos do assunto acreditam que só se pode dizer que há vida a partir da nidação [10], momento no qual a célula-ovo se implanta no útero materno, por volta de sete dias após a fecundação. Segundo os adeptos dessa teoria, se o embrião não se fixar no útero, ele não conseguirá continuar seu desenvolvimento, pois precisa de um ambiente que lhe seja propício. Dessa forma, o embrião estaria condenado a não nascer [11].

Há, ainda, aqueles que atribuem o início da vida ao aparecimento da linha primitiva no embrião, que insinua a formação do sistema nervoso central do ser humano, o que ocorre em torno do décimo quarto dia de gestação [12]. Entendem

7 REGIS, Arthur Henrique de Pontes. **Início da vida humana e da personalidade jurídica**: questões à luz da Bioética. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>. Acesso em: 02 jan. 2007.

8 BASES BIOLÓGICAS DO INÍCIO DA VIDA HUMANA**. Entrevista com doutora Anna Giuli, bióloga molecular.** Disponível em: <http://www.defesadavida.com.br/base_biologica.htm>. Acesso em: 02 jan. 2007.

9 *Idem.*

10 *Idem, ibidem.*

11 *Id., ibidem.*

12 WAN PEI YI. Origem Da Vida. **Entrevista com Roberto Blanco e Franklin D. Rumjanek.** Disponível em: <http://www.olharvital.ufrj.br/ant/2005_12_01/materia_faceseinterfaces.htm>. Acesso em: 05 jan. 2007.

os defensores dessa teoria que, para se caracterizar um ser como humano, não se pode levar em consideração apenas um conjunto de células biologicamente estruturadas, sendo indispensável que ele possua um sistema nervoso central. Em abono do explicitado pelos defensores desse posicionamento, chega-se a denominar os embriões com menos de quatorze dias de pré-embriões [13].

Na acepção jurídica, para que seja determinado o momento do início da personalidade, como dito anteriormente, também são formuladas algumas teorias, sendo as principais a teoria concepcionista, a teoria da personalidade condicional e a teoria natalista.

3.1 TEORIA CONCEPCIONISTA

Segundo a teoria concepcionista, a personalidade começa na concepção, isto é, quando o gameta masculino fecunda o feminino, formando a célula-ovo, pois é a partir daí que é concebido um novo ser humano, dotado de material genético próprio, ou seja, munido de genótipo DNA próprio, que determina o desenvolvimento físico e psíquico do ser, daí por diante.

Desse modo, os que abraçam essa teoria, asseveram que o nascituro consiste em um ser humano e, em decorrência disso, deve ser tratado como pessoa, dotada de personalidade jurídica, sendo, pois, imprescindível que o ordenamento jurídico direcione o seu arsenal protetivo a este ser desde a sua concepção.

O argumento primordial dos adeptos da doutrina concepcionista é o de que, apesar de não ser considerado ente personalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao nascituro são assegurados numerosos direitos, como vida, integridade, reconhecimento da filiação, direito de receber alimentos, de ser adotado, representado por curador, entre outros. Assim, entende-se que o nascituro possui, de fato, a titularidade desses direitos, e não apenas a mera expectativa.

É adepto da teoria concepcionista Teixeira de Freitas, seguido por Clóvis Bevilaqua, Limongi França e Francisco Amaral dos Santos [14]. Em posição intermediária situa-se Maria Helena Diniz, para quem o nascituro é dotado de *personalidade formal*, adquirindo personalidade material apenas a partir do nascimento com vida. Segundo Diniz,

13 *Idem*.

14 GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 92.

> Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida[15].

Destarte, de conformidade com o entendimento da eminente jurista, o nascituro possui apenas personalidade jurídica formal, isto é, aptidão para titularizar unicamente direitos personalíssimos. Uma vez nascido com vida, aquele que era nascituro agora passará a adquirir personalidade jurídica material, titularizando também direitos patrimoniais, que, anteriormente ao nascimento, encontravam-se em estado potencial.

Observe-se que a autora também menciona os embriões concebidos *in vitro*, dispensando-lhes tratamento idêntico àquele conferido ao nascituro, o que ocasiona um notável efeito prático quanto às pesquisas e experiências realizadas com embriões humanos, realidade que vem se concretizando em grande parte das nações do mundo, como no Brasil, onde essas pesquisas são disciplinadas pela Lei nº 11.105/2005 — Lei de Biossegurança.

3.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Segundo essa teoria, o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. Seus adeptos defendem a tese de que a personalidade do nascituro é condicional, tendo início com a concepção e adquirindo sua plenitude quando do nascimento com vida. Entretanto, essa personalidade se extingue, como se nunca tivesse existido, caso seja natimorto.

Arnoldo Wald, citado por Pablo Stolze, em abono do posicionamento adotado pelos adeptos da teoria da personalidade condicional, assevera que "a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que

15 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito. 19.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 180.

surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver" [16].

Desse modo, e de conformidade com o entendimento exposto, durante a gestação o nascituro é munido da proteção do ordenamento jurídico, que lhe confere certos direitos personalíssimos e patrimoniais, sob a condição suspensiva do nascimento com vida. O curador ou o seu representante legal o representará, a fim de garantir-lhe os direitos assegurados, eventualmente. Se o nascituro nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. Se, no entanto, nascer morto, considera-se como se tal personalidade nunca tivesse existido.

Como partidários dessa teoria têm-se, entre outros, Washington de Barros Monteiro[17], Miguel Maria de Serpa Lopes [18], Gastão Grossé Saraiva e Walter Morais [19].

3.3 TEORIA NATALISTA

De acordo com a teoria natalista, a personalidade do ser humano inicia-se apenas a partir do nascimento com vida. Para averiguar se a criança nasceu viva, utiliza-se o critério da respiração. Desse modo, nascendo com vida, isto é, constatando-se a respiração na criança logo após o nascimento, esta adquire personalidade jurídica.

Nesse diapasão, Orlando Gomes, ao discorrer acerca da personalidade jurídica e seu início, conclui:

> A *personalidade civil* do homem começa do *nascimento* com vida. Não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. O *natimorto* não adquire personalidade. Entende-se que alguém nasceu com a vida quando respirou. Se viveu ou não é questão que só se resolve mediante perícia médico-legal [20].

16 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 92.
17 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.
18 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.
19 MOREIRA FILHO, José Roberto. O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida. **Jus Navigandi**., Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>. Acesso em: 03 jan. 2007.
20 GOMES, 2001. p. 144.

Em certos casos, quando a criança falece poucos momentos depois do nascimento, para que fique comprovado se esta nasceu com vida ou foi natimorta, realiza-se um exame denominado docimasia hidrostática de Galeno, mediante o qual se verifica se há presença de ar atmosférico nos pulmões da criança. Uma vez demonstrada a existência de ar, constata-se que houve respiração e, conseqüentemente, que o infante adquiriu personalidade jurídica, mesmo que, segundos depois, tenha falecido. Em casos como este, serão feitos dois registros, um de nascimento e outro de óbito [21].

Com relação ao nascituro, os defensores dessa teoria defendem que, mesmo não possuindo personalidade jurídica, conforme o texto legal, os seus interesses futuros são preservados pela ordem jurídica, de maneira que sejam salvaguardados os direitos que, muito provavelmente, em breve serão seus.

Dessa forma, o nascimento com vida é elemento essencial para que se configure a personalidade jurídica. O nascituro, por não ser ainda considerado pessoa, não é titular de direitos, possuindo apenas a expectativa destes.

Em consonância com esse entendimento, Caio Mário da Silva Pereira afirma que "a personalidade jurídica, no nosso direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois os requisitos de sua caracterização: o *nascimento* e a *vida*" [22]. No mesmo sentido, Pontes de Miranda:

> No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa [23].

Assim, segundo a doutrina natalista, a personalidade do ser humano começa no nascimento com vida. O nascituro, por ser considerado uma expectativa de pessoa, já que não tem existência própria, fazendo parte ainda das vísceras da mãe, não é dotado de personalidade jurídica. No entanto, o ordenamento jurídico

21 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 89-90.
22 PEREIRA, 2004, p. 219.
23 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 217.

deve proteger os direitos que ele possivelmente terá, se nascer vivo.

Entre os doutrinadores, defendem essa teoria Pontes de Miranda [24], Silvio Rodrigues [25], Caio Mário da Silva Pereira [26], Eduardo Espínola, João Luiz Alves, Sérgio Abdalla Semião [27].

4 O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de se apresentar como o nascituro é tratado pelo ordenamento jurídico pátrio, afigura-se imprescindível e salutar dispensar esforços no sentido de que sejam elaboradas algumas noções acerca do conceito de nascituro, pois ele será o centro do raciocínio desenvolvido em todo o trabalho.

Etimologicamente, o termo nascituro indica aquele que há de nascer. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a palavra nascituro provém do latim e significa: "1. Que há de nascer. 2. Aquele que há de nascer. 3. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo" [28].

Desse modo, nascituro, no conceito mais clássico do termo, significa o ente concebido, que está por nascer, ou seja, o ser que foi gerado e tem existência no ventre materno, ainda não tendo ocorrido o seu nascimento.

No entanto, em virtude do grande desenvolvimento experimentado pelas ciências biológicas e pela engenharia genética, sobretudo no que tange às inovadoras técnicas de fertilização *in vitro* e congelamento de embriões, a definição de nascituro vem sofrendo adaptações e tornando-se cada vez mais técnica. Dessa forma, ele passa a ser entendido como o ser concebido, e que ainda há de nascer, embora não tenha sido gerado no ventre materno. Assim, esse conceito engloba tanto o embrião gerado naturalmente no corpo da mãe, como o que é manipulado cientificamente, gerado *in vitro*. Ressalte-se que, além do embrião, que representa o concepto durante as primeiras semanas de vida, também se enquadra nesse conceito o feto, terminação utilizada para indicar o período subseqüente ao

24 MIRANDA, 1999.
25 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1.
26 PEREIRA, 2004.
27 MOREIRA FILHO, José Roberto. O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida. **Jus Navigandi**., Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>. Acesso em: 03 jan. 2007.
28 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI**. versão 3.0, 1999.

das primeiras semanas, tendo duração até a ocorrência do nascimento [29].

Vale destacar que esse entendimento não é uníssono, pois grande parte da doutrina considera o nascituro como o ser que é concebido no ventre materno. Entretanto, o posicionamento adotado neste trabalho é o de que, desde a penetração do espermatozóide no óvulo, fundidos os pró-núcleos, isto é, desde a concepção, surge uma nova vida, um ser humano. Desse modo, o fruto da concepção configura-se como humano, independentemente de que ocorra de maneira natural ou por utilização de técnicas de fertilização artificial.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria natalista, considerando que a personalidade jurídica da pessoa física inicia-se a partir do nascimento com vida. Daí que, o Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 2º: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Como se pode observar, apesar de deixar claro que a personalidade civil só começa com o nascimento, comprovando-se que a criança nasceu viva, a ordem jurídica resguarda os direitos do nascituro, assim considerado desde o momento da concepção. Dessa maneira, mesmo não possuindo personalidade jurídica, ele possui expectativa de direitos, que devem ser postos a salvo para que, futuramente, venha a tê-los como seu titular.

Analisando os fundamentos da teoria natalista, bem como o tratamento conferido ao nascituro pelo Direito nacional, é possível estabelecer críticas ao posicionamento tomado pelo legislador pátrio. Primeiramente, não considerar o nascituro como pessoa configura um flagrante desrespeito aos fundamentos constitucionalmente erigidos. O nascituro, como visto há pouco, é um ser humano, ainda em formação, mas já possuindo todas as peculiaridades que o caracterizem como tal [30] e, por isso, necessita da proteção jurídica, que lhe é devida pelo fato de humano ser.

Afinal, como é possível, num Estado Democrático de Direito, considerar-se um ser humano uma mera extensão do corpo de outra pessoa? Um ser sequer entendido como pessoa, que apenas faz parte das vísceras maternas?

29 DIAS, Maria Fernanda Lacerda. **A Proteção do Nascituro Face à Polêmica dos Embriões Excedentes.** Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30001.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2007.

30 BASES BIOLÓGICAS DO INÍCIO DA VIDA HUMANA. **Entrevista com doutora Anna Giuli, bióloga molecular**. Disponível em: <http://www.defesadavida.com.br/base_biologica.htm>. Acesso em: 02 jan. 2007.

Realmente, o nascituro, por necessitar de um ambiente propício ao seu desenvolvimento, até que possa vir a nascer, encontra-se vinculado ao corpo da mãe. No entanto, não se pode, em decorrência disso, afirmar que o concepto não tem existência própria, que não é pessoa. Pelo contrário, desde a concepção, o nascituro passa a configurar um novo ser, individualizado, apresentando material genético diferente dos que possuíam os gametas que o geraram.

Ora, a vida não se poderia tornar humana após o nascimento se não o fosse já antes, e desde a concepção. Destarte, o nascituro é um ser humano e, exatamente por isso, deve ser reconhecido juridicamente como tal, recebendo do ordenamento jurídico a proteção que lhe é peculiar.

Ademais, apesar de, conforme a redação do artigo 2º do Código Civil, o nascituro não possuir personalidade, isto é, não se configurar como pessoa, o que vem ocorrendo na prática, já há algum tempo, tal não condiz com o entendimento exposto na legislação civil. Isto porque, além de o próprio ordenamento jurídico conferir direitos ao nascituro, em alguns casos, que, apesar de parecerem simples e isolados, são bastante expressivos, os tribunais vêm decidindo de forma a romper o entendimento clássico, consagrado pela legislação e pela maioria da doutrina brasileira, quanto à posição jurídica do nascituro.

Em primeiro lugar, não há como refutar o fato de que o nascituro não possui uma mera expectativa de direito à vida, mas sim o direito em si. É incontroverso que, ao ser em formação no útero materno, a partir do momento da concepção, é voltada a proteção à vida, em ordem a garantir que lhe sejam propiciadas todas as condições indispensáveis ao seu desenvolvimento saudável. Ainda, como forma de garantir a esse novo ser humano o direito à vida, a legislação criminal brasileira considera crime o aborto, tipificado nos arts. 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, estabelecidos no rol dos crimes contra a pessoa.

Desse modo, como é possível afirmar que o nascituro não possui personalidade se ele é titular do direito à vida? Ora, a personalidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Sendo assim, não é necessário que se possa titularizar inúmeros direitos para ser personalizado. Basta que se possua um único, para ser-se reconhecido como pessoa [31]. Assim, o nascituro, como titular do direito à vida, e não apenas um expectador, deve ser considerado pessoa e, conseqüentemente, dotado de personalidade.

31 MIRANDA, 1999, p. 207.

Além do direito à vida, a ordem jurídica atribui ao nascituro outros direitos, como o direito à integridade física, ao reconhecimento da filiação, de pleitear alimentos, investigação de paternidade, entre outros. Discorrendo acerca do assunto, Maria Helena Diniz cita como direitos do nascituro:

> O direito à vida (CF, art. 5º), à filiação (CC, arts. 1.596 e 1.597), à integridade física, a alimentos (*RT*, *650*:220; *RJTJSP*, *150*:90-6), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores, de receber herança (CC, arts. 1.798 e 1.800, § 3º), de ser contemplado por doação (CC, art. 542), de ser adotado, de ser reconhecido como filho, de ter legitimidade ativa na investigação de paternidade (*Lex*, *150*:90) etc .[32]

Assim, vê-se que o nascituro não possui apenas expectativa de direitos. Em certos casos, ele configura-se como titular dos destes, o que leva ao seu reconhecimento como ente personalizado. De conformidade com esse entendimento, observem-se algumas decisões que atribuem direitos ao nascituro:

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte.[33]
>
> Os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção, o que transforma suas expectativas em direitos subjetivos, como ocorre com os alimentos, que tem concreção neste estagio.[34]

32 DINIZ, 2002, p. 180.
33 AgIns. nº 70006429096, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7ª Câmara Cível, TJRS.
34 ApCív. nº 70003920634, rel. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, TJRS.

> FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante. [35]

Como é possível constatar, os tribunais vêm admitindo o direito de o nascituro figurar no pólo ativo em ações investigatórias de paternidade e em ação de alimentos, desde que representado pela mãe. Logo, vê-se que a pretensão satisfativa, em ambas as ações, pertence ao nascituro e não à sua genitora, além de ser o titular do direito de ação, dotado inclusive de capacidade para ser parte, apenas desprovido da capacidade para estar em juízo, razão de ser da necessidade de sua representação. Assim, a personalidade do nascituro, que já se mostrava suficientemente admissível de ser reconhecida, visto que ele, irrefutavelmente, apresenta-se como titular do direito à vida – agora, mediante o posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais, torna-se ainda mais plausível.

Em abono do entendimento defendido neste trabalho, confira-se, ainda, a respectiva ementa, que reconhece expressamente a personalidade como um atributo do nascituro:

> SEGURO-OBRIGATÓRIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO À PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento.[36]

Enfim, vale ressaltar decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu a aptidão de um nascituro solicitar judicialmente seus direitos [37].

Trata-se de ação ajuizada com o objetivo de proporcionar o atendimento de assistência pré-natal adequada a uma presidiária da Cadeia Pública de São Bernardo do Campo, visto que o estabelecimento prisional não oferecia condições mínimas a uma gestação saudável. Como integrante do pólo ativo da demanda

35 AgIns. nº 321.247-9, rel. Duarte de Paula, 3ª Câmara Civil, TJMG.
36 ApCív. nº 70002027910, rel. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 6ª Câmara Cível, TJRS.
37 MILICIO, Gláucia. Protagonista da história: TJ paulista reconhece ação ajuizada em nome de feto. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/51690,1>. Acesso em 10. jan.2007.

foi eleito pelo defensor público, Marcelo Carneiro Novaes, não a gestante presidiária, mas sim o próprio nascituro.

Em primeira instância, foi determinada a emenda da inicial, para que fosse regularizado o pólo ativo, que deveria ser integrado pela gestante, por entender o juiz responsável pelo julgamento do caso que o nascituro, em virtude de não possuir personalidade jurídica, não tem legitimidade ativa *ad causam*. Inconformada com a determinação judicial, a Defensoria recorreu. Apreciando o caso, o Tribunal conheceu do agravo em parte, e, na parte conhecida, deu-lhe provimento, reconhecendo a possibilidade de o nascituro vir a juízo, figurando no pólo ativo da referida demanda. Nesse sentido, confira-se um trecho da admirável decisão:

> Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segundo a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos.

Observe-se que, mesmo reconhecendo a possibilidade de o concepto demandar judicialmente, a referida decisão faz ainda uma ressalva, informando que o nascituro não possui personalidade jurídica. Entretanto, o posicionamento adotado pelo Tribunal, ainda, denota acentuada incompatibilidade com toda a construção civil em torno do conceito da personalidade e suas repercussões. Ora, como postular direito, mesmo que representado, e não lhe ser o titular?

Quando alguém ajuíza uma demanda judicial, fá-lo com objetivo de assegurar, satisfazer ou ver declarado um direito que, em tese, lhe pertence. O nascituro, reconhecido pelas referidas decisões como titular do direito de ação, como dito, possui capacidade de ser parte, embora não detenha capacidade de ir a juízo, pois necessita ser representado. Dessa forma, conferindo-se a alguém a capacidade de ser parte, isto é, de figurar no pólo ativo ou passivo de uma demanda, ainda que representado por sua genitora, se esta a reconhecer e confirmar a personalidade desse ser.

Por conseguinte, o que vem sendo aplicado, na prática, como se pode inferir das decisões aqui apresentadas, confirma e fortalece o posicionamento defendido neste trabalho. O nascituro é pessoa, ser humano, e, como tal, deve ser entendido

como titular de direitos. Resta claro que a tendência, no ordenamento jurídico brasileiro, é o reconhecimento da personalidade como um atributo do nascituro.

5 PERSONALIDADE JURÍDICA E VIDA HUMANA INDIVIDUALIZADA

A personalidade jurídica deve ter início com a concepção. É desde a concepção que estão presentes todas as condições, ou pelo menos os requisitos básicos, para o desenvolvimento de um novo ser. Após a formação da célula-ovo, o ordenamento deve dispensar todos os esforços no intuito de garantir o ciclo gestacional completo, assim como o faz com o ser humano após o parto, desta feita, visando a defender a vida extra-uterina do indivíduo.

Garantir o direito à vida do ser humano após o nascimento, sem resguardar e viabilizar seu surgimento, seria um contra-senso. É nesse sentido que ao nascituro são disponibilizados certos direitos, essenciais à sua formação e vida extra-uterina, ou seja, o nascituro é titular de direitos. Dito de outra forma, o nascituro tem personalidade jurídica.

Contudo, persiste um questionamento: em que momento, antes do nascimento, deve o nascituro ser considerado sujeito de direitos? Como dito no início, este instante é a concepção.

Não há como defender-se a vida se não se lhe protege a semente. Os gametas femininos ou masculinos, separadamente, nada interessam ao Direito, como compostos aptos a originar uma vida ou qualquer bem jurídico. Pode-se, com um esforço protetivo, considerá-los partes integrantes do corpo, mas essa discussão, para o presente estudo, não se mostra oportuna.

Mesmo inoportunas, algumas considerações podem ser feitas, sem se desviar o foco principal — diz-se foco principal, porque o tema do início da personalidade, sempre e necessariamente, suscitará e permitirá discussões mais profundas dentro das mais variadas áreas do conhecimento.

Os gametas, sejam masculinos ou femininos, possuem apenas metade dos cromossomos de uma célula somática. Desta forma, se não se unirem o gameta feminino (óvulo) e o masculino (espermatozóide), formando o zigoto, não há qualquer perspectiva de surgimento de vida. Considerando os gametas integrantes do corpo do indivíduo, terão a proteção devida, bem como se protege

o próprio corpo de lesões ou quaisquer agressões. No entanto, como afirmado anteriormente, não serão feitas maiores elucubrações a respeito deste ponto.

O que importa, realmente, é a célula-ovo formada, os gametas constituindo o zigoto, dando início à personalidade jurídica. Há pouco, asseverou-se que seria um contra-senso defender-se a vida sem proteger o que lhe daria origem; defender o nascimento sem proteger o zigoto. Desta inferência, clarividente se mostra que o Direito deve direcionar seu arsenal protetivo para o ser desde o momento de sua concepção, sob pena de se incorrer num desrespeito à dignidade inerente à pessoa humana e a toda a construção do Direito Civil em relação à personalidade, ao seu início e aos direitos da personalidade.

Quando observados os conceitos de pessoa natural ou física, pode-se entender que toda pessoa humana, mesmo o nascituro, é detentora de personalidade jurídica. Entender o contrário representa caminhar contra o ideal de dignidade humana, além de ignorar a noção de personalidade jurídica construída pelo Direito Civil brasileiro.

Após essas observações, o art. 2º do Código Civil[38] pode ser objeto de uma análise crítica, possibilitando discutir sua redação. Ora, resta uma dubiedade em sua leitura, dando azo à compreensão de que o nascituro somente tem direitos resguardados, e não personalidade, direitos atuais. Note-se que é um pressuposto da titularidade de direitos ter personalidade, como dito em item anterior. Assim, há quem defenda que o nascituro possua mera expectativa de direitos. Mais uma vez, mostram-se flagrantes o desrespeito à dignidade da pessoa humana e a inobservância do significado do que seja personalidade.

Expectativa representa aquilo que ainda não se tem, mas apenas se aguarda. Ter expectativa de direitos implica dizer que o nascituro não tem direito à vida e somente, após o parto, o terá. Significa, ainda, que não possui direito à integridade física, que não se lhe é protegido o corpo. A criminalização do aborto é um claro sinal de tutela à vida do nascituro, e não só à gestante, tanto que o crime de aborto está situado no Código Penal, no Título I, Dos Crimes Contra a Pessoa. Quando o aborto provoca lesão na gestante, o crime é considerado qualificado, o que revela, claramente, que a vida que se protege é a do feto, sujeito titular do direito à vida e não seu mero expectador.

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

Diferenciar um ser humano do outro apenas pelo estágio de desenvolvimento representa uma modalidade de discriminação, diminuição da dignidade humana. Dizer que o nascituro não é ser humano é negar-lhe ou reduzir-lhe a dignidade, que se lhe apresenta fundamental e congênita à existência, além de destoar da prática que já se vem adotando, que confere titularidade de vários direitos ao nascituro. Ademais, a própria teoria do Direito Civil, parte dela, já acompanha o entendimento aqui defendido, de que a personalidade são faculdades jurídicas a um ser, atributo de todo ser humano, aptidão de titularizar direitos[39].

Por conseguinte, definir o início da existência de um ser humano como sendo o momento da concepção elimina o risco de se lhe negar personalidade, ou seja, reconhece a titularidade dos direitos tutelados que visam a salvaguardar e proteger àquele. O concepto sendo titular do direito à vida e sendo este indisponível, obriga que seja dispensada a tutela jurídica necessária à sua proteção. O contrário ou diverso faria do zigoto algo diferente de uma pessoa, eliminando a idéia de dignidade humana. Ora, é a partir desse instante que o ser humano inicia sua formação até seu fim, a morte. Desde a concepção inicia-se a atividade de divisão de células. Essas divisões ocorrem até mesmo após o nascimento, mas, logicamente, em tecidos que exigem tal processo.

O fruto da concepção é o ser humano em sua forma primitiva, nada menos que isso. O período de gestação varia entre as espécies pelo motivo de que todos os seres necessitam, antes de vir ao mundo, de uma composição que viabilize sua formação, existência externa. Não é pelo tamanho, número de células, local (útero, *in vitro*, incubadora, país subdesenvolvido ou desenvolvido), idade, forma, capacidade de escolha ou ação que se pode fazer distinções de um ser humano para outro.

Todos os seres vivos passam por um período indefeso, o que não é motivo para retirar-lhe dignidade ou diminuir-lhe proteção. O ordenamento já tutela o nascituro, porém não afirma que o mesmo possui personalidade. A concepção marca a individualização de um novo ser. Então, por que deveria ser outro instante em que se inicia sua personalidade? Parece faltar uma resposta responsável e adequada — pelo menos, não foi encontrada durante o presente estudo.

Deve ser uma resposta responsável no sentido de que deve considerar os

39 Corroboram a afirmação os posicionamentos de Clóvis Bevilaqua, Caio Mário e Orlando Gomes, já referenciados neste trabalho.

prós e contras, ter noção do significado e importância de dizer que o zigoto não deve ser tutelado, como ente personalizado. Da mesma maneira, impende que seja adequada, que seja apropriada ao estágio atual de desenvolvimento da humanidade, na qual se defende a vida e os direitos humanos de forma intransigente.

Pode-se, em resposta, colocar a questão do início da vida (entenda-se novo indivíduo). Há quem defenda a idéia de que, para iniciar a preocupação e proteção jurídica de um ser, é necessário que haja vida. Alguns afirmam que, apenas quando surge o sistema nervoso, há vida; outros quando ocorre a nidação, que é a fixação do óvulo ao útero, por volta de 7 (sete) dias após a fecundação; ainda há aqueles que afirmam que o início de um novo ser humano só ocorre após fase pré-embrionária; e outros que defendem o início da vida como sendo aquele no qual surge o coração[40].

A seguir, são apresentados alguns dos critérios utilizados para estabelecer o início da vida de um ser humano[41].

Tempo decorrido	Característica	Critério
0 min.	Fecundação – fusão de gametas	Celular
12 a 24 horas	Fecundação fusão dos pró-núcleos	Genotípico estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genotípico funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos	Individualização
20 dias	Notocorda maciça	Neural

40 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Borja;COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega. A Clonagem na Ordem Jurídica Brasileira. **Anais do 1º Congresso da ESMARN – Região Oeste:** ação civil pública, 20 anos. Mossoró: ESMARN, p. 30-44, 2005; SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003; CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004; e LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

41 GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>. Acesso em: 02. jan.2007.

3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas reflexas à dor e à pressão	Senciência
8 semanas	Registro de ondas eletroencefalográficas (tronco cerebral)	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação
20 semanas	Probabilidade de 10% para sobrevida fora do útero	Viabilidade extra-uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório
28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto em outro período	Nascimento
2 anos após o nascimento	"Ser moral"	Linguagem para comunicar vontades

Em meio às controvérsias existentes, e aqui apresentadas, acerca da origem da vida, é irrefragável, contudo, que não há como defender a vida fora do útero sem viabilizar-lhe a existência, ou seja, proteger o nascituro. Nessa esteira, para a defesa do nascituro, deve-se, necessariamente, pôr a salvo todo o período que antecede o parto. Da mesma forma que se protege o bebê após o nascimento, para que chegue à idade adulta, impende preservar todos os períodos gestacionais desde a concepção. Desde a fusão dos pró-núcleos outra coisa não pode ser gerada senão um ser humano, afinal ele já existe, porém ainda na forma embrionária [42].

42 Adota-se, aqui, a teoria da cariogamia. Reinaldo Pereira e Silva, em obra já referenciada, disserta acerca dessa teoria: "Agelo Serra fundamenta a teoria da cariogamia em quatro argumentos cientificamente comprovados: a) a fusão dos pronúcleos materno e paterno inicia a existência uma nova célula somática dotada de uma tal estrutura que lhe confere identidade específica e individual; b) essa nova célula humana começa imediatamente a agir como

Sendo, pois, o nascituro titular de direitos, para efeitos jurídicos, diz-se que teve início sua personalidade. Não poderia ser de outro modo, uma vez que seria inaceitável que um ser humano não possuísse personalidade jurídica, clarividente que o nascituro é possuidor de aptidão para o exercício de direitos, mesmo que por meio de representação.

Até mesmo as pessoas jurídicas possuem personalidade, sem que necessitem de visibilidade fática, muito menos ter vida. A pessoa jurídica é uma criação do Direito, ficção jurídica, uma elaboração que visa a melhor desenvolvimento de atividades.

Ora, se o Direito confere personalidade a entes artificiais, por que não a daria a seres humanos, não importando o seu estado?

Impõe-se, ao Direito e ao ordenamento jurídico, o reconhecimento de que o fruto da concepção merece ser considerado titular de direitos, em outros termos, conferir personalidade jurídica àquele.

Os interesses dos que defendem o contrário ficam estampados quando se percebem os fins da maioria das pesquisas que envolvem células embrionárias: poucas as que se preocupam com a questão humana ou ética. O que se observa é uma "criação de éticas", agora cada área possui determinados valores e princípios que são eleitos sempre para se conformarem aos interesses daqueles que os elegem. Ao invés de as bases sustentarem o edifício, são colocadas as plataformas abaixo do que já está construído. A cada novo embate que envolve preceitos morais, novos alicerces são inventados para justificar as medidas que serão ou já estavam sendo adotadas.

Ouve-se falar em clonagem; seleção de sexo; doação de espermatozóides, óvulos, embriões, pré-embriões; seleção de embriões; maternidade substitutiva; redução embrionária; criopreservação (método de conservação) de embriões; técnicas de reprodução medicamente assistidas. O que antes eram temas de ficção científica, agora salta como verdades e realidades preocupantes. O aborto começa a ser notícia tranqüila, pois, cada vez mais, o embrião perde sua humanidade, ou seria a própria humanidade que se

uma unidade individual, a qual, dadas as condições necessárias e suficientes, tende à gradual e completa expressão do plano organizado inscrito no seu próprio dote genético, mediante um complexo, contínuo e altamente coordenado processo de desenvolvimento; c) essa expressão manifesta-se por forças intrínsecas, até a formação de um organismo completo; d) assim, a nova célula humana que se constitui na fusão dos pronúcleos materno e paterno representa a estrutura original de um novo homem, com o que começa seu próprio ciclo vital" (2003, p. 116).

torna mais desumana? O componente comercial é ingrediente inflamador, sem qualquer dúvida.

Segundo o Dicionário Aurélio, o concepto é o conjunto de formações que compõem um ovo fertilizado em qualquer fase de seu desenvolvimento, desde a fertilização até o parto[43]. Aproveita-se parte desta definição, apenas adequando-se o termo para o presente estudo, no sentido de que a cariogamia ocorre após a fertilização, ou seja, o surgimento do ser individualizado apenas surge com a fusão dos pró-núcleos. No mais, utiliza-se o termo concepto para designar esse novo ser, pessoa humana em estágio embrionário.

Diante de tantas questões que interessam à ciência, economicamente falando, é possível compreender qual a grande barreira a que se assimile a idéia de que o nascituro é portador da personalidade jurídica. Os pesquisadores tratam os embriões como coisa, objeto de estudo, enquanto que o deveriam tratar como entes humanos, pessoas em formação e juridicamente protegidas por imperativos técnicos e humanitários. Os técnicos estariam atrelados à compreensão de que o concepto é um ser individualizado por natureza, um embrião que necessita de condições que viabilizem seu surgimento. Os imperativos humanitários são, por si, auto-explicativos. O ser humano, independentemente de forma, cor, "raça", origem, ou qualquer critério que se crie para classificar e distinguir um humano de outro, deve ter resguardados seus direitos (direitos humanos propriamente ditos). Os ordenamentos jurídicos revelam essa compreensão ao pôr a dignidade humana como valor fonte e princípio diretor de toda a normatividade — inclusive o brasileiro, ao estatuí-lo como um dos fundamentos da República.

O que há, em alguns, é a idéia de que só se deve proteger aquilo que se vê, dispensar proteção àqueles que sentem dor, que podem se movimentar, que podem chorar, que possuem cabeça, tronco e membros. Daí o descuido em não se importar com o nascituro que ainda não atingiu determinado *status* de desenvolvimento. Alguns dizem que o nascituro só passa a ser pessoa quando atinge determinada massa corporal, ou tanto tempo desde a concepção, ou que tenha surgido determinadas estruturas. Ora, nada mais arbitrário que se adotar qualquer dessas posturas. A respeito da opção

43 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI**. versão 3.0, 1999.

de natureza arbitrária por um momento para o começo da personalidade jurídica, pode-se até dirigir alguns argumentos contra o defendido por este trabalho. Por que a concepção não seria, também, escolha arbitrária?

Em ciência, discute-se bastante acerca de métodos de pesquisa, sobre em que premissas se baseará o estudo. Neste proceder, o cientista se depara com uma insistente dúvida: qual o método de escolha do método? E, ainda, outras: de quais premissas surgiu as que serão utilizadas na pesquisa? Assim, o cientista poderia entrar em crise, por não saber o que deveria saber para iniciar um estudo que, sempre, visa à construção de conhecimento. Sendo ele responsável, abriria mão de fazer qualquer esforço e deixaria de trabalhar, uma vez que nunca teria subsídios irrefutáveis [44].

A busca do conhecimento de um objeto e do estabelecimento de seu sentido, visando à sua compreensão, exige construção lingüística adequada a descrever-lhe os contornos e explicá-los em seus meandros. Isso exige a expressão por conceitos, que, necessariamente, expressam-se por meio de palavras, todas dotadas de um significado próprio que, por sua vez, exige novas definições. Assim, o conceito de um objeto envolve, em qualquer ocasião, a noção de outros que podem ser cada qual objeto de novas definições. O problema, todavia, é que esse procedimento conduziria a um regresso ao infinito, uma vez que se buscariam os fundamentos dos fundamentos. Contudo, isso se mostra humanamente impossível e, até mesmo, despropositado.

Diante de tal impossibilidade, e ciente dela, o cientista não esmorece e elege determinados marcos, os denominados *a priori*, na doutrina kantiana, as evidências primeiras, os axiomas sobre os quais se erige toda a construção lógica. Esse processo intelectual é condição geral de qualquer conhecimento, para reputá-lo verdadeiro. O raciocínio opera

44 Para um tratamento mais adequado, completo e aprofundado da questão epistemológica, consultar: ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência:** introdução ao jogo e a suas regras. 4 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002; CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993; DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991; DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1995; Demo, Pedro. **Metodologia do Conhecimento Científico.** São Paulo: Atlas, 2000; MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25.ed. São Paulo: RT, 2000; MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003; SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

deduções, tidas como lógicas, para definir, escolher e preferir determinadas idéias e afastar outras.

Desse modo, analisando-se, grosso modo, a eleição das proposições que servirão para o desenvolvimento de uma pesquisa, pode-se concluir que a ciência perpassa uma série de escolhas, as mais das vezes puramente arbitrárias, embora criteriosamente dispostas, na busca da compreensão e classificação de um dado fenômeno ou coisa [45].

Como não se pode regredir ao infinito, surgem como inevitáveis as escolhas. Todavia, tal arbítrio deve consistir numa decisão fundada na natureza do objeto, situado em seu ambiente contextual, e de acordo com a consciência de determinado sujeito. Porém, pelo rigor que a ciência exige, o subjetivismo não se apresenta inteiramente livre, desregrado, a ponto de qualquer escolha ser aceita. O que se faz é uma decisão fundamentada, uma escolha pautada por critérios.

Após essa breve digressão, o presente estudo opta pela concepção, aceitando as críticas à arbitrariedade da opção. Acrescente-se, por oportuno, que qualquer outra opção não se mostra menos arbitrária. Contudo, como a questão envolve questões várias, acarreta intensas e constantes colisões de idéias. Portanto, em respeito a estas e em defesa do posicionamento aqui adotado, foram expendidos argumentos, evidenciando portanto as razões de tal escolha. Se a decisão aqui é arbitrária, qualquer outra também o será, da mesma forma.

Através do estudo realizado, patenteou-se que a escolha da concepção, como momento de início da personalidade jurídica, é o mais responsável, adequando-se tanto à prática desenvolvida, que confere titularidade de direitos ao nascituro, quanto ao princípio da dignidade humana. A eleição de outro marco representaria desconsideração à construção doutrinária do Direito Civil, ignorando pois a existência do ser humano quanto ao período entre a fecundação e o instante eleito, pelo que lhe retiraria a dignidade ínsita à pessoa humana.

Esse período de "desumanização" seria ideal para aqueles que defendem as pesquisas com embriões; mas esses defensores só observam o problema por

45 Cf. ALVES, 2002; CHALMERS, 1993.

um ângulo, o biológico. Por existirem vários critérios biológicos, cada grupo de pesquisador adere a um, e solucionada está a questão para eles, pelo prisma eleito.

Além da questão civilista e humana posta como fundamento para definir o momento da concepção, o biológico também é favorável a essa escolha, uma vez que o ciclo vital não é demarcado por etapas que estabelecem o início do ser humano em outro momento senão aquele, quando estão presentes os materiais que acompanharão e individualizarão o ser humano por toda a sua vida, que, como dito, teve início no momento da fusão dos pró-núcleos.

Todas as outras fases da gestação sujeitam-se à proteção do concepto. A partir da fusão dos pró-núcleos, ordenamento jurídico e comunidade política devem dispensar todos os esforços para garantir a implantação uterina, a diferenciação das células do indivíduo da dos anexos, para que surja a notocorda maciça, o início dos batimentos cardíacos, a aparência humana e rudimento de todos os órgãos, conseqüentes reflexos à dor e à pressão, o registro de onda eletroencefálicas, os movimentos espontâneos, a estrutura cerebral completa, os movimentos do feto percebidos pela mãe, a probabilidade de 10% para sobrevida fora do útero, a viabilidade pulmonar, o padrão sono-vigília, a reabertura dos olhos, o parto e a existência do "ser moral" [46].

Auxiliando nessa compreensão, acerca da origem/início da vida, a bióloga molecular e professora de Bioética na Faculdade de Medicina da Universidade Católica do Sagrado Coração – Roma, a Dra. Anna Giuli afirma que:

> Na biologia cada "indivíduo" se identifica no organismo cuja existência coincide com seu "Ciclo vital", isto é, "a extensão no espaço e no tempo da vida de uma individualidade biológica". A origem de um organismo biológico coincide, portanto, com o início de seu ciclo vital: é o início de um ciclo vital independente o que define o início de uma nova existência biológica individual que se desenvolverá no tempo atravessando várias etapas até chegar à maturidade e depois à conclusão de seu arco vital com a morte[47].

46 GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>. Acesso em: 02. jan.2007.

47 BASES BIOLÓGICAS DO INÍCIO DA VIDA HUMANA. **Entrevista com doutora Anna Giuli, bióloga molecular**. Disponível em: <http://www.defesadavida.com.br/base_biologica.htm>. Acesso em 02 jan. 2007.

Ao fazer uma crítica à teoria do pré-embrião, Reinaldo Pereira e Silva fornece um argumento que vem a fortalecer a idéia da bióloga citada acima. O professor leciona que: sendo "a duração um fluido contínuo sem partes separáveis", impossível segmentar no ciclo vital do homem estágios que não participem da mesma natureza humana[48].

Nesse sentido, observa-se que é com a fusão dos pró-núcleos, cariogamia, já tratada e defendida, que o ser surge individualizado, fazendo surgir uma criatura única, com a expressão de um novo genótipo. O zigoto (célula-ovo) é nada menos que um ser humano e, como tal, merecedor de ter a dignidade que lhe é congênita, por ser pessoa.

Desse modo, clarividente resta que o Direito deve considerar a titularidade de direitos do concepto. Ele reclama pelo **seu** direito à vida e outros direitos personalíssimos, essenciais para que atinja um tempo mais longo de vida, da mesma forma que um ser humano aos 15 anos, ou aos 40, aos 70. Outros direitos da personalidade advêm da existência de personalidade jurídica, ou seja, aqueles pressupõem este. Assim, outros direitos, como os patrimoniais, podem ter marcos iniciais posteriores ou não. O que não se admite é negar a personalidade jurídica a um ser humano, seja qual for seu estágio de desenvolvimento.

6 CONCLUSÃO

Com o objetivo de refletir acerca do momento mais adequado para o início da personalidade jurídica, o presente estudo chegou à conclusão de que este é a concepção.

Após a cariogamia, momento de fusão dos pró-núcleos maternos e paternos, surge a expressão de um novo genótipo. A partir daí, um novo ser inicia sua formação. Este ser é humano e, portanto, sujeito e titular de direitos.

A personalidade jurídica é um atributo que confere ao ser a capacidade de gozo de certos direitos, determinado pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito, que tem, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, não se deve permitir

48 SILVA, 2003, p. 111.

que qualquer pessoa humana seja discriminada. Destarte, sendo o concepto ser humano, o zigoto (célula-ovo) deve ser considerado ente personalizado.

A práxis caminha no sentido de se mostrar apropriada ao modelo de Estado e à construção civilista brasileiros. De modo que alguns tribunais, bem como doutrinadores pátrios, já estão amoldando suas posturas, no sentido de reconhecer o concepto como sujeito de direitos.

Quando da análise da doutrina clássica, foram vistos os conceitos de pessoa, a quem se atribuem direitos e obrigações; bem como, que todo ser humano é pessoa; da mesma forma, que sujeito de direito é o portador do direito subjetivo ou da faculdade jurídica e aquele sobre quem recai o dever jurídico; além de ter noção de que o sujeito de determinado direito ou obrigação é o seu titular; e que a personalidade jurídica consiste na aptidão genérica, conferida pela ordem jurídica a qualquer pessoa, para figurar no mundo jurídico como titular de direitos e obrigações.

Dessa maneira, não se pode negar que o ser humano em estágio embrionário, após a sua individualização biológica, possua personalidade jurídica, uma vez que é pessoa, sujeito e titular de direitos, como, por exemplo, à vida. Caso contrário, põe-se o nascituro numa situação de ser humano inferior, o que fere de cheio a dignidade que lhe é congênita.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência:** introdução ao jogo e a suas regras. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Borja; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega. A Clonagem na Ordem Jurídica Brasileira. **Anais do 1º Congresso da ESMARN – Região Oeste: ação civil pública**, 20 anos, Mossoró, ESMARN, p. 30-44, 2005.

BASES BIOLÓGICAS DO INÍCIO DA VIDA HUMANA. **Entrevista com doutora Anna Giuli, bióloga molecular**. Disponível em: <http://www.defesadavida.com.br/base_biologica.htm>. Acesso em: 02 jan. 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livres, 1999.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Metodologia do Conhecimento Científico.** São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI:** versão 3.0, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>. Acesso em: 02. jan. 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LACERDA DIAS, Maria Fernanda. **A Proteção do Nascituro Face à Polêmica dos Embriões Excedentes**. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30001.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas Da Atualidade:** Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

MILICIO, Gláucia. **Protagonista da história**: TJ paulista reconhece ação ajuizada em nome de feto. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/51690,1>. Acesso em: 10 jan. 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: RT, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

MOREIRA FILHO, José Roberto. O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>. Acesso em: 03 jan. 2007.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da Bioética. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>. Acesso em: 02 jan. 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

WAN PEI YI. **Origem da Vida**. Entrevista com Roberto Blanco e Franklin D. Rumjanek. Disponível em: <http://www.olharvital.ufrj.br/ant/2005_12_01/materia_faceseinterfaces.htm>. Acesso em: 05 jan. 2007.