



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

**A DELIMITAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE
HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NO REGRAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2009

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

**A DELIMITAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE
HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NO REGRAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador
2009

A663

Araújo, Ana Thereza Meireles.

A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro / por Ana Thereza Meirelles Araújo. – 2009. 191 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2009.

1. Pessoa física 2. Nascituro (Direito) 3. Embrião 4. Personalidade (Direito) I. Universidade Federal da Bahia

CDU – 347.136
CDD – 346.013

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

A DELIMITAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NO REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Orientador
Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Profa. Dra. Maria Ligia Coelho Mathias
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade
Livre Docente - Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Salvador, de de 2009

A meu irmão, a revelação concreta de Deus para mim da verdadeira fórmula do que está contido nos anjos.

A todo homem, desde o amor que o antecede e é capaz de concebê-lo, aos que viveram mais e já puderam compreender, perfeitamente, o quão intenso é o simples fato de ser humano.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo que sou e por todas as coisas boas que já vivenciei.

A minha mãe e ao meu pai, que me mostraram os caminhos para a vida e me deram a medida certa da maneira singela e respeitosa com que sempre devemos tratar as pessoas e, principalmente, pelo amor incondicional que sempre me devotaram.

Ao professor Rodolfo Pamplona Filho, orientador, professor, amigo e pessoa excepcional que tive o privilégio de encontrar em meu caminho, pelo incentivo desde a época de faculdade, pelas conversas, pelos conselhos, pelo modelo a ser seguido, pelas palavras de carinho e de estímulo a todo tempo, pela paciência, pela sensibilidade e conhecimento sempre presentes. Sensível, humano, inteligentíssimo, incomparável, vocacionado para fazer o que faz como nenhuma outra pessoa. Obrigada Rodolfo, por tudo, em especial, por crer em mim e me incentivar na condução desse tema dissertativo, tão complexo, por vezes tormentoso, e inegavelmente gratificante.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia e aos professores integrantes da banca, pela oportunidade de adquirir conhecimentos tão preciosos.

Aos funcionários do Programa, sempre solícitos e prestativos.

Aos meus amigos e colegas, tão especiais e tão essenciais, por tudo que passamos e por tudo que ainda poderá ser vivido.

Aos meus alunos, os mais próximos e menos próximos, mas sempre queridos e parte da minha vida, cada um de uma forma única e bastante especial.

“O essencial é invisível aos olhos”.

(Antoine de Saint- Exupéry)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a. C.	antes de Cristo
ADIN	ação direta de inconstitucionalidade
art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
DIU	dispositivo intra-uterino
FIV	fertilização <i>in vitro</i>
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Dissertação destinada à análise do conceito dogmático de homem como sujeito de direito, considerando os seus diferentes estágios de vida: o embrião, o feto e o indivíduo já nascido. Para isso, urge verificar, como premissa, a contribuição ontológica da filosofia e da história na formação do conceito em questão, revelada pela influência do direito romano, do pensamento cristão e da filosofia moderna e contemporânea, essencialmente, através das concepções do personalismo e do existencialismo. Em seguida, busca-se a identificação do procedimento que origina o embrião em estado extracorpóreo e passa-se a verificar as teorias que fundamentam a determinação do início da vida humana, precisamente, a concepcionista, as teorias genético-desenvolvimentistas ou biológicas e a teoria da potencialidade. A partir disso, surge a necessidade de avaliar os conceitos, categorias e classificações dogmáticas delineadas precisamente pelo direito civil, que são os conceitos de pessoa, sujeito de direito, prole eventual, personalidade e capacidade jurídica. Considerando tais análises, passa-se a identificar os estágios de vida humana e a respectiva pretensão de cada um em ser sujeito de direito, ou seja, busca-se a averiguação da natureza jurídica do embrião (fecundado artificialmente e conservado em laboratório), do feto (o nascituro, conquanto esteja no ventre materno) e do indivíduo nascido, qualificado juridicamente como pessoa física ou natural. Enfim, chega-se à reflexão sobre a existência ou não de princípio ou previsão dentro do regramento jurídico brasileiro que vincule a aquisição da personalidade jurídica à possibilidade de titularizar direitos, para que se possa determinar a delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito e, conseqüentemente, a condição jurídica do embrião e do nascituro.

Palavras-chave: Sujeito de direito; conceito de pessoa; embrião; nascituro; personalidade jurídica.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the dogmatical concept of the man as a legal subject, taking into account his different stages of life: embryo, fetus and the already born individual. For that, it's necessary to check, as a premise, the ontological contribution of philosophy and history in the formation of the concept at issue, revealed by the Roman Law, the Christian thoughts and modern and contemporary philosophy influence, essentially, through conceptions of personalism and existentialism. Next, the identification of the procedures that raise the embryo in extracorporeal condition is made, followed by the verification of the theories that support the determination of a human life beginning, precisely, the conceptionist, the genetical-developmental or biological theories and the potentiality theory. After that, it's necessary to evaluate the concepts, categories and dogmatical classifications precisely outlined by the civil law, whatever the concepts of person, legal subject, eventual progeny, personality and legal capability are. Taking these analysis into account, the stages of a human life and respective individual intention to be a legal subject must be identified, in other words, the embryo's (artificially fertilized and stored in laboratories) legal nature investigation is required, the fetus (unborn, while in the mother's uterus) and the already born individual, legally qualified as a natural person. At last, the reflection over the existence of principles or prevision within the Brazilian legal regulation that attaches the legal personality acquisition to the possibility of entitling rights, aiming to determine the dogmatical delimitation of the concept of man as a legal subject and, consequently, the legal condition of the embryo and the unborn.

Key-words: Legal subject; concept of person; embryo; unborn; legal personality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 UM PERFIL HISTÓRICO - FILOSÓFICO DA CONCEPÇÃO DE PESSOA	17
2.1 A GÊNESE DA CONFUSÃO DOS CONCEITOS: SER HUMANO OU HOMEM, INDIVÍDUO, PESSOA E SUJEITO DE DIREITO	19
2.2 A ANTIGUIDADE E O CONTRIBUTO DA FILOSOFIA CLÁSSICA	21
2.2.1 A contribuição da filosofia grega a partir de Sócrates	22
2.2.2 A pessoa no Direito e Filosofia romanos	26
2.2.3 A pessoa segundo a antropologia cristã	30
2.3 O PENSAMENTO MEDIEVAL	34
2.4 DA FILOSOFIA MODERNA AO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO	37
2.4.1 O humanismo e o movimento renascentista	38
2.4.2 O homem cartesiano	40
2.4.3 O jusnaturalismo e o positivismo	43
2.4.4 O pensamento de Kant	46
2.4.5 O valor ontológico do que é ser homem	51
2.4.5.1 <i>O existencialismo</i>	55
2.4.5.2 <i>O personalismo</i>	57
2.4.5.2.1 A estrutura do universo pessoal	60
2.4.5.2.2 Estrutura pessoal e revolução científica	62
2.5 À GUISA DE FINALIZAÇÃO	64
3 VIDA E PERSONIFICAÇÃO JURÍDICA DO SER HUMANO	66
3.1 LIBERDADE CIENTÍFICA E LIMITES DA CIÊNCIA: UMA ANÁLISE BIOÉTICA	68
3.2 A FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL: O SURGIMENTO DO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO	70
3.3 A ORIGEM DA VIDA	73
3.3.1 A visão concepcionista	80
3.3.2 Teorias genético-desenvolvimentistas	85
3.3.2.1 <i>Nidação</i>	86
3.3.2.2 <i>Formação do sistema nervoso central</i>	86
3.3.2.3 <i>Os 14 primeiros dias ou teoria da individualidade humana</i>	87

3.3.3 A teoria da potencialidade	88
3.4 O CONCEITO DE PESSOA	90
3.4.1 Identidade entre ser humano e pessoa?	96
3.4.2 Pessoa <i>versus</i> coisa	100
<i>3.4.2.1 Os escravos e os estrangeiros</i>	102
<i>3.4.2.2 A ética biocentrista e os animais não humanos</i>	103
3.4.3 A dignidade da pessoa humana	106
3.5 O CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO	109
3.6 O VALOR ONTOLÓGICO DE SER SUJEITO DE DIREITO	114
3.7 A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	115
3.7.1 O início da personalidade do ser humano	119
3.7.2 O início da personalidade do grupo de pessoas associadas	120
3.8 PERSONALIDADE JURÍDICA, CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO	121
4 O SER HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITO	124
4.1 DO DIREITO SUBJETIVO AO SUJEITO DE DIREITO	124
4.2 AS POSSÍVEIS CATEGORIAS DE SUJEITOS DE DIREITO	125
4.2.1 Pessoa natural ou física	126
4.2.2 Nascituro	130
<i>4.2.2.1 As teorias sobre a sua natureza jurídica</i>	133
<i>4.2.2.1.1 Teoria da concepção</i>	133
<i>4.2.2.1.2 Teoria da personalidade condicional</i>	136
<i>4.2.2.1.3 Teoria natalista</i>	137
<i>4.2.2.2 Os direitos do nascituro</i>	140
4.2.3 Embrião	143
<i>4.2.3.1 Prole eventual e embrião extracorpóreo</i>	143
<i>4.2.3.2 Destinação embrionária</i>	146
<i>4.2.3.2.1 Descarte</i>	147
<i>4.2.3.2.2 Congelamento ou criopreservação</i>	147
<i>4.2.3.2.3 Fins reprodutivos</i>	148
<i>4.2.3.2.4 O artigo 5º da Lei 11.105/2005 e a pesquisa com células-tronco embrionárias</i>	149
<i>4.2.3.3 Estatuto jurídico do embrião humano</i>	152

5 A ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DO HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NA NORMATIVIZAÇÃO BRASILEIRA	156
5.1 A IMPORTÂNCIA DA ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA	158
5.2 DIREITOS SEM SUJEITO?	161
5.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA ESTRUTURAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO NA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA	163
5.3.1 O prestígio do valor ontológico da vida humana como um pressuposto à delimitação conceitual	164
5.3.2 O reconhecimento da condição de sujeito de direito: o afastamento da equiparação ao conceito de pessoa	166
5.4 A ESTRUTURAÇÃO DE <i>LEGE DATA</i> : A POSIÇÃO JURÍDICA DA PROLE EVENTUAL, DO EMBRIÃO, DO NASCITURO E DA PESSOA NATURAL	170
6 CONCLUSÕES	175
REFERÊNCIAS	181

1 INTRODUÇÃO

O fundamento de qualquer sistema jurídico é, incontestavelmente, o ser humano, envolto pela necessidade protetiva de sua permanência, como espécie e como indivíduo, no planeta, em contraponto ao valor e à significação dos outros seres vivos e das outras coisas existentes. Os sistemas jurídicos nasceram evidentemente na trilha do viés especista – foram moldados com fulcro na tutela antropocêntrica, fizeram do homem o centro do Direito, concedendo-lhe privilégios e imputando-lhe comportamentos. Para isso, atribuíram a ele a qualificação (condição ou natureza jurídica) de sujeito de direito.

A presente dissertação tem como objetivo analisar a delimitação dogmática, delineada pela lei, do ser humano como sujeito de direito, ou seja, em verdade, busca-se identificar como se dá a transição dos momentos de desenvolvimento da vida humana, explicitada pelos estados biológicos de embrião extracorpóreo, mantido em laboratório (ovo ou zigoto), feto (portanto, presente no ventre materno) e homem, como indivíduo nascido, para avaliar a disciplina jurídica de cada um.

A identificação da natureza do embrião extracorpóreo, do feto (juridicamente, o nascituro) e do “homem nascido”, pessoa (em sentido histórico-filosófico e também jurídico) se dará a partir da análise da Constituição Federal e do Código Penal, quando disciplinam o direito à vida, do Código Civil, quando ensaia uma categorização dos sujeitos que titularizam direitos e das leis 11.105/2005 e 11.804/2008, que dispõem sobre o embrião e o nascituro. Além disso, avaliar-se-á, também, a natureza jurídica da prole eventual ou futura, disciplinada especificadamente no Código Civil.

Por possuírem fundamentos e pré-requisitos distintos, para este trabalho, resta excluída, portanto, a análise dos grupos de indivíduos associados para determinados fins, as pessoas jurídicas, que são, também, sujeitos de direitos, bem como os entes que a elas possam se assemelhar, como a massa falida, herança, espólio e condomínio, destituídos do atributo da personalidade. Aqui, o corte epistemológico atem-se ao “sujeito de direito humano”, cuja revelação é visualizada pelos estados sucessivos de vida: embrião, feto e homem nascido.

A delimitação conceitual do homem como sujeito de direito pela lei está colimada de fundamentos históricos e filosóficos, posto que uma análise dogmática deve ser antecedida por uma perspectiva zetética, onde a história e a filosofia traçarão os caminhos que influenciaram a construção jurídica atual.

A imprecisão no uso de termos “homem”, “sujeito” e “pessoa” é uma das primeiras questões a serem avaliadas, considerando o fato de que, historicamente e filosoficamente, conforme será analisado no capítulo 2, essa confusão também ocorre. Aqui, cumpre registrar a dificuldade teórica que se iniciou desde o começo da pesquisa, posto que os apontamentos históricos e filosóficos, de uma maneira geral, também não se preocuparam em precisar o uso dos termos com base na pertinência conceitual de cada um. Manifestações científicas de várias naturezas ou mesmo de cunho moral ou religioso não declinaram os possíveis motivos que podem separar tais conceitos e, evidentemente, ignoraram a necessidade de usá-los conforme a realidade que exprimam. Os sistemas jurídicos deram prosseguimento ao uso indiscriminado dos conceitos, ignorando as premissas que, possivelmente, os diferenciam.

No referido capítulo, serão identificados, através da evolução dos acontecimentos históricos, os pontos influentes na construção da idéia sobre pessoa, dividida entre um viés filosófico e outro jurídico. É pertinente também esclarecer que este relato histórico está cingido a fatos que possam ter influenciado diretamente a formação do conceito dogmático em questão, onde não cabe uma análise aprofundada dos marcos históricos citados, por não servir a pesquisa a uma incursão aprofundada sobre a história da pessoa e sobre todo o pensamento filosófico que possa ter a influenciado.

Para tanto, passar-se-á à análise do contributo da antiguidade clássica, do pensamento medieval, culminando na idade moderna e contemporânea, donde se extrai as influências diretas do humanismo, pela descoberta da posição do homem no universo, do jusnaturalismo, a partir da afirmação de pré-requisitos que são essenciais à existência humana e independem de uma ordem jurídica, e do positivismo, passando-se a incorrer sobre a construção protetiva da pessoa pela dogmática jurídica.

No percalço da filosofia moderna, influentes na dogmática contemporânea, o existencialismo e o personalismo aparecem como pensamentos que fornecem os fundamentos para a compreensão do valor ontológico do homem, inserido num ambiente em constante mutabilidade cultural e científica. É certo, neste trabalho, o não aprofundamento da questão sob a ótica filosófica, considerando a natureza da análise centrada numa perspectiva dogmática, voltada à identificação do real conceito no direito positivo, no regramento jurídico como um todo. No entanto, a pesquisa toma como premissa o fato de que essa avaliação perpassa pela ontologia e não pode ignorar totalmente o caminho filosófico.

Em seguida, no terceiro capítulo, intenta-se compreender a personificação jurídica do ser humano, de modo a avaliar a maneira com que a ele foi imputada a condição de pessoa, que,

no Código Civil, é o sujeito de direito chamado de pessoa natural ou física. Essa compreensão não pode prescindir da atual realidade que a cerca, que é a crescente evolução da ciência, impulsionada pela liberdade científica e acompanhada pela Bioética e pelo Direito, responsáveis pela delimitação dessas condutas a fim de garantir, antes de tudo, a vida da espécie humana.

Assim, antes de esmiuçar os fundamentos dogmáticos do conceito de pessoa, urge identificar os pontos científicos, morais, religiosos e transcendentais que envolvem a determinação do início da vida e o exato papel do Direito na identificação da forma com que ela deve ser protegida. Tal fator mantém influência direta com a averiguação da posição do embrião e do feto como possíveis sujeitos de direito no Ordenamento jurídico.

No mesmo capítulo, passa-se a avaliar o conceito de sujeito de direito, com fulcro na lei e na doutrina, considerando os fundamentos dos entendimentos tradicionais, e as novas questões, próprias de posicionamentos recentes, bem como a noção de personalidade jurídica, intimamente associada ao conceito referido. O objetivo deste capítulo é esmiuçar conceitos e categorias jurídicas que se entrelaçam, como “sujeito de direito”, “personalidade” e “pessoa”. O delineamento de tais conceitos fornecerá os subsídios para a identificação da delimitação conceitual do homem como titular de direitos, seja no estágio embrionário, no fetal ou a partir do nascimento.

As manifestações do homem como sujeito de direito são traçadas no capítulo 4, a partir da identificação da condição jurídica da prole eventual, também chamada de prole futura, do embrião mantido em laboratório, do nascituro e da pessoa natural ou física. Para essas quatro possibilidades, serão promovidos estudos em prol da identificação das peculiaridades que as diferenciam e da sua natureza jurídica. Restar-se-á, então, definida a diferença conceitual entre entes concebidos e entes não concebidos e entre embriões criopreservados e nascituros, essencial à avaliação da estruturação dogmática dos possíveis sujeitos de direito.

O último capítulo, foco do tema da presente pesquisa, tem início com a determinação da importância da delimitação e, conseqüentemente, estruturação dogmática, inerente à essência do Direito. A importância da dogmática jurídica não afasta a influência da filosofia e das disciplinas não dogmáticas neste estudo, de sorte que, para aferição do conceito em questão, não se pode refutar o valor ontológico do homem, expressado pelo atributo intrínseco da dignidade.

Busca-se identificar o real conceito de sujeito de direito, partindo da premissa de que não há

no direito brasileiro nenhuma determinação legal ou princípio jurídico que vincule titularidade de direitos à personalidade jurídica. A partir disso, poder-se-á identificar, tomando como base o direito positivo, a natureza jurídica da prole eventual, do embrião extracorpóreo e do nascituro, entes destituídos de personalidade, conforme dispôs o Ordenamento.

Em realidade, é pertinente salientar que esta dissertação prescinde do objetivo de discorrer minuciosamente sobre os direitos imputados aos referidos entes despersonalizados e à pessoa natural. O seu propósito reside na identificação dos critérios científicos que conferem a condição “sujeito de direito” a um ente dentro da dogmática jurídica atual. No último capítulo, restará, então, traçada a natureza dos entes despersonalizados correspondentes aos momentos sucessivos da existência humana.

A importância deste estudo assenta na necessidade da construção de uma tutela protetiva do homem, não apenas como pessoa, em sentido jurídico, mas consoante às formas de manifestação da sua vida. O surgimento do embrião fecundado e mantido em laboratório propiciou reflexões sobre a possibilidade de nascimento de uma nova categoria jurídica, considerando o fato de que o Código Civil de 2002 não efetivou a sua proteção específica, sendo ele somente tratado em 2005, quando promulgada a lei 11.105/2005.

A proposta da presente pesquisa surgiu a partir da necessidade de refletir a respeito dos processos científicos de intervenção do homem na vida da sua própria espécie. O processo de reprodução humana em laboratório, com sua tecnologia específica, impulsionou o começo dessas reflexões, consoante ter possibilitado a criopreservação de embriões humanos, possuidores de códigos genéticos próprios, fora do corpo feminino. Ademais, atualmente, os conhecimentos biomédicos e tecnológicos propiciam a consecução de novos recursos diagnósticos que indicam, por vezes, a intervenção no desenvolvimento embrionário ou fetal.

Como contribuição dogmática, promover-se-á a diferenciação dos conceitos, intimamente associados na doutrina, “pessoa”, “sujeito de direito” e “personalidade jurídica”. Essa necessidade nasceu de questionamentos doutrinários em torno do regime jurídico devido ao embrião cuja fecundação se processou em laboratório e ao nascituro, ambos destituídos de personalidade jurídica. Resta evidente que, na doutrina tradicional e também dominante, ser sujeito de direito pressupõe o gozo da condição de pessoa, seja natural ou jurídica, no entanto, também é notória a inexistência de uma previsão que justifique essa pressuposição. A situação dos entes despersonalizados, titulares de direitos, é a prova concreta da necessidade de repensar tais conceitos, conforme já é possível perceber em determinados entendimentos doutrinários.

Dessa maneira, impende a releitura do pensamento, que fundamentou o entendimento tradicional e dominante, que equipara o conceito de sujeito de direito ao conceito de pessoa, passando-se a avaliar quais fundamentos podem atestar a impertinência dessa vinculação.

Com o objetivo de identificar dogmaticamente o conceito de homem como sujeito de direito, deve-se esmiuçar o estudo do reconhecimento da titularidade de direitos nos diferentes estágios da vida humana através da aposição das categorias de prole eventual, embrião, nascituro e pessoa no regramento jurídico.

2 UM PERFIL HISTÓRICO - FILOSÓFICO DA CONCEPÇÃO DE PESSOA

A investigação inicial a respeito do conceito de pessoa pressupõe uma análise de natureza filosófica, a fim de que sejam identificados os fundamentos incidentes e possa ser avaliado

como o referido conceito foi construído ao longo da História. Sem prejuízo do corte epistemológico adotado, cumpre investigar, na evolução histórica da humanidade, as matizes do pensamento filosófico que fundamentaram a formação do pensamento dogmático sobre o principal ente que titulariza direitos dentro do Ordenamento jurídico.

A formação do conceito de pessoa, esboçada hoje nas construções jurídicas ocidentais, advém do entendimento da Filosofia. Para alcançar o discurso jurídico-dogmático, avaliando o processo de formação da subjetividade no Direito, é necessário conhecer aspectos históricos e filosóficos, especificadamente, no que tange aos pontos que contribuíram para o nascimento da concepção personalista, que influenciou a delimitação dogmática conceitual do homem como sujeito de direito. Uma abordagem estritamente dogmática do sujeito manter-se-ia impossível pela ausência de investigação dos primeiros fundamentos do que se pretende pesquisar.

O delineamento filosófico que antecede o estudo das disposições legais sobre pessoa e, conseqüentemente, sujeito de direito contribui para a formação dos juízos crítico e explicativo sobre o discurso dogmático. Ademais, para chegar à perspectiva desta pesquisa, situada, primordialmente, a partir do pensamento civilista contemporâneo, deve-se responder perguntas que, sob o ponto de vista ontológico, encontram raízes na História e na Filosofia.

A avaliação da etimologia do termo “pessoa” aponta para a sua multiplicidade semântica, pois, antes de integrar o vocábulo filosófico, o termo percorreu territórios semânticos distintos, como o teatro, onde reside provavelmente a sua origem, a linguagem teológica e a gramática e a retórica¹.

Atenta-se, ademais, que, ainda que neste trabalho busque-se também avaliar historicamente como se deu a aparição dos sujeitos que titularizam direitos no regramento jurídico brasileiro, a partir da sistematização do Direito Civil, o caminho para tal objetivo está condicionado à verificação do movimento de surgimento da idéia sobre pessoa, tradicionalmente entrelaçada pelo conceito de personalidade. Ou seja, o que hoje se entende por sujeito de direito teve seu estudo iniciado a partir de referências à pessoa, enquanto homem, espécie protagonista da história do mundo. Em verdade, historicamente e não só juridicamente, também é possível perceber o uso indiscriminado e impreciso dos termos “sujeito de direito” e “pessoa”, questão a ser aprofundada em momento posterior.

Assim, mesmo que os conceitos de pessoa e sujeito de direito sejam condições que derivem

¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.189.

de construções da dogmática jurídica, não estão isentos do coeficiente histórico-filosófico proveniente da evolução do conhecimento humano.

A História mostra como se deu a agregação dos fundamentos que concorreram para a estruturação dogmática dos sujeitos na perspectiva civilista. O processo histórico, então, possibilitou a absorção de fundamentos distintos, para a construção de uma noção ontológica sobre o homem, consolidando, a partir de paradigmas diferenciados e gradativos, a sua posição atual no Ordenamento e em face das coisas e das demais formas de vida existentes.

Sem prejuízo das manifestações contrárias ao viés essencialmente antropocentrista, em geral, todo e qualquer pensamento estruturante do Direito foi delineado pelo e para o homem. Não há outro fundamento eleito pelo Estado que destrua essa perspectiva.

Ao longo do tempo, estão fincadas as raízes da noção sobre o que se entende, hoje, por sujeito de direito. Na historicidade ou tradição, apontada por Hans-Georg Gadamer² como fator indispensável à tomada de qualquer atividade interpretativa, estão os fundamentos da dogmática contemporânea. Eis a inter-relação do passado, manifestado no conteúdo histórico-filosófico, com o presente, própria do ato de compreender.

Em cada etapa da História, está revelada a medida de importância atribuída à espécie humana, manifestada pelos costumes e direitos alcançados, dentro de cada estrutura social, frutos, também, de um pensamento filosófico específico, donde se extrai que, ontologicamente, o significado do sujeito recebeu fundamentações variadas. Os argumentos históricos exalam as diversas razões embutidas na necessidade de transformar o homem, espécie de ser vivo, em sujeito de direito, figura principal da ordem jurídica, através do reconhecimento da sua titularidade de garantias e proteções.

A importância do conceito de pessoa e do conceito de sujeito de direito na ordem jurídica é antecedida pelo processo de surgimento do paradigma individualista que se deu, significativamente, a partir do pensamento moderno.

Traçar um perfil histórico-filosófico da concepção de pessoa é reunir os acontecimentos significativos que contribuíram para o entendimento humano a respeito do que hoje é um sujeito de direito. O caráter filosófico do tema o torna interessantemente investigável, considerando o fato de que o Direito Civil que hoje estruturou as categorias de sujeito é, também, uma espécie de revelação positivada da história do homem.

² Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4.ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

Buscar-se-á identificar e avaliar as bases históricas e filosóficas que fundamentaram o processo de reconhecimento da titularidade dos direitos, considerando os três estados sucessivos de manifestação da vida (a espécie humana como embrião, como feto e nascituro, e como pessoa nascida e individualizada).

A partir dessas reflexões, para se chegar ao deslinde da desmistificação ideológica do sujeito de direito, alguns questionamentos são naturais: Ser sujeito de direito é uma condição natural do homem? Quem é sujeito de direito sob o ponto de vista histórico? Quais os fundamentos incidentes na construção e manutenção dessa categoria jurídica e qual é a importância dela?³

Antes de ser fruto de uma construção dogmático-jurídica, sujeito de direito é um produto histórico e ideológico, construído a partir de fatores sociais, cuja fundamentação se dá desde a antiguidade clássica à filosofia contemporânea. Daí, extrai-se que o começo da pesquisa sobre o que é sujeito de direito se dá a partir do conteúdo histórico e filosófico do conceito de pessoa, considerando o fato de que somente com o decurso do tempo foram aperfeiçoadas as construções jurídicas e, por consequência, a delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito que titulariza direitos.

2.1 A GÊNESE DA CONFUSÃO DOS CONCEITOS: SER HUMANO OU HOMEM, INDIVÍDUO, PESSOA E SUJEITO DE DIREITO

É necessário esclarecer, desde logo, que um olhar histórico sobre a temática aponta para o entrelaçamento dos conceitos “ser humano” ou “homem”, “indivíduo”, “pessoa” e “sujeito de direito”, o que faz com que muitas vezes se reflita a respeito da pergunta sobre o que é pessoa, querendo-se referir não à condição que deriva da construção jurídica personalista, mas ao homem, enquanto espécie vivente, e vice-versa⁴.

De uma forma geral, os relatos históricos, sejam fatos ou documentos, e os autores modernos ou contemporâneos, que se debruçaram na construção de obras histórico-filosóficas sobre esta

³ Cf. CARNEIRO, Maria Francisca; PEREIRA, Potiguara Acácio. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.30, n.30, 1998, p.242.

⁴ Assim, “o pensamento jurídico, político e mesmo filosófico dos últimos tempos, acabou por esvaziar o conteúdo semântico da noção de pessoa. Ao identificar o Homem como *persona*, o pensamento actual já não quer afirmar aquilo que o Homem é, mas tão só designar um fenómeno do qual não conhece nem a essência nem a natureza. Homem e pessoa são, em muitos discursos, nomes de uma mesma realidade, distintos, quanto muito na generalidade, e por isso aparecem, ao sujeito cognoscente, como termos equivalentes na mesma interrogação” (GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.19).

temática, não diferenciaram os referidos termos, de forma a precisar a pertinência exata de cada um deles. Em verdade, o uso indiscriminado é o reflexo da profusão desses conceitos, teoricamente, muitas vezes empregados para designar uma mesma realidade. Aqui, passa-se a tratar, unitariamente, os significados que podem diferenciar tais conceitos a partir de constatações históricas e científicas notórias⁵.

Os termos “ser humano” e “homem”, ao longo do tempo, foram comumente utilizados como designações aos entes pertencentes a uma determinada espécie, à espécie *homo sapiens*. Eles possuem, de fato, um coeficiente biológico, porque exprimem, diretamente, designação de conteúdo especista.

O mesmo aconteceu com o termo “pessoa”, destinado como referência à espécie humana. No entanto, no decorrer da pesquisa, mostrar-se-á que o seu conteúdo exprime uma dimensão filosófica e outra jurídica, sem prejuízo da constatação de que, com frequência, a expressão é empregada para designar o homem enquanto ser humano.

O nascimento da idéia de “indivíduo” se deu numa perspectiva voltada à contemplação dos atributos da subjetividade e autonomia humanas, no entanto, também foram historicamente utilizados como simples referência à espécie. As idéias de individualidade e subjetividade surgiram no contexto humanista, voltado à necessidade de valorização da vontade e da independência do homem, levada às relações sociais e jurídicas.

A aparição da idéia sobre os sujeitos que titularizam direitos pressupõe a análise de noções anteriores, ainda que imprecisamente determinados e substancialmente confusos, como o surgimento do conceito sobre pessoa e personalidade. O termo “sujeito de direito” também está intimamente associado ao conceito vulgar e indiscriminado de homem e de pessoa, ainda que ele seja, em essência, fruto de uma construção jurídica. A delimitação dogmática do conceito de sujeito de direito não pode prescindir da verificação histórica e filosófica do conceito de pessoa.

2.2 A ANTIGUIDADE E O CONTRIBUTO DA FILOSOFIA CLÁSSICA

A possibilidade de identificar um marco inicial para a história da concepção de pessoa no

⁵ A diferença esboçada aqui se dá partindo do fato de que essa confusão no uso terminológico é antiga e percebida até hoje. No entanto, os fundamentos que justificam a diferença encontram-se nos relatos históricos, científicos e filosóficos em geral, abrangendo, também, a percepção individual da autora desta pesquisa.

ocidente⁶ deve partir da época pré-socrática, começo da reflexão sobre a organização do viver do homem e sobre as primeiras questões hoje pertinentes à jurisfilosofia.

Um breve olhar sobre a doutrina especializada aponta para o fato de que os registros sobre esse período não ocorrem de modo enfático, devido às circunstâncias históricas e temporais. No entanto, nesta época, é possível afirmar que foram assentados os primeiros ensaios filosóficos conduzidos pela racionalidade humana, responsável pelo molde primário de uma tendência à estruturação do pensamento através da criação de categorias e da delimitação de conceitos.

O desenvolvimento dos primeiros ensaios acerca da capacidade de pensar humana foi conduzido, essencialmente, por alicerces metafísicos, vinculados à teorias mitológicas e de ordem espiritual. Paulatinamente, processou-se a transição do pensamento mítico, delineado por explicações transcendentais e divinas, ao pensamento filosófico.

Na verdade, tal caminho pode ser traduzido pela transição do pensamento fundamentado na mitologia dos Deuses, na Grécia antiga, para o começo da participação do homem nas explicações de suas questões existenciais⁷, demonstrando o início de uma tímida presença da racionalidade no centro das discussões humanas.

A participação efetiva do homem, promovida pela sua capacidade de pensar e externada pela racionalidade, cujos primeiros ensaios ocorreram significativamente a partir dos relatos filosóficos da época clássica, tem importante papel nas construções teóricas do Direito esculpidas na lei.

2.2.1 A contribuição da filosofia grega a partir de Sócrates

O período socrático foi antecedido pelo sofismo, onde ocorreram os primeiros ensaios no sentido de refutação das teorias mitológicas, cuja base era as noções fluídas, as intervenções divinas e os poderes naturais e sobrenaturais. O mérito da sofística foi principiar a fase em que o homem é colocado em destaque, em prol de se começar a discutir questões de ordens política, moral e social.

⁶ Registra-se que a incursão histórico-filosófica deste trabalho está cingida ao pensamento ocidental.

⁷ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.11.

Registrou-se, neste período, uma tendente negação da ciência, por consideração demasiada do direito de cada pessoa de ter a sua própria opinião, o que culminou na admissão de um caráter relativo da justiça e do Direito. Sobrepujavam aspectos individualistas e subjetivistas, pois cada homem tinha um modo próprio de ver e de conhecer as coisas, do que resultava o fato de que não poderia existir uma ciência objetiva, verdadeira e universal⁸.

O pensamento sofista foi marcado por uma mobilização em torno dos conceitos em geral, na tentativa de afastar os excessos metafísicos ou a mistificação que, insistentemente, circundava discussões sobre todas as coisas. Os sofistas enalteciam a capacidade do homem, levantando a bandeira da sua auto-suficiência para a solução dos seus próprios problemas na tentativa de atenuar a posição até então ocupada pelo divino⁹.

O sofismo abriu as portas para uma ética de caráter teleológico, voltada para a coletividade, em prol de fomentar a consciência do homem sobre a necessidade de viver harmonicamente em sociedade. Sucedaneamente, Sócrates promoveu a reavaliação da posição do conhecimento para afirmar que ele reside no próprio interior do homem, pois “conhecendo-se a si mesmo, pode-se conhecer melhor o mundo”¹⁰.

A filosofia socrática foi fundamentada por uma ética que teve por objetivo preparar o homem para conhecer-se, a fim de que possa diferenciar o que é certo do que é errado. Este pensamento filosófico foi focado em questões morais, por ter investigado a coragem, a justiça e a piedade. Defendeu a necessidade de uma postura humilde diante da ciência, por entender “não ser possível ao homem conhecer a realidade objetiva desconhecendo o seu próprio ser. Pregou, então, a filosofia do autoconhecimento”¹¹.

Sócrates distinguiu a impressão dos sentidos, onde está a variedade, o livre arbítrio e a instabilidade subjetiva, do produto da razão, onde estão localizados os conhecimentos¹².

⁸ Cf. NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.104; DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006, p.15.

⁹ “Registros históricos apontam para tendências sofistas de discussão no sentido da verificação das coisas que seriam fruto de convenções humanas e das que seriam dadas pela natureza. Nesta discussão sobre o direito, os sofistas fazem uso de uma antítese, que, no pensamento grego do século V, também foi utilizada na teoria lingüística e cultural, mas que, principalmente, deveria tornar-se significativa no pensamento jurídico-filosófico: a confrontação de “ordenamento” ou “convenção” e “natureza”, e consequentemente o que é de natureza e essência, com o que foi determinado pelo ordenamento humano [...]” (COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.28).

¹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.86.

¹¹ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.106.

¹² DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo

Grande parte das premissas socráticas desembocou no pensamento platônico. A virtude é o conhecimento e, para expor o problema ético, não se deve afastar o entrelaçamento de questões gnoseológicas, metafísicas e morais.

A preocupação de Platão foi concentrada em pressupostos transcendentais¹³, como a alma e a origem humana, e na criação da expectativa de uma justiça somente realizável no Além. Platão não mede esforços para defender a educação da alma no caminho do bem, afirmando que os padrões de conduta devem ser firmados com base na ética, que tem natureza metafísica, assim como a justiça. A alma, categoria platônica mais importante, tem natureza metafísica e pode ser compreendida através de duas características: é preexistente ao corpo e subsiste a ele¹⁴.

O pensamento platônico é hoje considerado uma das primeiras manifestações filosóficas baseada consideravelmente em pressupostos transcendentais. Platão ensaiou uma filosofia mítica, ainda que colimada de premissas racionais, de maneira que o valor da vida humana não pode ter apenas ligação com a racionalidade que afirma a sua importância, mas, também, com perspectivas que fogem à compreensão científica e se centram em questionamentos pendentes, até hoje não esclarecidos.

A respeito da sua idéia sobre pessoa, é possível afirmar que a personalidade do homem não é reconhecida de forma adequada por Platão. A título de exemplo, vê-se que é impossível encontrar no seu pensamento alguma condenação sobre a escravidão, pois, “os escravos não estão incluídos nem mesmo nas três classes postas por ele para exercitarem as funções do Estado [...]”¹⁵.

O idealismo filosófico de Platão produziu condições favoráveis ao desenvolvimento das idéias de Aristóteles, reflexos de vários elementos já trabalhados por toda época filosófica que o antecedeu.

Horizonte: Ed. Líder, 2006, p. 17.

¹³ Sobre o tema, é oportuno registrar: “A cosmovisão platônica, que segue rigorosamente passos pitagóricos, permite a abertura da questão da justiça a caminhos mais largos que aqueles tradicionalmente trilhados no sentido de se determinar seu conceito. O que a proposta platônica contém é uma redução dos efeitos racionais da investigação, e uma maximização dos aspectos metafísicos do tema. Nesse sentido, toda alma que perpassa a sombra e a incógnita da morte encontrará seu julgamento, que será feito de acordo com os impecáveis mandamentos da Justiça. A doutrina da paga do Além dos males causados a outrem, deuses e homens, possui caráter essencialmente órfico-pitagórico, e é o cerne da justiça cósmica platônica” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.106).

¹⁴ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.15-16.

¹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006, p. 21.

Para Aristóteles, somente a educação ética poderia construir um comportamento virtuoso que é o caminho para a felicidade humana. O homem é um ser eminentemente político, convive e exerce a sua racionalidade em sociedade, por meio do discurso. O pensamento aristotélico reclamou maior espaço para os atributos da racionalidade e da prudência como forma de valorizar o problema da justiça como um problema humano e ligou-se aos fatos empíricos e reais para construir visões a respeito dos fenômenos sociais¹⁶.

Para Platão, os homens são diferentes de acordo com a disposição e a capacidade. Tangenciando um posicionamento sobre a idéia de pessoa, observou a escravidão e justificou-a procurando demonstrar que os homens incapazes de se governarem deviam ser dominados. Existiam homens nascidos para a liberdade e outros não. A escravidão era considerada como necessidade para o Estado por ter, sobretudo, uma função econômica¹⁷.

Sem prejuízo da sua postura ideológica quanto à escravidão, é possível notar que os ideais de igualdade e justiça pregados nas relações humanas em sociedade, por influência de Aristóteles, contribuíram para consolidar a proteção jurídica da personalidade em cada ser humano, firmada como uma cláusula geral protetora dos indivíduos, a origem e finalidade da lei e do direito¹⁸.

Foi na antiguidade clássica que a palavra “pessoa” teve seu uso inicial, sendo primariamente proclamado no contexto do teatro, para designar a máscara usada pelos atores em cena. Posteriormente, o seu significado semântico foi alargado para abranger também a personagem representada e, rapidamente, passou a ser empregada para referir-se ao homem, enquanto indivíduo,¹⁹ enquanto ser único.

No entanto, apesar disso, nota-se que o pensamento antigo trouxe forte imprecisão sobre a noção de pessoa, consubstanciada por uma fraquíssima estruturação dos fundamentos desse conceito, o que não significa que a filosofia clássica tenha deixado de reconhecer a importância dos atributos pessoais do homem.

Sócrates, Platão e Aristóteles reconheceram a superioridade humana dentro da estrutura do mundo, quando construíram os pilares de suas argumentações filosóficas. “A singularidade do

¹⁶ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.110.

¹⁷ Sobre o assunto, consultar COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.33; DEL VECCHIO, Giorgio. *Op.cit.*, 2006, p. 28-29.

¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.24-25.

¹⁹ SANTOS, J. T. *apud* GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.21.

Homem face aos outros entes levou a filosofia clássica a considerá-lo no centro do cosmos, possuindo um elevado conjunto de perfeições que o colocavam num grau elevado – o mais elevado! – na hierarquia dos seres [...]”²⁰.

A antiguidade clássica, berço do pensamento filosófico, é a primeira manifestação humana concreta e aprofundada do verdadeiro valor ontológico da pessoa. As idéias que colocaram o homem no centro das discussões são, em verdade, parte de um movimento de valoração e incondicionalidade da proteção dessa espécie. Não se pode refutar que o início da consciência filosófica delineada neste período foi a mola propulsora para a consciência ontológica do valor do homem que, até hoje, é incessantemente discutida sob diferentes óticas científicas.

Sob o ponto de vista conceitual, não se registrou a estruturação exata do conceito sobre o que é pessoa na antiguidade clássica, tendo em vista a dificuldade em lidar com a noção de singularidade humana, presente nas realidades individuais²¹. Em verdade, inexistia a consciência social que primasse pela idéia de proteger a pessoa como uma realidade singularmente considerada, considerando as suas necessidades e o seu valor ontológico.

No pensamento filosófico antigo, imperava uma visão monista da realidade, pois a individualidade representava um problema, uma imperfeição.

No entanto, é possível perceber que os gregos detinham significativa noção do sentido da dignidade do ser humano, expressada pelas práticas hospitalares, pelo respeito com os mortos e pelo conteúdo das obras que são marcos da época.

O apogeu do pensamento filosófico culminou no surgimento de um direito geral de personalidade²², florescido entre os séculos IV e III a.C., cuja estrutura era inicialmente abstrata, reconhecendo o ser humano como possuidor de personalidade e de capacidades jurídicas. Nesta época, a proteção da personalidade humana se assentava em três principais

²⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Op.cit.*, 2008, p.22.

²¹ Sobre o assunto, versa Emmanuel Mounier: “Os filósofos apenas se preocupam com o pensamento impessoal e sua ordem imóvel que rege simultaneamente a natureza e as idéias. A aparição do singular é, de certo modo, uma sombra da natureza e nas consciências. Platão tentou reduzir a alma individual ao nível de uma participação na natureza e de uma participação na cidade: daí o seu ‘comunismo’. De resto, tanto para ele como para Sócrates, a imortalidade individual não era mais do que bela e arrojada hipótese. Aristóteles insiste, com efeito, na idéia de que só o individual é real, mas o seu deus não pode querer uma vontade particular, nem conhecer essências singulares, nem amar de um amor que escolha. Para Plotino, na origem de qualquer individualidade existe algo como um pecado original, só havendo salvação num regresso total ao Uno e ao Intemporal” (MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.17-18).

²² Aqui, “Direito geral de personalidade” é expressão usada como referência ao começo de um pensamento orientado à garantia dos direitos da pessoa, cujo conceito é também inicialmente confundido com o de personalidade (Sobre a expressão, consultar: SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

idéias: “A primeira formulava a noção de repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outra e a última proibia a prática de atos de insolência contra a pessoa humana”²³.

Historicamente, é notória a profusão das idéias de pessoa e direitos da personalidade. É possível perceber que a existência dos últimos tem como pressuposto a existência da primeira²⁴.

As obras de arte e os textos gregos utilizavam, intrinsecamente, concepções metafísicas que exalavam ideais em torno do significado e do conceito de pessoa. Em “Édipo em Colona”, Sófocles ensaiou a substituição do destino cego por uma justiça divina dotada de discernimento. Em “Antígona”, registrou-se o protesto em favor de valores contra aquilo que está determinado pelo poder. Em “Troianas”, viu-se a idéia de responsabilidade dos homens em detrimento do discurso sobre a fatalidade da guerra. Sócrates trouxe o “conhece-te a ti mesmo”, atentando para a importância de por em cheque os próprios conhecimentos e firmando um passo concreto para a formação de uma concepção personalista²⁵.

2.2.2 A pessoa no Direito e Filosofia romanos

Ainda que as noções sobre os direitos da pessoa tenham sido preliminarmente ensaiadas na Grécia antiga, foi em Roma a tomada dos passos iniciais para uma construção teórica jurídica que legitimasse o assunto. Para o alcance do significado de pessoa na época romana, é necessário entremear-se no seu sistema de direitos.

Assim como em qualquer obra de direito moderno, como pressuposto ao estudo do sistema jurídico, os romanos esboçaram, ainda que de forma não tão aprofundada, uma definição e um estudo das pessoas.

A expressão “personalidade” estava cingida aos indivíduos que reuniam o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Aqueles que eram destituídos de liberdade não possuíam nenhum outro *status*, como era o caso do escravo. Quem não possuísse capacidade jurídica não era considerado cidadão, portanto, não detinha o *status civitatis*, como ocorria com os

²³ SZANIAWSKI, Elimar. *Op.cit.*, 2005, p.24-25.

²⁴ Nos itens 3.4 e 3.7 do capítulo seguinte, pretende-se esmiuçar essa profusão.

²⁵ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.18.

estrangeiros. Quanto ao *status familiae*, somente era detentor da capacidade jurídica o *paterfamilias*, os demais componentes da família tinham a capacidade de direito reduzida²⁶.

Os romanos não eram propriamente personalistas, não se preocuparam com uma definição abstrata sobre pessoa. A palavra pessoa, inicialmente originada no teatro, para os juristas, era a designação do indivíduo que designa um papel na cena jurídica²⁷.

São muitas as controvérsias a respeito da exata natureza jurídica do escravo no direito romano. O termo *persona* no direito romano servia para designar o ser humano livre ou escravo e o termo *caput* designava maior ou menor graduação de direito subjetivo. “Era *caput* qualquer pessoa, livre ou escrava, independentemente da sua personalidade. O livre era chamado de *caput liberum* e o escravo de *caput servile*. Isto significa que qualquer ser humano era, para aquele povo, naquela época, considerado *persona* e *caput*”²⁸.

Cumprir apresentar algumas reflexões sobre do *status* jurídico do escravo na Roma antiga. O entendimento tradicional dos civilistas aponta para a ausência da personalidade dos escravos, tratados como coisas, portanto, sujeitos à propriedade de seu senhor. Entretanto, alguns autores defendem a necessidade de revisar tal referência histórica.

Carlos Cossio entende que a escravidão não devia ser visualizada como uma negação de personalidade, mas como uma limitação da liberdade pessoal²⁹.

Olis Robleda afasta o *status* de coisa dos escravos de Roma devido ao fato de que os atos praticados por eles produziam efeitos jurídicos, o que lhes conferia o *status* de pessoa e sujeito de direito, mesmo com ausência de capacidade plena³⁰. Para ele, o escravo detinha a capacidade de estar em juízo demandando a sua própria liberdade por meio da libertação fideicomissária e pela liberdade concedida sob condição.

Nessas duas formas de libertação de escravos, manifestam-se alguns direitos materiais e processuais reconhecidos aos escravos em Roma. Na liberdade fideicomissária, quando o herdeiro, legatário, ou fideicomissário deixasse de cumprir a cláusula testamentária, não alforriando o escravo, poderia, o mesmo, dirigir-se ao *iudex* e requerer sua libertação, pois possuía o direito de agir. Igualmente, o *statuliber*³¹ tinha a possibilidade de se dirigir ao *iudex* para a verificação do implemento da condição estipulada. Assim, se infere

²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.25-27; MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.29-31.

²⁷ VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Portugal, Porto: Rés-Editora, 1991, p.91.

²⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Op.cit.*, 2005, p.28.

²⁹ COSSIO, Carlos *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, 2005, p.28.

³⁰ ROBLEDA, Olis *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.28.

³¹ Conforme os textos romanos, *statuliber* era o nome usado para o escravo alforriado sob condição.

que possuía, o escravo, desde logo, um direito à liberdade e, posteriormente, teria um direito para defendê-la³².

Tudo isso desemboca numa breve reflexão comparativa entre o que dispôs o Direito Romano a respeito da aquisição da personalidade e o que dispõe, contemporaneamente, o Código Civil. Atualmente, a doutrina civilista³³ atribui o uso da expressão “pessoa” ao ser humano individualmente considerado, titular de direitos e obrigações, e entende que a personalidade consiste na aptidão do homem para exercer direitos e obrigações reconhecidos pelo Ordenamento jurídico, portanto, são conceitos que decorrem da lei. Conforme mencionado anteriormente, há quem afirme que, em Roma, mesmo possuindo limitações de capacidade, os escravos eram detentores de personalidade, não decorrente da lei, mas, sim, do fato de pertencerem à espécie humana.

As relações que envolviam os estrangeiros em Roma eram disciplinadas pelo *jus gentium*, complexo de normas utilizado pelo Estado, que muitas vezes era confundido com o *jus naturale*. Os juristas reconheceram que a escravidão ia de encontro ao direito natural, segundo o qual todos os homens nascem livres, mas justificaram a sua necessidade no *jus gentium*³⁴.

Nas fontes jurídicas romanas, encontram-se vários termos e expressões usados para designar o nascituro. Ao mesmo tempo em que lhe salvaguardou direitos, elegeram, expressamente, ao menos, dois princípios gerais para concretizar essa proteção: “O nascituro é considerado *pro nato*, já existente na realidade humana (*in rebus humanis*), quando isso lhe for vantajoso. É o princípio dos *commoda* do nascituro que lhe garante a prática de atos favoráveis a ele antes mesmo de seu nascimento”. O outro princípio exprime o entendimento de que “ao nascituro, que está na natureza das coisas (*in rerum natura*), são reservados os direitos desde a concepção (*tempus conceptionis spectandum*), em quase todo o direito civil”³⁵. Em verdade, aqui também reside forte dificuldade em definir o regime jurídico do nascituro: o de pessoa ou de coisa.

No pensamento filosófico romano, destacou-se o estoicismo, cujo filósofo principal foi Marco Túlio Cícero, onde era pregada a predominância de uma visão generalista do direito, através

³² SZANIAWSKI, Elimar. *Op.cit.*, 2005, p.29-30.

³³ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975; FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil. Esboço*. Rio de Janeiro: Ed. Ministério da Justiça e negócios interiores, 1952; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

³⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006, p. 38-39.

³⁵ MADEIRA, Hélcio Maciel França. *O nascituro no direito romano: conceito, terminologia e princípios*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p.84.

da ação, manifestada pela opção ética e moral, em detrimento do pensamento. O homem é apenas uma parte do universo e deve-se integrar-se à natureza. A atenção humana deveria voltar-se para as leis da virtude, portanto, deveria voltar ao estado de natureza³⁶. O indivíduo é partícipe, por sua natureza, de um mundo onde vige uma lei natural, refletida na consciência individual e que vale universalmente.

Os estóicos pregam a unicidade da lei moral e natural, pois, em ambas, está a razão, dominadora da natureza e da conduta humana. A ética, segundo o estoicismo, era viver a vida em concordância com a natureza, tanto no que tange ao homem singularmente considerado, quanto ao homem colocado em sociedade³⁷.

Segundo o estoicismo, não há sentido em diferenciar o livre do escravo, pois há uma liberdade inabalável por qualquer forma de opressão: aquela que deriva da supressão das paixões. O homem é livre quando aprende a vencer as paixões, desvencilhando-se dos seus atributos e postando-se independentemente delas³⁸.

“A moral que se vai encontrar é aquela que nos dá consciência de tudo que nos cerca, de igualdade na medida em que somos seres naturais e temos todos os mesmos direitos”. O estoicismo dá o passo inicial para a construção da Escola do jusnaturalismo, cujo fundamento principal é compreender o homem juridicamente inserido na natureza, uma mola propulsora para o entendimento futuro de que “o que prevalece para a jusfilosofia é a diretiva de que os homens têm direitos a serem alcançados e respeitados independentemente do ordenamento jurídico e/ou dos sistemas de Direito construídos”³⁹.

A filosofia romana também foi marcada pelos ideais da Escola epicurista ou hedonista que pregava que o homem deveria, por si só, buscar o prazer e promover o afastamento da dor, própria do estado de natureza. O Estado teria sido criado para evitar a dor, sempre presente no conflito, e favorecer a busca do prazer. No momento em que o Estado deixar de cumprir essa finalidade, o homem pode romper com ele⁴⁰.

Para reestruturar a realidade, abraçando a idéia da individualidade humana, a teologia cristã dotará de conteúdo metafísico a noção de pessoa, agregando novos fundamentos à construção

³⁶ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.112.

³⁷ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.41.

³⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006, p. 32.

³⁹ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.37.

⁴⁰ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.113.

do conceito.

2.2.3 A pessoa segundo a antropologia cristã

O nascimento do cristianismo se deu na época antiga e se desenvolveu no período medieval. Ao longo do seu uso histórico, a doutrina cristã sofreu vários desvios interpretativos sem que isso tenha retirado a sua importância para o estudo do pensamento humano. Muito do que se discute hoje, na seara dos conceitos dos institutos jurídicos, está intrinsecamente ligado à perspectiva religiosa⁴¹. Não é diferente com a noção sobre pessoa e sujeito titular de direitos.

A religião cristã ganhou propulsão num contexto determinado pela necessidade de reunificação do Império Romano, destruído pelas invasões bárbaras e fragmentado em feudos. Antes, o que garantia a união do Império era o direito romano, e a Igreja trouxe, para o centro das relações, o direito canônico, criado para sustentar a unificação religiosa e política da época, através da doutrina teológica e da liturgia cristã, cujos principais pensadores foram Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Sem ignorar os longínquos anos que separam o nascimento e as obras desses pensadores, aqui elas serão tratadas simultaneamente por se tratarem de ensaios teológicos.

Historicamente, qualquer registro aponta para o fato de que, no seu início, o significado da doutrina cristã manteve-se cingido à moral. Os ideais de caridade e solidariedade não se desenvolveram para promoverem reformas políticas ou sociais, mas para reformarem as consciências individuais humanas. A doutrina do evangelho pregava a liberdade, a igualdade de todos os homens, a importância da família e, a princípio, não praticou oposição ou apoio direto à ordem política vigente. A própria escravidão não foi combatida pela doutrina cristã, que a entendia como instituição humana necessária, contentando-se a mitigá-la, pelos ideais de caridade e amor.

Se os primeiros adeptos ao cristianismo voltaram o seu pensamento para o reino de Deus e não se preocuparam com o Estado e com Direito, mais tarde, a doutrina da Igreja começou a

⁴¹ O desenvolvimento histórico do Cristianismo aponta para o aprofundamento, considerando cada vez mais o fundamento ontológico, da noção de pessoa. É possível, contemporaneamente, extrair do Cristianismo uma doutrina que pregue a intangibilidade e sacralidade do homem. “Karol Wojtyła contribui, com sua concepção de pessoa, para o enfrentamento de determinados problemas de nosso tempo. Sua abordagem sobre o homem-pessoa indica caminhos frente aos reducionismos antropológicos que, por sua natureza parcial, dificultam e comprometem a realização da pessoa humana” (SILVA, Paulo Cesar da. *A antropologia personalista de Karol Wojtyła: pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005, p.20).

influenciar notavelmente a política e as outras ciências, pois a religião tendia a estruturar a sociedade, tarefa somente possível através de regras de convivência.

O pensamento teológico usou a filosofia grega para compreender conceitos e dimensões que servissem à estruturação de seus dogmas. Isso possibilitou o amadurecimento de muitos conteúdos de conceitos, antes vagos, e foi o que ocorreu com o conceito de pessoa. “Ao ser introduzido na teologia cristã, o conceito *persona* alterou-se substancialmente, [...] pessoa passou a designar uma realidade substantiva, passou a ser uma verdadeira categoria ontológica”⁴².

A raiz profunda da acepção filosófica de pessoa só será encontrada no terreno teológico, pois, “trata-se, sem dúvida, de um dos casos mais notáveis entre os que registram o nascimento de um conceito no terreno de encontro entre o *logos* bíblico-cristão e o *logos* grego”⁴³ (grifos no original).

No começo de seu surgimento, o cristianismo modificou o panorama propício da época grega, onde “o indivíduo é encarado como membro da cidade grega, como parte desta e inexistente sem a mesma”⁴⁴, quando ensaiou o nascimento do subjetivismo, promovendo o aparecimento dos indivíduos, enquanto realidade singular e parte de uma nação.

Acima das pessoas já não reina a tirania abstrata de um Destino, de uma constelação de idéias ou de um Pensamento Impessoal, indiferentes a destinos individuais, mas um Deus que é ele próprio pessoal, embora de um modo eminente, um Deus que “entregou a sua pessoa” para assumir a transfiguração humana, e que propõe a cada pessoa uma relação única em intimidade, uma participação na sua divindade; um Deus que não afirma, como pensou o ateísmo moderno (Bakounine, Feuerbach), sobre coisas arrancadas do homem, mas que antes lhe outorga uma liberdade análoga à sua, pagando-lhe em generosidade o que em generosidade for dado⁴⁵.

O conceito de pessoa, enquanto criação teológica, apresenta-se ligado a três questões do cristianismo: a Santíssima Trindade, o problema da encarnação e o da semelhança ontológica entre o homem e Deus⁴⁶. Para responder os questionamentos referentes a tais mistérios, a

⁴² GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.24.

⁴³ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.189.

⁴⁴ MACIEL, Fernando Antônio Barbosa Maciel. *Capacidade & Entes não Personificados*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p.29.

⁴⁵ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.19.

⁴⁶ “A tradição judaica ensinava que existia um só Deus. Grande parte da história religiosa de Israel é a defesa do monoteísmo face às demais culturas e tendências politeístas dos povos vizinhos. A crença em um Deus único – Aquele que É – revela-se o ponto estruturante e fundamental da revelação judaica. O cristianismo, porém, se bebia na tradição monoteísta do povo judeu, trazia novos elementos de fé no Deus Único. De facto, se era verdade que existia um só Deus, também era verdade que Jesus Cristo – Filho de Deus – era Deus, juntamente

teologia cristã constrói uma noção de pessoa, reavaliando o significado semântico que lhe era inerente outrora. A realidade monista da filosofia clássica dá lugar ao dualismo filosófico natureza *versus* pessoa, onde esta é parte daquela.

Embora o referido conceito possa ser remontado ao momento socrático, “foi nas controvérsias trinitárias e cristológicas do século IV que ele adquiriu a riqueza conceptual que o iria tornar uma das categorias fundamentais da filosofia cristã”⁴⁷. Nesta perspectiva, ganhou contorno ontológico e próprio e o mistério da Santíssima Trindade foi explicado a partir da afirmação de que “em Deus existia uma única natureza divina em três pessoas iguais e distintas”⁴⁸.

O cristianismo dá ao ato de criação divina um contorno substancial, quando prega que Deus construiu uma criatura perfeita, consoante à sua semelhança. “Preferiu que fosse o homem o chamado a amadurecer livremente a humanidade e os efeitos da vida divina. O direito a pecar, ou seja, de recusar o seu destino, é essencial ao pleno uso da liberdade”⁴⁹.

Nesse mesmo liame, é possível perceber que o individualismo, para o cristianismo, assume uma característica toda especial, pois ele não é absoluto, haja vista que “a lei prescreve condutas individuais para atingir a um fim supra-individual que consiste numa fusão entre o indivíduo e Deus, entre o indivíduo e o seu semelhante”⁵⁰. Assim, o individualismo proposto afirma que cada pessoa foi criada à imagem de Deus, consolidando, de forma especial, a relevância do género humano dentro de toda a obra sobre a existência criada até então.

A noção de pessoa passa a ser clarificada e difundida a partir do pensamento cristão, considerando a acentuada tendência da individualidade, que será abordada, posteriormente, na Idade Média, por Santo Agostinho, ao trabalhar a relação da fé com a inteligência e as noções de memória e vontade humanas, e por São Tomás de Aquino, que analisou a pessoa enquanto realidade subsistente⁵¹.

Tomás de Aquino dedicou-se, de forma peculiar, ao carácter da natureza racional da pessoa

com o Espírito Santo, que também era Deus... Todavia, se os Três eram Deus, os Três não eram três deuses. Também não era verdade que Pai, Filho e Espírito Santo fossem três nomes de uma mesma realidade divina... Como explicar, então, que o Pai era Deus, o Filho era Deus, o Espírito Santo era Deus, mas existia um só Deus?; e mais, como explicar que, sendo todos Deus, o Pai não era o filho, o Filho não era o Espírito Santo e o Espírito Santo não era nem o Pai nem o Filho? Era este um enorme desafio que se colocava à teologia cristã”. (GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.25).

⁴⁷ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.189.

⁴⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. *Op.cit.*, 2008, p.26.

⁴⁹ MOUNIER, Emmanuel. *Op. cit.*, 2004, p.18-19.

⁵⁰ MACIEL, Fernando Antônio Barbosa Maciel. *Capacidade & Entes não Personificados*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p.30.

⁵¹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.27-28.

humana, ao prelecionar que a racionalidade da espécie humana foi infundida através da alma. “O ser humano é considerado como constituído de corpo e alma, e a incorporação da alma ao corpo humano, ou a sua saída do corpo, é que determinará o momento do nascimento e da morte da pessoa humana”⁵².

Como interpretação da doutrina cristã contemporânea, vê-se os traços da natureza eminente daquilo que se chama de pessoa. “Ela, por ser fim em si mesma e por sua intrínseca dignidade, não pode ser meio para algum fim sob pena de ser coisificada. [...] O nome *pessoa* quer expressar uma perfeição ontológica própria do ser humano”⁵³ (grifo no original).

A fé cristã exerce forte influência sobre a ontologia (ou seja, quando se decide perguntar o que é a coisa ou no que ela consiste). A profundidade da noção de pessoa, então, nasceu do pensamento cristão, onde se buscou combater a realidade monista vigente e as idéias de universalidade para recepcionar a individualidade dos homens, enquanto integrantes da natureza e filhos do criador, argumentos presentes na explicação do mistério da Santíssima Trindade e, conseqüentemente, na semelhança ontológica entre Pai e Filho.

2.3 O PENSAMENTO MEDIEVAL

O triunfo do cristianismo contribuiu para a forte religiosidade que impregnou a mentalidade medieval, pois os membros da Igreja pregavam a submissão dos homens comuns ao clero, encarregado de garantir a salvação das almas, e à nobreza, representada pelos senhores feudais, donos de terras e detentores do poder na sociedade.

A filosofia foi influenciada pela doutrina do apóstolo Paulo de Tarso, que admitia a existência de um Direito Natural inscrito nos corações humanos, voltado para a idéia de que a noção de justiça era perfeita, não porque estava aprisionada na lei positiva, mas porque emanava da vontade do Redentor⁵⁴.

O pensamento da época foi marcado por uma fusão da filosofia grega com os dogmas

⁵² BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.233.

⁵³ SILVA, Paulo Cesar da. *A antropologia personalista de Karol Wojtyla: pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005, p.128.

⁵⁴ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.118-119.

religiosos, tendo como principais figuras Santo Agostinho, nos séculos IV e V, “que perpetrou a fusão do platonismo com o cristianismo” e Santo Tomás de Aquino, no século XIII, “que perpetrou a fusão do aristotelismo com o cristianismo”⁵⁵.

Cronologicamente e também sob o ponto de vista histórico, há significativa distância entre os dois autores, no entanto, neste momento, busca-se avaliar como a concepção religiosa destes pensadores influenciou a formação do conceito dogmático sobre pessoa.

Santo Agostinho dedicou-se à procura da resposta sobre como o homem poderia alcançar a sua felicidade, afirmando que ela estava na revelação cristã e não necessariamente na filosofia. Ou seja, para respondê-la, não se poderia apenas usar a racionalidade, própria do pensamento filosófico, mas a intuição do ato de fé. Existe, pois, segundo ele, uma correlação íntima entre razão e fé. Ele viu a razão como responsável por explicar a existência de Deus e a fé como o vetor de esclarecimento da sua essência e natureza⁵⁶.

Santo Agostinho, com base no pensamento platônico sobre alma, juízo do além, bem e mal, estruturou a doutrina patrística, voltada para a construção de uma liturgia que promove a sagração de Deus nos homens, fundada nos alicerces da fé e do temor, visando estimular a busca da salvação dos pecadores no juízo final⁵⁷.

Na doutrina agostiniana, a justiça interior não adota o costume como parâmetro, mas a lei divina que é a fonte legítima para o costume. Ele descreve a sociedade humana, antes do pecado original, em pleno acatamento do Direito Natural e integrante da “Cidade de Deus”. Após o pecado, surgiu a “Cidade Terrena”, onde estão as coisas negativas, para onde se criou o Estado e o Direito, como meios de promoção da paz, subordinados à Igreja. O direito positivo, então, estava fundamentado na lei divina⁵⁸.

Santo Agostinho elaborou a parte mais severa e rígida da doutrina cristã, construiu noções sobre pecado, destino, castigo, condenação e morte. Os pressupostos transcendentais, manifestados pelo enaltecimento da Igreja, preponderavam sobre qualquer construção do homem.

São Tomás de Aquino entendia que não bastava ao homem contentar-se com o consolo da predestinação, devendo projetar-se na realidade para que pudesse participar dos

⁵⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.204.

⁵⁶ COSTA, José Silveira da. *Tomás de Aquino*. A razão a serviço da fé. São Paulo: Moderna, 1993, p.14.

⁵⁷ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito*: Da antiguidade aos nossos dias. São Paulo: Atlas, 2007, p.50.

⁵⁸ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.120.

acontecimentos do progresso humano, juntamente com a vontade divina. Segundo ele, a espécie humana era dotada de razão e reunia condições de realizar o seu destino. Essa é uma tentativa de conciliar a fé e a razão, sem desprezar o lugar que deve ser reservado ao pensamento cristão. Suas idéias foram alicerçadas no pensamento aristotélico, onde o homem detém livre-arbítrio, pode fazer leis e julgar e punir conforme elas⁵⁹.

Refletindo sobre a natureza do homem, São Tomás de Aquino entendia que a individualidade era própria da matéria, substância concreta responsável pela forma, e a pessoa era a substância individual dotada de uma suprema dignidade – a razão. Assim, a personalidade é o atributo individual de uma essência racional⁶⁰. “No âmbito da Teologia estabeleceu a harmonia entre a razão e a fé, negando validade à teoria da dupla verdade, pois não era possível que algo fosse verdadeiro na Teologia e falso na Filosofia, ou verdadeiro nesta e falso naquela”. Assim, “enquanto na Filosofia, o conhecimento advém da razão, na Teologia provém da fé e da revelação. A Filosofia deveria subordinar-se à revelação, que é critério de verdade”⁶¹.

O tomismo diminui “o peso da humanidade de carregar a ‘condição pecadora’”⁶² porque devolve ao homem a dimensão de seu livre-arbítrio, sem retirar o poder divino do julgamento final. A afirmação da existência de uma substância racional no homem origina a idéia de dignidade, agregando elementos para a formação da concepção cristã sobre pessoa.

O período foi marcado essencialmente pela centralização da posição divina, pautada numa relação de temor e conformismo, onde ao homem não era dada total liberdade de recorrer à sua capacidade racional para solucionar problemas ou esclarecer questionamentos, a resposta metafísica era a solução pronta para qualquer situação.

Porém, a noção de pessoa foi definida “pouco a pouco através das controvérsias trinitárias e cristológicas, do século II ao século VI, mais ricamente harmonizada pela sensibilidade grega, encontrando maior resistência de fundo do juridismo romano que, no entanto, lhe ia emprestando o rigor de suas fórmulas”⁶³.

⁵⁹ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.51. Miguel Reale traça o esboço da concepção tomista sobre lei, que apontou o propósito de delinear as fronteiras entre a moral e o Direito (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.636-643).

⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.36.

⁶¹ NADER, Paulo. *Op.cit.*, p.123.

⁶² ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.52.

⁶³ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.20-21.

O conceito de pessoa, de ordem metafísica, era compreendido a partir da referência à infinitude do transcendente - Deus. A autonomia humana não foi plenamente reconhecida, nem na ordem teórica, enquanto sujeito do conhecimento, nem na ordem prática, enquanto sujeito da ação. “Domina, ao contrário, a heteronomia, que porém, não exclui um conceito elevado de pessoa humana, como partícipe de uma substância e de uma lei absoluta”⁶⁴.

De fato, para aproximar-se do conceito de pessoa, o pensamento medieval recorreu abertamente à metafísica. O homem era visto como diferenciado em relação aos demais seres por causa da sua racionalidade, advinda da intervenção divina. A pessoa detém o corpo, fruto das forças biológicas, e a alma, imortal e criada por Deus. A espécie humana, dessa forma, merece tratamento singular por ser a única criatura que não foi criada apenas pelas leis biológicas, mas, principalmente, pelo ato divino.

O ensaio da autonomia, delineada pelo tomismo, esboçada pelo começo da participação humana através de sua capacidade racional, é o fluxo para uma mudança de pensamento. No final da Idade Média, o humanismo, movimento do Renascimento, marcou a ruptura do pensamento cristão, inerente ao início e ao meio do período, para começar a pensar no indivíduo com o viés da moral individual, a fim de projetá-lo no centro das atenções em detrimento da figura divina.

O individualismo ganhou uma perspectiva mais profunda, onde o indivíduo não está significativamente preocupado com as relações com seus semelhantes, mas espelha-se num projeto pessoal e egoísta. “A moral humana é centrada no prazer individual, onde cada pessoa procura seu prazer de forma egocêntrica. Por ter afastado Deus de sua relação intersubjetiva, e por estar firmando-a apenas num código moral individual, o homem incorre no afastamento da solidariedade”⁶⁵. A capacidade racional e individual do homem é o tônus para o movimento humanista.

2.4 DA FILOSOFIA MODERNA AO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

A Era Moderna foi marcada pelo Renascimento, movimento cultural, racional e científico de tendência laica, cujo elemento central foi o humanismo, corrente de pensamento que pregava

⁶⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006, p. 48.

⁶⁵ MACIEL, Fernando Antônio Barbosa Maciel. *Capacidade & Entes não Personificados*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p.30-31.

a valorização do ser humano, colocando-o no centro do universo, em detrimento das idéias do teocentrismo medieval. Neste período, percebeu-se a presença forte de um elemento que torna o homem um ser diferenciado – a razão.

O pensamento humanista agregou novos fundamentos ao conceito de sujeito de direito por ter contribuído para a formulação de uma consciência em torno dos direitos da pessoa, onde surgiram as primeiras noções sobre os direitos subjetivos e a existência do poder da vontade dos indivíduos⁶⁶.

A postura moderna é calcada no humanismo renascentista que retoma alguns ideais clássicos, através do estudo da antiga cultura grega e romana, sem repetir o modelo anterior, em prol de relacionar o passado com o presente.

O pensamento filosófico desenvolvido durante a época moderna reuniu vários estudos sobre a questão antropológica, de sorte que é impossível reduzi-lo a uma visão determinada, buscando-se, assim, em notas gerais, identificar os traços desenvolvidos no período que contribuíram para a discussão em voga. A Modernidade é apreendida como a época de surgimento do pensamento antropocentrismo, que rompe com o discurso antigo e medieval, e o momento onde se começa a firmar bases mais sólidas para a estruturação dogmática do sujeito de direito.

Durante a Idade Média, o Direito e o Estado eram legitimados por uma lei natural emanada de Deus, na Modernidade, rompe-se com o paradigma transcendental para extrair a legitimação da razão, onde a ordem jurídica é moldada por um Direito que se baseia no homem e não em Deus. Esta nova postura se relaciona diretamente com a formação do conceito de pessoa, posteriormente, exteriorizado na dogmática jurídica.

2.4.1 O humanismo e o movimento renascentista

O humanismo é o primeiro movimento significativo do indivíduo em relação às suas próprias convicções, onde se passou a crer na possibilidade de obediência a um código moral pessoal, que não refletisse, necessariamente, o posicionamento religioso em vigor. Esse momento se relaciona também com a construção do que se chama de sujeito de direito, pois, na discussão sobre a forma de estruturação adequada pelo Direito, estão as pré-compreensões individuais,

⁶⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.38.

oriundas do relativismo⁶⁷ moral dos homens.

A presença da dúvida, como uma nova postura filosófica, mostra uma antropologia voltada para a subjetividade, onde o indivíduo é o sujeito que conhece, e faz com que o conceito de pessoa se aproxime de uma realidade psíquica. “A alteridade conceptual é grande. Se a reflexão teológica cristã havia construído uma noção metafísica de pessoa, na época moderna, observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico e identificando a noção de pessoa com uma realidade psíquica, emotiva e subjetiva”⁶⁸.

Na Modernidade, o pensamento humanista, onde está emoldurado um sujeito vivente que rompe com o poder emanado de Deus, pode ser ligado a dois momentos posteriores: o primeiro corresponde aos passos que culminam na construção de um indivíduo detentor de direitos subjetivos e, portanto, potencial integrante de uma relação jurídica; o segundo é a aquisição do *status* de cidadão, pois o sujeito é sujeito de um Estado de Direito.

Aqui, ligado ao primeiro momento, impende registrar que foi a partir do renascimento e do humanismo que se começou o cultivo de uma idéia a respeito de um viés supremo e intangível de liberdade da espécie humana, que é expressada pelo valor da preservação de sua autonomia. A capacidade de autonomia do homem revela os conflitos sobre os divergentes caminhos possíveis, no que se refere às expressões de sua vontade, de sua determinação⁶⁹.

O indivíduo passa a ser o sujeito que adquiriu poder através do uso da sua capacidade de pensar e entender o mundo. O novo panorama, inovação própria do mundo moderno, é a afirmação da autonomia do indivíduo e também do Estado. O deslocamento do homem para o centro das discussões possibilita novas reflexões em torno da importância da sua capacidade racional, percebida nos estudos que realçam o diferencial da espécie. Ressalta-se, ainda, que o pensamento humanista é fincado em ideais especistas, posto que coloca o homem como espécie superior às demais, frisando as suas capacidades específicas.

⁶⁷ O termo aqui é utilizado para designar o pensamento moral de cada indivíduo e não denota referência a nenhuma teoria específica.

⁶⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.31.

⁶⁹ Sobre o assunto, entende Alain Renaut: “O que supõe, efetivamente, essa concepção e essa valorização da humanidade enquanto capacidade de autonomia, ambas constitutivas do humanismo moderno e condutoras, ao longo de complexo percurso, à afirmação do indivíduo enquanto princípio? Nesse aspecto, o que define intrinsecamente a modernidade é, sem dúvida, a maneira como o ser humano nela é concebido e afirmado como fonte de suas representações e de seus atos, seu fundamento (*subjectum*, sujeito) ou, ainda, seu autor: o homem do humanismo é aquele que não concebe mais receber normas e leis nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas que pretende fundá-las, ele próprio, a partir de sua razão e de sua vontade” (grifos no original) (RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Tradução de Elena Gaidano. 2.ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p.9-10).

A proteção da pessoa humana, reconhecida propriamente pelo Estado, foi originada no liberalismo, desenvolvido na Inglaterra, no final do século XVII, através da monarquia constitucionalista. A figura do Parlamento era a representação da soberania do povo para controlar e limitar os poderes do monarca. O aperfeiçoamento desse sistema culminou na promulgação de seus princípios fundamentais “que consistiam na tripartição do poder, no sistema representativo, na preeminência da opinião nacional e na intangibilidade dos direitos fundamentais do homem”⁷⁰. Essas idéias liberais foram o embrião do movimento em prol da garantia de direitos básicos do homem, hoje alicerçadas nos tratados e acordos internacionais sobre direitos humanos.

A preocupação apenas com aspectos individuais do ser humano culminou na luta pelos direitos sociais, esculpida pelos ideais da Revolução Francesa, cuja base foi inspirada pelo Iluminismo.

Não obstante o fato de que o vocábulo *persona* passou a abranger conteúdos semânticos variados, a época moderna lançou contributos ao personalismo que foi desenvolvido na época seguinte. Esse panorama de imprecisão conceitual fomenta o nascimento de uma dimensão valorativa da noção de pessoa, conforme aponta Henrique Vaz:

A civilização moderna conhece, assim, esse profundo paradoxo que acompanha a sua evolução como um dos sinais mais manifestos das contradições que dividem o seu corpo histórico: juntamente com a imensa e aparentemente irresistível vaga que eleva ao mais alto cimo das aspirações da sociedade moderna o valor da pessoa e a exigência da sua realização nos campos cultural, político, jurídico, social, pedagógico, religioso, ela assiste ao longo desfilar das filosofias que, ou dissolvem criticamente a noção de pessoa, ou minam os fundamentos metafísicos com que fora pensada na tradição clássica, repensando-a segundo os cânones da nova metafísica da subjectividade⁷¹.

O plano da modernidade coloca o indivíduo num patamar separado do coletivo, dando-lhe direitos subjetivos e diferenciados, mas, ao mesmo tempo, começa a colocá-lo numa relação de coletividade quando lhe resguarda o lugar de cidadão do Estado. O titular de direitos subjetivos e individuais passa a ser também o cidadão do Estado possuidor de deveres e integrante de uma coletividade⁷².

⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.39.

⁷¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.195.

⁷² MACIEL, Fernando Antônio Barbosa Maciel. *Capacidade & Entes não Personificados*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p.34.

2.4.2 O homem cartesiano

René Descartes rompeu com a escolástica medieval e promoveu um novo enfoque para o problema do conhecimento. Defendeu, razoavelmente, a crítica aos ideais metafísicos dos gregos e medievais, considerando a necessidade de um novo pressuposto - o sujeito racional.

A compreensão do homem desenhado por ele pode ser alcançada a partir do seu entendimento sobre a importância do método para as ciências. Para o autor, toda tentativa de construção do conhecimento científico deve pressupor a utilização do método. A obtenção do conhecimento não pode prescindir da forma correta de chegar até ele – a obediência a uma sistematização que só deve ser alcançada pela incidência de uma adequada metodologia⁷³.

Para ilustrar o seu método adequado, Descartes enumerou quatro preceitos, que são: nunca aceitar algo como verdadeiro que ele não conhecesse evidentemente como tal; repartir as dificuldades em tantas parcelas possíveis a fim de melhor resolvê-las; ordenar os pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para, pouco a pouco, conhecer os mais compostos, sem desprezar uma ordem de precedência entre eles e, por fim, efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais tivesse a certeza de nada omitir⁷⁴.

Disso, extrai-se que seu método foi construído com base na dúvida (o *cogito*), expressão da capacidade de pensar, onde era necessário questionar todas as concepções preexistentes sobre todas as coisas. O autor propôs o abandono das suas opiniões e conceitos para que se pudesse chegar à conclusão sobre qualquer coisa, tendo em vista que muito do que se percebe é fruto da enganação dos sentidos.⁷⁵ Cumpre, aqui, registrar que a mesma idéia é trabalhada por Francis Bacon posteriormente, quando ele afirma a necessidade de construção do conhecimento afastada dos ídolos, que são os preconceitos individuais do cientista e do intérprete⁷⁶.

⁷³ A respeito de uma nova postura sobre a forma de obtenção do conhecimento, destaca-se: “[...]. A procura da maneira de evitar o erro faz surgir a principal indagação do pensamento moderno: a questão do método, que centraliza as atenções não apenas no conhecimento do ser (metafísica), mas sobretudo no problema do conhecimento (teoria do conhecimento ou epistemologia)” (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à filosofia*. 3.ed. rev. São Paulo: Moderna, 2003, p.130).

⁷⁴ DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

⁷⁵ *Idem*. *Meditações metafísicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30-31.

⁷⁶ BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Nova Atlântida. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1997,

Assim, segundo Descartes, é possível identificar a existência de idéias claras e gerais que são de natureza inata e verdadeira, não geradoras de erros por serem originadas da razão e inerentes à capacidade de pensar do homem. O *cogito* é a primeira idéia inata “pelo qual o ser humano se descobre como *res cogitans*, isto é, como ser pensante. São inatas também as idéias da infinitude e da perfeição de Deus e as idéias de extensão e movimento, constitutivas do mundo físico.”⁷⁷

Para garantir a legitimidade dessas idéias inatas, ao refletir sobre o ato de duvidar, Descartes se intitulou imperfeito e procurou saber de onde aprendeu a pensar em algo mais perfeito do que ele, chegando à conclusão de que algo com a natureza mais perfeita devia existir. Portanto, ele justifica a existência de Deus, a partir do momento em que se depara com a dúvida, concluindo que ela, a inconstância, a tristeza e coisas semelhantes não podiam existir em Deus, ser de natureza perfeita.

Portanto, resta apenas a idéia de Deus, na qual é preciso considerar se há algo que não possa ter vindo de mim mesmo. Pelo nome Deus entendo uma substância infinita, eterna, imutável, independente, onisciente, onipotente, e pela qual eu mesmo, e todas as outras coisas que existem (se é verdade que há coisas que existem) foram criadas e produzidas. Ora, essas vantagens são tão grandes e tão eminentes que, quanto mais atentamente as considero, menos me persuado de que a idéia que tenho dele possa tirar sua origem só de mim. E, por conseguinte, é preciso necessariamente concluir de tudo o que disse anteriormente que Deus existe; pois, ainda que a idéia da substância, eu não teria, contudo, a idéia de uma substância infinita, eu que sou um ser finito, se ela não tivesse sido posta em mim por alguma substância que fosse verdadeiramente infinita⁷⁸.

Ele entende que há dúvidas que não podem ser dissipadas se não for levada em consideração a existência de Deus. A partir daí, defende que as coisas por nós concebidas muito clara e distintamente são verdadeiras porque tudo o que existe em nós vem de Deus, concluindo que a razão foi posta no homem por Ele, que é o fundamento que garante a veracidade de nossos conhecimentos⁷⁹.

Sem prejuízo da afirmação da existência de Deus, o autor rompeu com o paradigma medieval quando afirmou a necessidade de uma mudança na postura do homem. O pensamento medieval detinha um pacto com a sacralidade porque condicionava a afirmação e a

(Coleção Os pensadores).

⁷⁷ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à filosofia*. 3.ed. rev. São Paulo: Moderna, 2003, p.131.

⁷⁸ DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 71-72.

⁷⁹ *Idem*. *Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

justificação dos fatos ao que estava contido na verdade santa e eterna ditada pela teologia cristã. Refletindo sobre essa transição na forma de pensar, o autor afirma:

Eu reverenciava a nossa teologia e pretendia, como qualquer outro, alcançar o céu. Tendo, porém, aprendido como coisa muito certa que o caminho deste não está menos aberto para os ignorantes do que para os doutos e que as verdades reveladas que a ele nos conduzem estão acima da nossa inteligência, não ousava submetê-las à fragilidade do meu raciocínio e pensava que, para empreender o seu exame e ter sucesso, era necessário possuir uma extraordinária assistência do céu e ser mais do que homem⁸⁰.

A natureza não era permeada por forças invisíveis e podia ser dominada “pela razão (tudo é suscetível de ser conhecido) e pela vontade (a totalidade do real é utilizável pelo homem que visa à realização de seus fins)”⁸¹.

Descartes refutou a realidade ditada exclusivamente pela religião e defendeu a idéia de que o pensamento devia ser construído pelo entendimento humano, onde as explicações estão condicionadas à razão natural dos homens. Ele inaugurou uma perspectiva onde o sujeito é libertado do argumento de que as respostas são todas dadas por uma autoridade divina, que padroniza o pensamento e esculpe a vida das pessoas⁸². Qualquer tentativa de aferição das verdades do mundo deve passar por uma fundamentação contida também na capacidade racional humana.

O viés antropocentrista do pensamento cartesiano é perfeitamente verificado quando se constata que não é só a Deus que compete a determinação de todas as coisas, mas também ao entendimento humano, possibilitado pela racionalidade. É o *cogito*, trazido pelo autor, a principal referência à capacidade racional do homem, sendo, portanto, “ato de um sujeito, tanto como intuição de uma inteligência, é a afirmação de um ser que rompe com os intermináveis cursos da idéia e se assume como autoridade na existência”⁸³.

Se o entendimento humano é o parâmetro e o guia para a realidade, o valor e a importância do homem só podem ser dados pela consciência ou racionalidade que lhe é naturalmente inerente. O fundamento ontológico do ser humano é, pois, para Descartes, a sua capacidade racional, a sua possibilidade de determinar o entendimento de todas as coisas.

O conceito de pessoa começou a perder o conteúdo adquirido conforme a concepção

⁸⁰ *Ibidem*, p.25.

⁸¹ RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Tradução de Elena Gaidano. 2.ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, p.14.

⁸² DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

⁸³ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.21.

teológica, para absorver conteúdo psíquico e subjetivo. O discurso racional, absorvido pela idéia de um sujeito cognoscente e pautado essencialmente na dúvida, começa a aparecer de forma latente. René Descartes vê o homem como uma substância cuja essência ou natureza está inteiramente ligada ao pensar, e que, para existir, não precisa de qualquer outra coisa⁸⁴. O homem cartesiano exala um modelo pautado na racionalidade, pois a razão ou o senso é a única coisa que o torna humano e os distingue dos animais⁸⁵.

2.4.3 O jusnaturalismo e o positivismo

Na Grécia antiga, antes de Cristo, registrou-se, na filosofia e na arte, a cogitação de um direito de natureza sublime, confundido com a justiça e independente da vontade de quem legislava. Antígona, personagem de Sófocles, invocou um direito imutável e não previsto na lei para livrar-se da tirania da opressão; Aristóteles se referiu a um direito que está acima da lei e que impõe tratamento jurídico igual para todos e o estoicismo dos romanos invocou a existência de um direito de ordem natural inferido da natureza humana, marcos que integram os primeiros ensaios na Antiguidade a respeito do nascimento da idéia de um direito cujo fundamento não está no que foi escrito ou dito como lei criada pelo homem⁸⁶.

O direito natural trabalhado no final da Idade Média encontrou o seu apogeu na época renascentista, onde se combateu a filosofia escolástica que atribuía à lei divina uma função transcendente, imutável e perfeita. Para mudar essa afirmação, o jusnaturalismo destinou-se a uma política de laicização da cultura cuja consistência era a compreensão de um direito como uma “condição humana que sai do homem e se traduz em leis formais ou não, mas deixa de lado o divino como parâmetro para julgar e punir aqui na Terra [...]”⁸⁷. Assim, o jusnaturalismo corroborou o humanismo antropocentrado, conduzido pela perspectiva individualista e pelos direitos subjetivos, rompendo com as concepções medievais sobre o poder e os direitos.

Para a Escola Clássica, onde se destacam Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau, o direito natural já não é considerado emanção transcendental ou fruto do

⁸⁴ DESCARTES, René. *Op.cit.*, 2007.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.37.

⁸⁷ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.57.

divino, como fez o estoicismo e o direito romano. A valorização da pessoa, propiciada pela consciência humanista, deu ao direito natural o reconhecimento de que sua origem está na natureza humana⁸⁸.

A natureza humana tem seu conceito explicado pelo conjunto de instintos comuns, próprios aos seres com capacidade de raciocinar, como a preservação da vida e da liberdade. A definição dos componentes e da essência dessa natureza gira em torno de questões que demonstram antíteses: “o biológico e o cultural; a hereditariedade e o meio ambiente; a natureza e a educação; o instintivo e o condicionado”⁸⁹.

Pregou-se a relevância da autonomia humana em detrimento da teocracia, por entender que “não é mais Deus ou a ordem divina o substrato do Direito, mas a natureza humana e a natureza das coisas”⁹⁰. Assim, independentemente da existência de Deus, os direitos naturais existem por serem inerentes à própria condição do homem. A tradução do movimento jusnaturalista ocorre quando se compreende que a afirmação de existência dos direitos do homem não está condicionada pela ordem divina, mas, sim, busca-se, de forma veemente, reafirmar o valor ontológico da espécie ainda que isso não esteja legitimado como um elemento emanado de Deus.

Antecedendo a crítica maior que emanaria do positivismo jurídico, alguns filósofos contrariaram as idéias da Escola Clássica, para afirmar que “o Direito Natural se originava em Deus, não como ato de vontade, mas por sua essência racional. [...] a fonte do *jus naturae* se localizaria em Deus, uma vez que a razão possuía a capacidade apenas de conhecer os seus princípios”⁹¹.

A mola propulsora do movimento revolucionário francês é a obstinação da ascensão burguesa ao poder mediante a extinção dos privilégios da nobreza e do poder monárquico. O Iluminismo traça os contornos do pensamento burguês em torno da “liberdade; igualdade de

⁸⁸ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.131.

⁸⁹ *Ibidem*, p.159. “No plano filosófico, inúmeras outras indagações se colocam no campo de análise quanto ao natural da espécie humana. As teorias materialistas e dualistas questionam a composição do ser humano. Para a primeira corrente, o homem se compõe apenas da matéria, nada lhe podendo restar com a morte. Todas as funções humanas teriam base e explicação em fenômenos físicos. Para o dualismo, a pessoa, além de matéria teria a dimensão espiritual, não se podendo reduzir as suas manifestações vitais a reações corporais. Outro dissenso filosófico em torno da natureza humana se manifesta quanto à base das ações. Para o determinismo, não haveria espontaneidade no agente, que atuaria motivado por certos impulsos, identificados por Marx com o econômico e, por Freud, com o elemento interno ao próprio ser. Em oposição ao determinismo, situa-se a teoria do livre arbítrio, cujos adeptos situam a liberdade na base das ações. Os homens seriam livres na eleição de seus valores e em suas decisões” (NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.159).

⁹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.259.

⁹¹ NADER, Paulo. *Op.cit.*, 2007, p.139.

todos os homens; na propriedade privada; no mercantilismo; na tolerância; e liberdades filosófica e religiosa, possuindo por base a razão e o cientificismo”⁹². O Estado passa a ser conduzido por ideais racionais refletidos no Direito, visualizados pelas estruturas legais que exalam sistemas de conceitos e princípios para a condução das relações humanas. “De acordo com essa concepção, o direito civil, sistematizado e codificado em um único corpo legislativo, cristaliza todas as categorias jurídicas destinadas a tutelar a vida e as relações humanas, permitindo sua perpetuidade”⁹³.

O ideal racionalista proposto por essa nova ordem culminou numa sistematização exagerada dos conceitos, numa categorização engessada sobre os institutos, restringindo o direito tão somente ao que estava disposto nas codificações.

Esse era o pensamento estimulado por dois pontos de vista da época, a Escola Histórica do Direito e o Positivismo jurídico. O primeiro concebia o direito de personalidade como o direito que qualquer pessoa possui sobre si mesmo, negando a existência de um direito voltado à proteção da personalidade dos indivíduos e, conseqüentemente, dos direitos subjetivos⁹⁴.

O positivismo parte da necessidade de que todo julgamento deve ser conduzido somente conforme a prescrição do que dispôs a norma, expurgando possíveis juízos de valor ou idéias metafísicas e gnoseológicas.⁹⁵

Constituindo-se como crítica ao positivismo dominante, a fenomenologia permite novas noções para o problema da pessoa. E Husserl⁹⁶ afirma que a intencionalidade da consciência define a relação da pessoa com o seu mundo, ou seja, estabelece a especificidade de um mundo pessoal, atingindo a consciência e abrindo-se, então, um novo caminho para a relação intersubjetiva⁹⁷. A fenomenologia vai produzir elementos que incidem na construção do conceito de pessoa, por trazer para discussão a relevância da intencionalidade e da consciência.

O individualismo, como conseqüência do ambiente ideológico da Revolução, encontrou

⁹² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.41.

⁹³ *Ibidem*, loc.cit.

⁹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.42.

⁹⁵ *Ibidem*, p.43.

⁹⁶ HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006 (Coleção Subjetividade Contemporânea).

⁹⁷ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.199.

terreno favorável nos ideais capitalistas, posteriormente, desenvolvidos pelo Estado Liberal, que consolida raízes individualistas nos Códigos.

2.4.4 O pensamento de Kant

O valor do conceito dogmático e do conceito filosófico de pessoa reveste-se de relevância quando Immanuel Kant lança as bases de seu personalismo moral. É comum associar, logo de início, o estudo de qualquer tema que toque na importância e na dignidade do homem às idéias desenvolvidas por ele, um dos primeiros filósofos que se dedicou, de forma direta, a teorizar preceitos em prol de uma perspectiva personalista. Ele deu os primeiros passos para a reflexão em torno do fundamento dos direitos humanos e também dos direitos da personalidade.

Sem prejuízo da complexidade que seus escritos puderam revelar ao longo dos anos, é possível estabelecer uma síntese sobre o seu contributo científico. Kant dedicou-se a uma crítica da razão pura⁹⁸, onde combate os excessos do racionalismo, comum tendência humanista, e a uma crítica da razão prática, em prol de distanciar o conhecimento humano do gesso da experiência. Formulou preceitos no campo da filosofia moral, na obra “Fundamentação metafísica dos costumes”, a fim de avaliar como o homem cria o seu estatuto axiológico, e construiu raciocínios referentes à ciência jurídica, na obra “Doutrina do direito” (ou Metafísica dos costumes), para comprovar porque determinados preceitos devem ser dotados de coerção a fim de que possam ser cumpridos.

No entanto, o autor não afasta do conhecimento a importância da experiência material e do uso da razão. “Isto porque a experiência fornece base para que a razão organize os dados e dessa forma possa chegar ao conhecimento. Mas essa razão tem que se orientar por valores,

⁹⁸ Conforme João Maurício Adeodato, Crítica da razão pura “começa perguntando como é possível que conceitos, palavras, juízos, proposições nos informem sobre o mundo sensível. Sua grande preocupação é explicar o fato – que aparece a Kant incontestável – de que o homem possa estabelecer uma correspondência entre juízos intelectuais e objetos sensíveis, objetos não produzidos pela mente e que estão fora dela. Esse postulado está intrinsecamente ligado a uma concepção de verdade em certo sentido herdada da ontologia clássica, quer dizer, a possibilidade de estabelecer adequação ou inadequação da linguagem humana diante de um mundo exterior a ela mesma. Vê-se que Kant já recusaria a premissa, posteriormente adotada pelos neokantianos, de que os objetos possam ser um produto exclusivo do pensamento. E também não aceita o ceticismo pregado por Hume no sentido de ser o conhecimento impossível. Era preciso construir uma filosofia que pudesse fundamentar todas as ciências, empíricas ou não, pois essa era a tarefa da metafísica moderna. Se construirmos pontes a partir de cálculos conduzidos pela razão, deve haver relações adequadas entre sujeito e o mundo” (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p.27).

muito além de uma razão condicionada pela experiência materialista do cotidiano”⁹⁹. Tal assertiva coaduna a necessidade de refletir sobre o sentido e o alcance das delimitações conceituais firmadas pelo Direito, como as premissas dogmáticas que tentam condicionar a aquisição da condição de sujeito de direito dentro do Ordenamento.

Busca-se a construção de um pensamento onde a realidade natural das coisas é explicada pela subjetividade humana. Kant se dedica às respostas sobre questões que envolvem a subjetividade do homem, avaliando como a natureza deve ser organizada e administrada. Para isso, faz incursões profundas sobre a moralidade das condutas, afirmando que, para assegurar a ordem, é preciso que as ações de cunho moral sejam baseadas num princípio ou lei universal. É o imperativo categórico, dotado de universalidade e responsável pela prescrição da lei moral, conforme preleciona:

A representação de um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se imperativo. [...] O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim. [...] No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária em uma vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico¹⁰⁰.

Para formar um pensamento ético ou moral, não se pode refutar elementos metafísicos, que são próprios da condição humana, ligados à subjetividade, e compreendidos pela idéia de lei universal. Reclama-se uma ética transcendental porque a razão isoladamente considerada não pode propiciar a formação do conhecimento, tendo em vista não fornecer todas as explicações necessárias ao homem. A ética em Kant é o imperativo categórico, ou seja, a orientação superior que conduz o homem na sua vida social, não é divina ou religiosa, mas metafísica porque provém da natureza humana.

Ele descreve o imperativo categórico: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.”¹⁰¹ A universalidade desse imperativo deriva do fato de que a motivação da ação moral não tem nada a ver com qualquer outro fim relacionado com o indivíduo em particular. A ação moral é, pois, universal por ser um fim em

⁹⁹ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.83.

¹⁰⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.43-45. Ver também: KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 2.ed. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008.

¹⁰¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.51.

si mesma e não se pautar em juízos ou valores que dependem do indivíduo. A moralidade em Kant tem como base os fins objetivos e é delineada como um valor absoluto e universal.

No campo da razão prática, a conduta ou ação é fruto da lei do dever, ou seja, de um postulado racional, que é, exatamente, o imperativo categórico, condição de possibilidade da consciência moral. A ação humana é pautada na possibilidade do discernimento entre o certo e o errado¹⁰².

O autor contrapõe o imperativo categórico, ou seja, o sentido ético do homem, com o imperativo hipotético, que é a busca por bens materiais que trariam a felicidade. O homem não realiza o imperativo categórico, sendo ético com base na moral, e deixa-se levar pelo racionalismo e materialismo, manifestações do imperativo hipotético¹⁰³, alvo das críticas kantianas da racionalidade moderna.

Os homens, enquanto seres racionais, são os fins objetivos, ou seja, são entes cuja existência tem um valor absoluto e que, como fim em si mesma, é o fundamento das leis, motivação para o imperativo categórico¹⁰⁴. Em todas as relações ou ações, o homem deve ser considerado como fim, o que não ocorre com as demais coisas existentes no mundo.

Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)¹⁰⁵.

Os seres denominados coisas são fins subjetivos e, portanto, podem ser condicionados à determinação da vontade, considerando o seu valor relativo. Os seres denominados pessoas são fins objetivos e possuem fins em si mesmos, devido ao fato de que a sua valoração não está condicionada ou dependente de qualquer outra ação.

Nunca a pessoa humana fora celebrada com acentos mais elevados do que quando Kant a proclamou, numa das fórmulas do imperativo categórico, como fim *absoluto*, jamais portanto utilizável simplesmente como *meio*, e do que quando fez da pessoa concretamente existente, sujeito da lei, objeto daquele sentimento que é o único a possuímos *a priori* e que, tendo como sede a razão pura prática e por objeto da lei, estende-se ao sujeito da lei

¹⁰² ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p.36-37.

¹⁰³ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito*: Da antiguidade aos nossos dias. São Paulo: Atlas, 2007, p.84.

¹⁰⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.58.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.58-59.

desde que se mostre como *exemplar* da lei cumprida: o *respeito*. O respeito se dirige, assim, à *dignidade da pessoa*, ao seu valor intrínseco ou absoluto, irreduzível ao valor relativo das coisas ou ao seu preço¹⁰⁶. (grifos no original).

A realidade é composta por um tudo que tem preço ou tem dignidade¹⁰⁷. “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”¹⁰⁸. A doutrina kantiana propicia o começo da reflexão sobre a dicotomia coisa/pessoa, objeto/indivíduo, constantemente incidente nas relações jurídicas e trabalhada no cerne do direito privado.

Kant define seu imperativo prático: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”¹⁰⁹.

E assim,

Segundo o pensamento de Kant, os homens não podem ser valorados pelo que têm e o que consomem, mas pelo que eles são em si mesmos; e o homem em si mesmo é um ser espiritualmente ético. Por isso, o homem é um fim em si mesmo, e não um meio ou instrumento da indústria e do mercado. Neste contexto, apesar de o pensamento de Kant ser platônico, o espírito é absolutamente ético, de forma que a deontologia humana fundamenta-se no fato de sermos éticos¹¹⁰.

Acompanhando esse liame, nota-se que os seres racionais são também seres autônomos porque suas ações são determinadas pela racionalidade. A moralidade consiste, pois, na relação de toda ação com a legislação que está presente no ser racional, que brota de sua vontade, cujo princípio é jamais praticar uma ação em desacordo com a máxima que pode se tornar uma lei universal¹¹¹. O princípio da autonomia é, portanto, “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como

¹⁰⁶ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.196.

¹⁰⁷ Analisando a extensão do vocábulo ‘objeto’ na obra de Kant, entende Howard Caygill: “Uma pessoa é ‘um sujeito cujas ações podem ser-lhe imputadas’; a primeira é especificada como um sujeito na posse de liberdade e espontaneidade, apto a agir de acordo com princípios, enquanto a segunda é desprovida de liberdade e espontaneidade. Um ser humano agindo em resposta a inclinações é uma coisa, tal como o é quem seja usado simplesmente como um meio para os fins de outrem. A coisa distingue-se da pessoa em função de sua passividade e falta de ação autônoma e livre, essas são características que determinam, de um modo geral, o caráter da coisa ou do objeto na filosofia teórica [...]” (CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p.242).

¹⁰⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.65.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.59.

¹¹⁰ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007, p.86.

¹¹¹ KANT, Immanuel. *Op.cit.*, 2008, p.64.

lei universal”¹¹². Então, a autonomia centrada na racionalidade moral despreza o fundamento de tudo o que é essencialmente particular para abraçar uma perspectiva coletiva, geral.

O autor dedicou-se, também, à diferenciação entre pessoas e coisas, definindo que pessoa é o sujeito cujas ações podem ser suscetíveis de imputação, o que não ocorre com as coisas. Essa diferença pode ser ilustrada quando se constata que a personalidade moral é a liberdade de um ser racional submetida às leis morais que ela mesma se dá. Todo objeto é destituído de liberdade, por ausência de racionalidade, e, conseqüentemente, é coisa¹¹³.

Sob o ponto de vista jurídico, Kant atribuiu ao ser humano a condição de direitos patrimoniais, sejam eles reais ou pessoais e dedicou-se a abordar o direito à liberdade como um atributo personalista, independente do arbítrio de outrem, de cunho universal, único, primitivo e próprio de cada homem¹¹⁴. A doutrina do direito kantiana trata de relações de apropriação entre coisas e pessoas. Essa característica de apropriação estende-se a todas as coisas e se assemelha, em certos casos, a determinadas relações pessoais, como ocorre entre cônjuges, pais e filhos e patrões e empregados¹¹⁵.

Immanuel Kant observa que o “eu pessoa” aparece como o “eu do dever-ser”, portanto, intimamente ligado à consciência. O autor traz reflexões sobre os atributos da espécie humana, como a racionalidade, a vontade e a moralidade, pré-requisitos que contribuem para a sua fundamentação protetiva¹¹⁶. Concentra-se fundamentalmente na idéia de que a ontologia do ser humano está no seu espírito ético, numa ordem metafísica que não está necessariamente imbricada em dogmas religiosos.

Para ele, o fundamento ontológico da pessoa reside nesse espírito ético, de natureza transcendental ou metafísica, considerando a falibilidade da racionalidade, insuficiente para explicar todas as coisas.

A civilização moderna conhece, assim, ao mesmo tempo, a elevação do valor da pessoa,

¹¹² *Ibidem*, p.70.

¹¹³ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p.37-38.

¹¹⁴ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p.55.

¹¹⁵ A respeito disso, destaca-se: “Assim, posso chamar de meus uma mulher, uma criança, um criado, e em geral qualquer outra pessoa, sobre quem exerço mando, não porque formam parte de minha casa, ou porque se encontrem sob minhas ordens, sob meu poder e em minha posse, mas também mesmo quando tivessem iludido meu poder, minha força, e por conseguinte já não os possuísse (fisicamente), posso dizer, contudo, que os possuo por minha simples vontade, enquanto e onde quer que existam. Neste caso estou de posse simplesmente jurídica; forma parte de meu haver somente enquanto e à medida que posso afirmar deles essa circunstância. [...]. A aquisição, segundo esta lei, é de três espécies quanto ao objeto: o homem adquire uma mulher, o casal adquire filhos e a família servos. Todas estas coisas suscetíveis de aquisição não o são igualmente de alienação, e o direito do possuidor desses objetos lhe é eminentemente pessoal” (KANT, Immanuel. *Op.cit.*, 1993, p.67 e 105).

¹¹⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

corroborada pela exigência da sua realização em vários campos da vida, e a dissolução do seu conceito pelas novas vertentes filosóficas, que, ou dissolvem pelo criticismo a noção referida, ou destroem os fundamentos metafísicos com que fora pensada na antiguidade clássica, para repensá-la conforme os pilares da subjetividade.

2.4.5 O valor ontológico do que é ser homem

Impende reunir os pressupostos para definir o que é o homem, através dos elementos ou categorias fundamentais que se perpetuaram no tempo, sem prejuízo do fato de que são inúmeras as formas de expor essa realidade, consoante partir-se de um entendimento pessoal ou do que foi sistematizado por experiências e relatos alheios. Essa tarefa não consiste em afirmações inovadoras sobre a existência do homem, mas na avaliação dos fundamentos doravante revelados de cunho ontológico, para que se possa, posteriormente, reavaliá-los à luz da delimitação dogmático-jurídica.

Passa-se, então, à verificação das características ínsitas à natureza de homem. Essa análise da estrutura da realidade humana busca avaliar o momento primário do ser humano (ou seja, o homem como ente subsistente), a sua capacidade inter-relacional, a sua ligação com a transcendência e o seu potencial de realização. Tais considerações objetivam por em evidência a profundidade do fundamento ontológico do homem como pessoa e como sujeito de direito.

O primeiro passo para descortinar as características dessa realidade humana é admitir o homem como um ser vivo e como um animal. O pressuposto para qualquer afirmação sobre essa realidade é o convencimento de que a marca elementar do homem é a vida. O homem é um animal por deter a capacidade de sentir, ter impressões, interagir e perceber, donde é possível extrair um traço particular que o torna diferenciado de qualquer outro ente. “Ser homem” é uma realidade singularmente diferenciada e a principal forma de começar a se apropriar da realidade humana¹¹⁷. Essa realidade de homem, como ente subsistente, revela-se como categoria de objetividade.

Ser aparece, assim, como o primeiro acto dos entes. Acto, não no sentido de movimento ou acção, mas antes no sentido aristotélico de perfeição ou propriedade.

¹¹⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.40.

No entanto, se ser é o acto primeiro e principal de todos os entes, nem todos os entes são de forma idêntica. Disso é prova a diversidade de realidades do mundo. O acto de ser não é idêntico em todas as coisas. Na verdade, todos os entes são e, neste sentido, “ser” é o acto constitutivo do ente pois só o que “é” existe. No entanto, nem todas as coisas que existem são no mesmo grau. Uma cadeira, por exemplo, existe tanto quanto o Homem, mas um Homem é mais que uma cadeira.

Esta aparente dicotomia entre o ser como acto próprio dos entes e o ser como acto diverso, aparece clarificada quando consideramos que o ser é, simultaneamente, um acto total e um acto constitutivo. Enquanto acto constitutivo, ser é aquilo que permite que as coisas sejam, isto é, que existam. Enquanto acto total, ser abarca todas as perfeições do ente, designa toda a realidade daquilo que é e, neste sentido, o acto de ser não é idêntico em todas as coisas¹¹⁸.

A singularidade do ato de ser do homem em relação aos outros entes é real e é naturalmente verificada a partir do domínio intenso, absoluto e total que ele exerce sobre o seu ato de existir. Parte da realidade ontológica do homem pode ser exprimida pelo simples fato de sua existência, pelo simples ato de ser. Justamente por ser ontológica, não necessita de qualquer manifestação da consciência psicológica ou emotiva como prova ou atestado. “Sendo”, o homem atesta a sua realidade ontológica, sem interferência das externalizações de sua consciência ou racionalidade.

Na formação da concepção ontológica sobre homem, emerge a discussão sobre o que pode ser produto da natureza, consubstanciado pelo determinismo biológico, e o que é produto da cultura. Após nove meses de gestação, neste primeiro momento, o pequeno ser humano nascido é essencialmente fruto das leis genéticas da natureza. No entanto, com evoluir da sua vida, o homem passa a manifestar traços pessoais que são, naturalmente, fruto do ambiente sócio-cultural em que ele está inserido¹¹⁹. O entendimento do que é homem ontologicamente não pode partir somente do determinismo biológico, manifestado pelo seu código genético, mas, também das vivências e condições individuais adquiridas no seu meio.

Se o que define a diferença específica do homem está no próprio ato de ser, todo homem que simplesmente existe deve ser protegido da mesma forma. Se a dimensão constitutiva do homem é a sua própria existência, todo homem que existe é uma pessoa¹²⁰. No entanto, a questão não é simples como parece. É através do Direito que se começará a refletir sobre as

¹¹⁸ ALVIRA, T.; CLAVELL, L.; MELENDO, T. *apud* GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.41.

¹¹⁹ MONDIN, Batista. *Definição filosófica da pessoa humana*. Tradução de Ir. Jacinta Turolo Garcia. Bauru, SP: EDUSC, 1998, p.14-15.

¹²⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Op.cit.*, 2008, p.43. Cumpre, aqui, esclarecer que o alcance do conteúdo ontológico do homem permite, ainda que prematuramente, a condução a um momento posterior do trabalho. A aparição das figuras do embrião extracorpóreo e do nascituro, dentre os possíveis sujeitos de direito, é essencial para integrar o significado do discurso ontológico.

melhores formas de se proteger a vida humana.

Na realidade, a concepção ontológica do homem, pautada apenas na relação de pertença à espécie humana, portanto, no coeficiente biológico, esbarra nas manifestações da dogmática jurídica contemporânea, onde embrião e nascituro possuem regimes jurídicos distintos do homem nascido. Dessa forma, passa-se a entender que não é a prova biológica que faz o embrião e o nascituro merecedores da mesma tutela jurídica destinada à pessoa.

Tudo isso desemboca na afirmação de que o homem é mesmo um ente subsistente, a sua realidade é intransferível aos outros seres, e a sua existência é distinta e singular. Porém, a extensão do seu significado ontológico é compreendida não só pelo ato de ser, unicamente em sentido próprio. As concepções personalistas mostraram a estrutura do universo pessoal, identificando elementos que compõem essa realidade ontológica, como é o caso da liberdade. Passa-se a avaliar os demais elementos que compõem essa realidade.

A estrutura ontológica do homem, marcada pelo domínio de si, o coloca numa posição fechada diante da realidade, o que faz emergir questionamentos sobre a solidão que, possivelmente, acomete a sua existência. Solidão não traduzida pela ausência do convívio geral em sociedade, mas traduzida pela significação ontológica do seu ser.

Essa realidade ontológica do ser humano não dispensa a sua abertura relacional. A relação, como uma dimensão constitutiva do seu universo, não é necessariamente um fato novo na história da antropologia filosófica. A teologia cristã, “ao socorrer-se da noção de pessoa para explicar Santíssima Trindade, não deixou de entender a Personalidade Divina como uma relação subsistente”. Assim, se Pai, Filho e Espírito Santo são pessoas distintas, nada os distingue senão a oposição das relações entre si¹²¹. Para precisar a realidade ontológica do homem, deve-se considerá-lo como ente subsistente, mas também relacional e parte do todo que abrange os outros e o universo das coisas em geral.

No entanto, essa realidade é complexa, se pensada a partir da incidência da metafísica. A primária dimensão da estrutura humana (o ato de ser) é marcada pela transcendência aos outros entes, que, como o homem, participam da existência. O termo “transcendência” deve designar a forma de uma relação entre um ente e “uma realidade da qual ele se distingue ou que está para além (*trans*) da realidade que lhe é imediatamente acessível, mas com a qual necessariamente se relaciona ou que deve ser compreendida no discurso com o qual ele

¹²¹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.46.

elabora uma expressão inteligível do seu ser”¹²².

O fato de que o homem é matéria e corpo sujeito à degeneração não afeta a sua espiritualidade inerente. A ausência de prova evidente da espiritualidade não a torna um fenômeno secundário ou reduz a sua importância e o seu valor¹²³.

Agora, passa-se a analisar o outro viés da dimensão humana – a categoria da realização. “Senhor de si e sua realidade, o Homem busca o sentido para a sua vida... antes essa busca de sentido, o drama da liberdade ganha contornos mais claros e acutilantes. Nada pode ser mais frustrante para o Homem que uma vida não realizada...”¹²⁴

O desenrolar da categoria da realização se dá a partir da constatação de que viver é uma “vocação e missão, de identidade e destino” e existir pressupõe também uma finalidade. Essa tarefa não está previamente determinada na natureza e só se materializará mediante a escolha, cuja concreção é possibilitada pela liberdade¹²⁵. Para a espécie humana, realizar-se, então, é construir a unidade ontológica de sua realidade ou estrutura. Assim, a categoria de realização

mostra, com efeito, que o desenvolvimento da vida do homem enquanto propriamente humana, sendo um abrir-se do sujeito a toda a amplitude intencional do seu ser-para-outro e, na mesma medida em que tem lugar essa abertura, um aprofundamento e uma contração maior do seu ser-para-si ou ainda a conquista, no domínio da vida vivida daquela unidade que já está presente no núcleo frontal ou essencial da vida como ‘indivisão em si e distinção de todo outro ser’. O lema ‘tornar-se o que és’, aplicando-se ao ser, aplica-se igualmente ao seu correlativo transcendental, o uno. Cabe, pois, ao homem, realizar a unidade que ele é, sendo esse vetor metafísico que deve orientar todo o desenrolar da sua vida¹²⁶.

Imputar ao tema da realização humana a natureza de categoria antropológica implica em trazer para o centro da questão uma afirmação, de valoração ética, acerca dos fins do homem. A época contemporânea é propícia a uma realidade de multiplicidade das formas de realização, seja sob o universo profissional, cultural ou familiar, onde novos aparatos científicos se estabilizam como parte da vida humana.

Todo o discurso sobre as estruturas que integram a realidade do homem tem fulcro na necessidade de construir um conceito sobre a sua unidade ontológica, que é unitária e incondicionada. Passa-se, então, a avaliar como o conceito de pessoa foi construído pelas

¹²² VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.93

¹²³ MONDIN, Batista. *Definição filosófica da pessoa humana*. Tradução de Ir. Jacinta Turolo Garcia. Bauru, SP: EDUSC, 1998, p.23.

¹²⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.51.

¹²⁵ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.201.

¹²⁶ *Ibidem*, p.163.

correntes personalistas.

2.4.5.1 *O existencialismo*

Na antropologia contemporânea, duas concepções que tangenciam elementos para a formação do conceito de pessoa se destacam, a saber, o existencialismo e o personalismo. Enquanto corrente filosófica e literária, o existencialismo parte da colocação do homem como um ser único, senhor de seus atos e da condução de sua vida, consoante possuir liberdade, subjetividade e autonomia.

O existencialismo parte da subjetividade ou da idéia de pessoa como projeto de si e afirma que a existência precede a essência. No entanto, há divergências sobre o que significaria propriamente esse projeto. Na verdade, há duas espécies de existencialistas, os cristãos e os ateus. Ambos partem da premissa de que antes da essência, está a existência¹²⁷.

O existencialismo, baseado numa perspectiva cristã, parte do entendimento de que esse projeto é realizado mediante a abertura à transcendência, ao Eterno, ao divino¹²⁸. Para que o homem realize o projeto de sua existência, não se pode refutar a existência de uma ordem divina, responsável pela existência humana¹²⁹.

Jean Paul Sartre, em prol de um existencialismo ateu, entende que o homem primeiramente existe, se descobre, surge no mundo, e só depois se define. Para ele, “o homem é, não apenas como ele se concebe, mas como ele quer que seja, como ele se concebe depois da existência, como ele se deseja após este impulso para existência; o homem não é mais que o que ele faz”¹³⁰. Assim, não existe, para a compreensão de si mesmo, o pressuposto da abertura à transcendência, mas o dever de uma compreensão que parta da subjetividade. O projeto eleito pelo homem pode ser realizado a partir das condições que ele próprio reúne.

Para diferenciar a essência da existência, entende-se que a primeira deve ser pensada como “o momento da manifestação do que o ser-homem é nos seus constitutivos ontológicos fundamentais, ou seja, na sua estrutura e nas suas relações”, e a existência é o “momento da

¹²⁷ SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. In: *Os pensadores*. Tradução e notas de Virgílio Ferreira. 1.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.11.

¹²⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.36.

¹²⁹ Sobre o assunto, consultar: HRYNIEWICZ, Severo. *Para filosofar hoje*. Introdução à filosofia. História da filosofia. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.477 et. seq.

¹³⁰ SARTRE, Jean-Paul. *Op.cit.*, 1973, p.12.

manifestação do que o ser-homem efetivamente se torna na sua realização”¹³¹.

Sartre afirma que o homem é um projeto que se vive subjetivamente, e nada existe anteriormente a este projeto. Não há nada antes do homem, ele é exatamente aquilo que projetou para ser, sendo responsável por isso¹³².

O significado de pessoa pode ser designado como a unidade final que corresponde à categoria da essência, enquanto expressão ontológica plena do homem que tem significado também para si mesmo, e à categoria da existência, por cumprir efetivamente o seu desígnio ao permanecer existindo¹³³.

Como contribuição ao conceito jurídico-dogmático de pessoa, o existencialismo trouxe a relação “existência e essência”, expressada por idéias de ordem transcendental que constantemente permeiam as discussões sobre o assunto, verificável nos constantes embates científicos em prol de determinar o momento em que se inicia a vida humana e, por conseguinte, a forma de proteger esse início.

A estrutura metafísica do conceito de pessoa, amadurecida e importada da filosofia grega e da teologia cristã, trouxe um indiscutível substrato histórico que culminou no posicionamento destinado ao homem pela filosofia moderna. Nela, o conceito de pessoa se impõe como fundamental em diferentes perspectivas científicas, na moral, no Direito, na Sociologia e na Psicologia. Dessa maneira, além de influências do existencialismo, o pensamento moderno sobre a delimitação do conceito de homem como sujeito de direito, a partir da noção filosófica sobre pessoa, também foi moldado por concepções essencialmente personalistas.

2.4.5.2 *O personalismo*

O pensamento personalista nasceu associado ao humanismo, a partir das idéias do filósofo francês Emmanuel Mounier, onde a compreensão sobre o que é pessoa está centrada no caráter inobjetivo, pautado na subjetividade e não simplesmente na noção de matéria externalizada pela existência do corpo. Além da matéria, a pessoa é, pois, também, espírito, liberdade e responsabilidade.

É necessário refletir sobre a significação do que se entende por personalismo, enquanto

¹³¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.190.

¹³² SARTRE, Jean-Paul. *Op.cit.*, 1973, p.12.

¹³³ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.190-191.

corrente ou resposta filosófica específica. Emmanuel Mounier entende que personalista é toda doutrina e toda civilização que priorize o primado da pessoa humana às necessidades materiais e aos sistemas coletivos que sustentam o seu desenvolvimento, o que desemboca na conclusão de que o termo pode ser usado para coadunar construções diversas sobre o homem¹³⁴.

Sendo assim, passa-se a refletir sobre a existência de vários “personalismos” quando se deseja abordar a natureza e os fundamentos da pessoa, revelados por construções teóricas que pregam a preponderância do ente humano sobre todo o universo¹³⁵.

Henrique Cláudio de Lima Vaz afirma que, se a noção de pessoa é compreendida por uma dupla leitura de conteúdo que a revela como um princípio e como um fim em si mesma, insurge o caminho para a superação das oposições que dividem o personalismo contemporâneo, no que se refere à determinação da pessoa, ora sob o enfoque absoluto ou intangível, ora sob o enfoque relacional ou intersubjetivo¹³⁶.

O esclarecimento do personalismo se dá por uma ótica da filosofia, que não se concentra em sistematizações e contrapõe a política de toda doutrina científica em defesa dos esquemas e do sistema como um precursor da validade das informações e da possibilidade de entendimento. A compreensão dessa filosofia antecede o entendimento da estruturação dogmática dos sujeitos de direito por discutir as essencialidades do universo que constrói a estrutura humana. O personalismo torna evidentes os elementos da existência humana, descreve a sua estrutura e consistência, mas não dispensa a avaliação da essência.

No núcleo do personalismo, está situada a abertura ao outro que é a dimensão constitutiva da pessoa. Conforme Emmanuel Mounier, o personalismo não é um sistema, é uma filosofia e não apenas uma atitude¹³⁷, pois, dispensa os esforços incondicionados para a pretensão dogmatista.

¹³⁴ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004.

¹³⁵ O personalismo de Emmanuel Mounier partiu da transformação da consciência da situação degradante do pensamento ocidental, sua tarefa baseava-se em um novo humanismo. “A existência do homem, a experiência da vida como existência pessoal é a intuição fundamental de Mounier. Ela está presente desde o início de sua ação e de sua reflexão, continuamente retomada e revivida, mesmo que nem sempre seja plenamente explicitada ao nível de consciência histórica. Mas, a esta intuição, Mounier permaneceu fiel. O personalismo é uma filosofia da pessoa: isto nada mais seria do que uma tautologia, se não se acrescentasse imediatamente que a referência é ao modo muito particular e à importância central que a existência pessoal ocupa num pensamento dado e às demais consequências que, a partir de centro significante, conferem ao todo um profundo sentido filosófico” (SEVERINO, Antônio Joaquim. *Pessoa e existência: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier*. São Paulo: Autores Associados, Cortez, 1983, p.30).

¹³⁶ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.192.

¹³⁷ MOUNIER, Emmanuel. *Op. cit.*, 2004, p.14.

Percebe-se, nesta filosofia, uma mudança de perspectiva: “O pensamento personalista não parte da subjetividade mas sim da intersubjetividade. Da intersubjetividade não no sentido da dissolução do Homem no colectivo, no social, mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da realidade”¹³⁸.

O mundo das externalidades é o âmago do pensamento personalista, o ser humano não pode possuir a compreensão sobre sua natureza apenas partindo do seu “eu – interior” ou da sua consciência, deve pensar-se sob o ângulo inter-relacional, como agente consciente das relações de exterioridade.

Para que o personalismo possa começar a esboçar definição sobre pessoa, é necessário ter em mente “uma idéia sumária acerca do universo pessoal”, ou seja, tornar as estruturas desse universo conhecidas. O alcance delas se dá através da capacidade de perceber o outro, a outra pessoa. “Eis o meu vizinho. Tem do seu corpo um sentimento único, de que não posso participar; mas posso observar de fora esse corpo, examinar as suas disposições, manifestações hereditárias, formas, doenças, numa palavra tratá-lo como se tratam matérias do saber fisiológico [...]”¹³⁹.

O personalismo reivindica uma reorientação do olhar sobre a pessoa, de modo que sejam visualizadas as estruturas do seu universo, que só podem ser alcançadas pelo viés da intersubjetividade, ou seja, do panorama inter-relacional, pois “a verdade de cada um só existe quando em união com todos os outros”¹⁴⁰. Na verdade, o homem só é capaz de o definir numa relação e quando pergunta a si mesmo não como é mas quem é, e a resposta sempre exalará elementos que o definem na perspectiva inter-relacional. “O desenvolvimento da personalidade, o alcance dos fins da pessoa, a realização de si mesmo só se verifica com os outros e em função dos outros. O projecto de Homem que cada um constrói para si mesmo e que toda a vida procura concretizar [...] é sobretudo um conjunto de relações”¹⁴¹.

Voltando-se o olhar à construção dogmático-jurídica, depreende-se, de ante mão, que as idéias do personalismo implicam na colocação do ser humano no centro do sistema jurídico, em detrimento do patrimonialismo, donde passa-se a avaliar os elementos que compõem a estrutura dessa universalidade pessoal.

¹³⁸ LUCAS, J. S. *apud* GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade* Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.37.

¹³⁹ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.14-15.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.26.

¹⁴¹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Op.cit.*, 2008, p.47.

2.4.5.2.1 A estrutura do universo pessoal

Remontando-se às categorias da realidade humana, passa-se a avaliar quais são as estruturas do universo pessoal do homem. A primeira encontra-se revelada na existência do ser humano. Tal existência se dá numa relação íntima com a Natureza. Porém, o homem rompe com ela, por conhecê-la e ser o único capaz de transformá-la, capacidade que desvela qualquer tendência que tente condicionar o seu destino ao determinismo¹⁴².

Dessa forma, o foco é transferido para a experiência existencial humana. “O homem se conhece vivendo. Para se conhecer como ser pessoal, o homem não dispõe de critérios de referência imparciais ou como que descompromissados com sua própria existência”¹⁴³.

O personalismo também aponta para a comunicação como parte da estrutura do universo pessoal porque a pessoa é inseparável da comunidade. “Para constituir-se a pessoa tem necessidade de descentrar-se para fora de si num movimento contínuo de recolhimento e ruptura”¹⁴⁴. A comunicação é estrutura do universo pessoal porque é um meio para a experiência do homem, para descentrá-lo, colocando-o nas mais diversas perspectivas de relação com o outro¹⁴⁵. Comunicar-se é propriamente abrir-se ao espectro da coletividade na busca de uma unidade geral humana, possibilitada pelo fluxo e contra-fluxo de individualidades.

O homem é um ser histórico, cuja construção se dá entre os outros homens e os objetos, projetando-se entre o passado e o futuro. A apreensão da realidade humana só pode se dá mediante a relevância da sua dimensão coexistencial. Existir é, pois, estar no mundo como parte de uma realidade e em convivência com os outros.¹⁴⁶ O homem será então apreendido pelo Direito, também, em sua dimensão coexistencial, o que, mais tarde, desembocará no

¹⁴² MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.32.

¹⁴³ SEVERINO, Antônio Joaquim. *Pessoa e existência: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier*. São Paulo: Autores Associados, Cortez, 1983, p.36.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.81.

¹⁴⁵ MOUNIER, Emmanuel. *Op.cit.*, 2004, p.43-45.

¹⁴⁶ O processo de compreensão que releva o valor da historicidade e da tradição pode ser visualizado na obra de GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4.ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

valor da solidariedade em contrapartida a valores individualistas próprios da era moderna¹⁴⁷.

Para conhecer-se, o homem não deve dispensar o movimento de conversão íntima, onde estão sensações como o recolhimento, o segredo e a intimidade. Esse movimento de interiorização está ligado ao de exteriorização numa relação dialética própria da existência pessoal. O movimento de conversão íntima possibilita o afastamento da sobrecarga de problemas ligados às externalidades, porém, também demonstra a relevância da afirmação do tanto que pode ser perigoso em desolar-se em si próprio¹⁴⁸. É preciso, então, admitir que é necessário sair da interioridade para alimentá-la de exterioridade. Em realidade, o pensamento personalista afirma a importância da exterioridade para a própria auto-consciência, de modo que é preciso sair da interioridade para conhecê-la¹⁴⁹.

A capacidade de afrontamento do mundo pelo ser humano compõe a sua estrutura universal desde o significado inicial da palavra “pessoa” na época grega. “A palavra grega mais próxima da noção de pessoa é *prósopon*: aquele que olha de frente, que afronta”¹⁵⁰. Mas o ato de afrontar se depara, por vezes, com um mundo hostil, onde a singularidade natural de cada ser humano revela as dimensões pessoais do pensamento e da vontade a ser realizada por meio do afrontamento¹⁵¹.

Dessa maneira, “existir pessoalmente exige, algumas vezes, uma oposição, uma ruptura. Senão, a vida pessoal, sob o peso das adesões, atolar-se-á na adaptação, no conformismo ou na alienação. É preciso protestar, recusar, dizer não”¹⁵². O universo pessoal pressupõe também negação e protesto para que se possa atingir os elementos da vida.

A fluência da existência da pessoa pressupõe liberdade e ela não é uma coisa ou um objeto, mas uma força natural que atravessa e realiza a pessoa. Para que exista um sentido de liberdade pessoal, é necessário começá-lo com o sentido da liberdade dos outros, para concluir que ela não surge no mundo isoladamente, é uma força estendida também aos demais¹⁵³. O conteúdo dessa liberdade não deve ser apreendido, essencialmente, como o poder de fazer aquilo que quiser, mas como o simples ato de ser livre para ser aquilo que se é, “o homem, porque se autopossui, é livre para ser aquilo que é”. A autopossessão também

¹⁴⁷ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.49.

¹⁴⁸ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.65.

¹⁴⁹ Cf. SEVERINO, Antônio Joaquim. *Pessoa e existência: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier*. São Paulo: Autores Associado, Cortez, 1983, p.74.

¹⁵⁰ MOUNIER, Emmanuel. *Op.cit.*, 2004, p.67.

¹⁵¹ *Ibidem, loc.cit*

¹⁵² SEVERINO, Antônio Joaquim. *Op.cit.*, 1983, p.75.

¹⁵³ MOUNIER, Emmanuel. *Op.cit.*, 2004, p.75-79.

apresenta o viés da autonomia sobre os próprios atos, donde provém a capacidade de culpa e de mérito humana¹⁵⁴.

A estrutura do universo pessoal do homem não pode prescindir de um coeficiente transcendental, revelado por aquilo que ultrapassa o fato concreto perceptível. O movimento de formação da pessoa não se encerra sobre o que é facilmente visualizável nela, mas indica a proximidade da transcendência, explicitada por aquilo que não é verificável. “A aspiração transcendente da pessoa não é agitação, negação de nós próprios como mundo fechado, suficiente, isolado sobre o seu próprio brotar”¹⁵⁵. Assim, a transcendentalidade do homem sobre a natureza, onde ele está inserido, advém da sua capacidade única de conhecê-la, transformá-la e superar o seu determinismo¹⁵⁶. O homem transcende a natureza porque é mais do que uma revelação biológica, é a superação da forma da matéria, do corpo que o torna visível e realmente palpável.

A transcendência prescinde de provas e “sua certeza surge na plenitude da vida pessoal, esbate-se quando esta declina”¹⁵⁷. A fé no elemento transcendente implica na crença em valores, em sentimentos benéficos, em vertentes morais que deságuam na “eminente dignidade do homem”¹⁵⁸. Estes são os elementos que, quando agrupados, compõem a estrutura do universo pessoal humano, possibilitando a compreensão da concepção personalista.

2.4.5.2.2 Estrutura pessoal e revolução científica

Nos passos da contemporaneidade, os elementos da estrutura do universo da pessoa esbarram no primado econômico, delineado por um modelo capitalista e globalizado que dita os comportamentos e determina as vontades. Dentro desse modelo, indagam-se as formas de manter a proteção da pessoa, cujo primeiro passo, no Direito, é a delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito.

A revolução científica, exemplificativamente a possibilitada pela tecnologia associada aos

¹⁵⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.44.

¹⁵⁵ MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004, p.86-87.

¹⁵⁶ SEVERINO, Antônio Joaquim. *Pessoa e existência: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier*. São Paulo: Autores Associado, Cortez, 1983, p.54.

¹⁵⁷ MOUNIER, Emmanuel. *Op. cit.*, 2004, p.88.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.91.

recursos médicos, está presente, como elemento de realidade, na aferição da medida dessa proteção, pois se consolida como mais um fenômeno natural da sociedade moderna. A revolução nas ciências e a transição de paradigmas exercem influência significativa na vida e proteção dos seres humanos.

É preciso refletir sobre os avanços da humanidade e a influência exercida por eles na formação de uma idéia a respeito daqueles que titularizam direitos subjetivos. A tentativa de criar verdades científicas que funcionem como paradigmas que visem a dominação e o engessamento do conhecimento não encontra respaldo na própria noção de desenvolvimento científico. O conhecimento científico é perfeitamente mutável, estando, pois, sujeito à refutação diária e gradual, considerando a sua natureza eminentemente transitória e o constante movimento de evolução social.

Sob o ponto de vista da formação científica, é sempre imperioso registrar que teorias ou vertentes absolutas, vistas como incapazes de serem refutadas, surgem, muitas vezes, como forma de manipulação ideológica e/ou política. A educação científica, como reprodutora do paradigma dominante, se porta como “um agente” de manutenção do *status quo*, na medida em que tenha como escopo a inibição de novas construções ideológicas e interpretativas que possam ir de encontro às determinações anteriores¹⁵⁹.

Segundo Thomas Kuhn, o que se entende por ciência normal corresponde a um período em que se atua, dentro de um específico paradigma, que é recepcionado e seguido por uma comunidade científica. Muitas vezes, a partir de determinadas falhas na construção científica, o paradigma doravante adotado pode entrar em crise e ser levado à rejeição de tal modo que seja processada a sua substituição. O enfraquecimento e a desconstrução de um paradigma é a consubstanciação do início de um novo paradigma, que é uma revolução científica. Dessa forma, a verdade de cada teoria funciona apenas dentro de cada paradigma e a construção do progresso científico ocorre mediante a revolução¹⁶⁰.

A formação de qualquer conceito jurídico não foge à regra da transição de paradigmas. Assim como a investigação histórica possibilita a revelação dos paradigmas vigentes em cada época, na identificação do conceito contemporâneo, estão impressos os novos paradigmas que influem e modificam noções anteriores. Questões referentes à desconstrução de paradigmas científicos podem ser visualizadas quando se está diante da necessidade da desconstrução de

¹⁵⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

determinados discursos jurídicos, a fim de construir novos discursos e novos posicionamentos que refutam teorias tradicionais, altamente colimadas, sob o ponto de vista doutrinário e prático, de aceitabilidade.

Esses são os traços do panorama científico da contemporaneidade, onde está inserido o tema da pessoa humana e dos demais sujeitos de direitos. Qualquer ensaio que verse sobre a concepção personalista não pode se furtar à realidade dos novos paradigmas, principalmente, no tange aos que podem influenciar ou atingir a vida e a dignidade dos sujeitos destinatários de prerrogativas, garantias e proteções, por vezes, incondicionadas.

As estruturas do universo pessoal, identificadas na seção anterior, hoje, estão inseridas no contexto da revolução biotecnológica, fator que impulsionou o surgimento do homem “em estado embrionário”, bem como das informações diagnósticas sobre o mesmo em estado pré-natal.

2.5 À GUIZA DE FINALIZAÇÃO

A primeira fronteira ontológica da reflexão sobre o homem, onde está a categoria “pessoa”, na busca dos fundamentos que exprimem a sua afirmação como sujeito de direito, tem precedência histórica e filosófica. A investigação de base antropológica possibilita o conhecimento dos passos que conduziram o homem para a sua transformação em sujeito, como razão e rumo de uma ordem jurídica.

O cristianismo terminou por aperfeiçoar a noção de pessoa vigente no período greco-romano, revestindo-a de caráter mítico, imputando-lhe uma referência de independência relativa, cuja prova está na separação entre Pai e Filho como dois entes distintos, ainda que detentores da mesma natureza. Ainda que precariamente, os ensaios filosóficos da antiguidade e do medievo versaram sobre aspectos que se referem à existência humana, tanto sob a questão da origem, quanto sobre questões visualizáveis do ato de existir, como a capacidade ética e racional, a consciência e as formas de manifestar a subjetividade e a liberdade.

A tentativa de esvaziamento do conteúdo metafísico da noção de pessoa na filosofia moderna, em prol dos enfoques psicológico, subjetivo ou fenomenológico, deve-se à sua inafastável origem teológica, que mostra, desde o começo, o substrato semântico do conceito. Sob nova “jurisdição”, a fim de ensaiar o seu conceito, o pensamento moderno levantou a bandeira do

banimento dos aspectos transcendentais e metafísicos. Se a noção de pessoa antecede historicamente a formulação de um conceito de sujeito de direito, a origem deste se deu, analogicamente, em decorrência da ruptura do pensamento medieval para a ascensão da racionalidade moderna.

A essência do pensamento moderno se revelou na vocação do sujeito à autonomia. A reunião da razão e da vontade propiciou ao indivíduo descobrir-se como ente capaz de se autodeterminar, independentemente de qualquer outra ordem pré-existente ou potencialmente superior.

O movimento histórico de afirmação do homem e o personalismo moral conduziram à afirmação da pessoa e à proclamação da sua centralidade axiológica nas diversas ordens científicas. “Nenhum outro valor sobrepõe-se ao da pessoa humana aos olhos dos nossos contemporâneos e nenhum outro direito (seja ele da sociedade como um todo, do Estado, da Igreja...) pode ser contraposto aos seus direitos declarados e reconhecidos”¹⁶¹.

A discussão existencialista e personalista está centrada no aprofundamento de cunho filosófico tarefa não vislumbrada nesta pesquisa. Sem prejuízo disto, a antropologia e a filosofia contemporâneas trouxeram benefícios preciosos à construção sobre o conceito de pessoa, alicerce histórico do conceito de sujeito de direito. Porém, os impasses persistem. Diversas concepções concorreram para que pudesse chegar aos fundamentos a respeito da perspectiva personalista que exerce domínio sobre o conceito de sujeito de direito. Não se pode dispensar a tarefa de dar conteúdo preciso a esse conceito para que se possam garantir direitos a quem os titulariza.

3 VIDA E PERSONIFICAÇÃO JURÍDICA DO SER HUMANO

¹⁶¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p.190-196.

Para fins de sistematização, a incursão a respeito da fundamentação incidente na construção do que se entende por sujeito de direito deve partir de uma análise sobre o processo de personificação dos entes, que, segundo a doutrina clássica e dominante do Direito Civil¹⁶², foi o caminho escolhido por lei para a colocação do homem, enquanto espécie, e dos grupos humanos associados com fins em comum, no Ordenamento jurídico, como entes detentores de direitos e obrigações.

Disso resulta a constatação de que o estudo da delimitação dogmática conceitual do homem como sujeito de direito encontra-se fortemente entrelaçado, mais precisamente associado, ao estudo sobre a concepção jurídica de pessoa, que parte, por sua vez, do conceito de personalidade jurídica

Primeiro, deve-se partir de uma avaliação a respeito da posição do ser humano dentro desse sistema. Para atender à concepção clássica, ainda dominante na doutrina, a pesquisa do processo de personificação do homem, ou da espécie humana, comporta-se como um pressuposto para compreender como se deu a estruturação dogmática dos sujeitos de direito. Logicamente, a existência do homem como sujeito de direito pressupõe a existência de uma vida. E, assim, deve-se compreender a medida da importância da discussão sobre o início da vida e sua influência na formação do conceito em questão.

Conceitos jurídicos, pertencentes à dogmática civilista, como pessoa e nascituro, passam pela discussão bioética e biomédica a respeito do momento exato de começo da existência humana, e se filiam à discussão em torno da real tarefa do Direito – a de se firmar como ciência que determina o momento de início da vida ou, simplesmente, como aquela que determina o instante em que se deve começar a protegê-la. Mesmo não sendo tarefa central deste trabalho, a investigação sobre os critérios que definem a condição de “sujeito de direito” não pode se furtar às discussões sobre o início da vida, que tem um coeficiente pré-jurídico e revela, substancialmente, questões morais, religiosas e éticas.

O sentido para percorrer esse caminho está no fato de que o corte epistemológico da presente pesquisa atem-se à espécie humana como sujeito de direito, sem prejuízo da existência de sujeitos não humanos, como é o caso da pessoa jurídica.

Assim, na determinação do começo da vida, há teorias, colimadas de coeficientes médico,

¹⁶² Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975.

biológico, religioso, ético, filosófico e jurídico. Importa salientar que tais teorias se confundem frequentemente com as teorias usadas na doutrina jurídica para explicar a aquisição da personalidade e a formação da pessoa, enquanto construção jurídica. Eis, então, a relação imbricada entre determinar o momento exato do começo da vida humana e identificar momento adequado para que o homem possa ser chamado, pelo Ordenamento jurídico, de pessoa, posto ter adquirido personalidade.

Nas seções que seguem, pode-se perceber, primeiramente, a disposição das teorias sobre o começo da vida humana e, no capítulo seguinte, as teorias civilistas que discorrem sobre o momento de aquisição da personalidade jurídica pelo ser humano, usadas na reflexão sobre a forma adequada de proteção dos estágios de vida iniciais do homem – o embrião e o nascituro.

O processo de personificação está atrelado à verificação da origem humana, discussão inerente às diversas áreas do conhecimento, independentemente da pertinência da “competência” jurídica para determiná-la. A discussão sobre a real fundamentação da construção do sujeito de direito, em especial pela lei civil, tem raiz na delicada questão sobre a identificação do início da vida humana e, para avaliá-la, deve-se reunir conteúdos cuja natureza não é estritamente jurídica.

Substancialmente, consoante a história dos direitos subjetivos, a pesquisa sobre a identificação dos critérios científicos, usados pela lei, para que um ente possa ser chamado de sujeito de direito, esteve tradicionalmente atrelada ao estudo da aquisição da personalidade jurídica.

Entretanto, antes disso, deve-se incorrer sobre os avanços científicos que modificam paradigmas e trazem à baila novas situações, incluindo possibilidades que influenciam na avaliação do reconhecimento da titularidade de direitos do homem em seus diferentes momentos de existência. Partindo desse pressuposto, não se pode afastar a necessidade da reflexão em torno da real condição jurídica do embrião e do nascituro.

3.1 LIBERDADE CIENTÍFICA E LIMITES DA CIÊNCIA: UMA ANÁLISE BIOÉTICA

Como um produto da contemporaneidade, urge a revolução científica, eivada de promessas médicas e tecnológicas, conduzida por certezas e por possibilidades, por descobertas permanentes e achados temporários. Esse panorama exala um ambiente de alívio e estranhamento. Alívio pela possibilidade de solução para problemas aparentemente não solucionáveis. Estranhamento pelo descontrole e pela velocidade de tornar o desconhecido e o impossível viáveis, passíveis de intervenção e de participação decisiva do homem.

O conjunto de possibilidades advindas da racionalidade científica cria uma sociedade de riscos¹⁶³, não repartidos e descontrolados, moldada por descobertas realmente promissoras e por novas formas de solucionar problemas humanos.

A contemporaneidade vivencia profundamente o panorama da combinação entre a tecnologia e as ciências médicas, cuja existência é fruto, como em toda época passada, de uma evolução natural humana, revelada pela capacidade intelectual da espécie, pela motivação geral da construção do conhecimento e pela busca de novas possibilidades benéficas, o que, evidentemente, instaura novos paradigmas. A revolução biotecnológica influenciou e possibilitou diretamente o aparecimento de uma nova figura humana: o embrião fecundado artificialmente e em estado extracorpóreo.

Motivado pelo saber científico, no caminho do conhecimento, a espécie humana se encontra com um desafio delicado que, muitas vezes, não é devidamente levado a sério: o de conjugar as novas possibilidades científicas com a preservação da sua própria existência, que, diversas vezes, se revelou vulnerável a essa nova ordem. Independentemente do papel de uma ética voltada à responsabilidade científica, o Direito se apresenta como um instrumento de conjugação dos dois lados desse desafio, vez que não há desenvolvimento e continuidade da vida humana sem Ciência, e não há Ciência sem o homem, a própria razão que a fundamenta.

Diante dessas novas possibilidades, chega-se à discussão sobre os possíveis entes que possam gozar da condição de sujeitos de direito. A tecnologia e a medicina possibilitaram o surgimento do embrião fora do corpo feminino, bem como a consecução de mecanismos para conhecer e avaliar as características fisiológicas que evidenciam os estágios iniciais da vida humana presentes nesse embrião extracorpóreo e no feto, juridicamente chamado de nascituro. Parte-se, então, para a construção da tutela jurídica do sujeito, considerando, também, essa nova realidade, inegável e passível de acompanhamento.

¹⁶³ Sobre o assunto, a obra de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

Para a construção dessa proteção, hoje, não se pode ignorar a discussão bioética, donde se extrai a necessidade de avaliar se o homem, em seus diferentes momentos de existência, não está sendo vilipendiado por si próprio, consoante a possibilidade de intervir no seu processo natural de vida e morte. As discussões sobre sujeitos de direitos são, em essência, incongruentes quando não contemplam, inicialmente, a perspectiva bioética, ainda que se refiram ao ponto de vista dogmático.

O contexto de surgimento da disciplina bioética se deu exatamente por intervenções humanas no curso natural da vida, o que denota a sua imbricada relação com o homem enquanto sujeito de direito. Discutir os fundamentos que concorreram para a construção dogmática do que se entende por sujeito titular de direitos e obrigações é, também, identificar pressupostos de ordem ética. Eis, então, que surge a bioética, propícia a disciplinar as condutas do homem que atentam, principalmente, contra ele mesmo, seja como embrião, feto ou indivíduo nascido.

Jorge José Ferrer e Juan Carlos Álvarez trazem o conceito de bioética extraído da *Encyclopedia of Bioethics*: “O estudo sistemático das dimensões morais – incluindo a visão moral, as decisões, as condutas e as políticas – das ciências da vida e do cuidado da saúde, usando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”¹⁶⁴.

A bioética fornecerá fundamentos, a partir de aspectos antropológicos, ontológicos e morais¹⁶⁵, para construção teórica da proteção devida ao homem como sujeito de direito. A perspectiva que contempla valores éticos e morais possibilita a eleição do conteúdo que a estruturação dogmática deve relevar, tendo em voga a posição do ser humano ante à marcha da Ciência em geral. No pensamento bioético, estão presentes os fundamentos que embasam a construção teórica do ser humano como sujeito de direitos e de obrigações.

3.2 A FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL: O SURGIMENTO DO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO

Nos casos de esterilidade ou infertilidade, a medicina reprodutiva apresenta a fecundação

¹⁶⁴ FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética*. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.76.

¹⁶⁵ Sobre isso, ver obra: BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética*. Aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauri, SP: EDUSC, 1997.

assistida, processada em laboratório, como uma terapia para combatê-las. A Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia e a Organização Mundial de Saúde consideram como estéreis ou inférteis um casal que manteve regularmente relações sexuais durante dois anos e persistiu involuntariamente sem ter filhos.¹⁶⁶

A técnica de fertilização artificial ou *in vitro* consiste na coleta de óvulos para associá-los aos espermatozóides, de modo que a fecundação, naturalmente desenvolvida no corpo da mãe, ocorrerá de maneira monitorada em laboratório, para que, a partir daí, obtenham-se os zigotos ou embriões, que serão, posteriormente, implementados no útero.

É necessária a indução da ovulação, mediante estímulo hormonal, para que se obtenha mais de um óvulo por ciclo. Dependendo da idade da mulher, alguns óvulos produzidos espontaneamente apresentam alterações cromossômicas, que não impedem a fecundação, mas impedem a implantação e o desenvolvimento normal e sadio do embrião. “A frequência das alterações cromossômicas aumenta com a idade da mulher, chegando a aproximadamente 70% dos óvulos produzidos em mulheres de 40 anos ou mais.” Dessa maneira, “considerando que nem todos os óvulos poderão ser fecundados, que nem todos os fecundados se tornarão embriões, e que nem todos os embriões serão implantados, se fazem necessárias as fecundações de mais de um óvulo”¹⁶⁷.

Posteriormente, eles serão selecionados e colocados em estufa (ou meio cultivo), sob temperatura ideal, até o momento em que serão inseminados. Os espermatozóides colhidos passarão pelo mesmo processo de seleção e, em seguida, será promovida a inseminação nos óvulos maduros selecionados.

Após a coleta e o tratamento, as células masculinas e femininas são reunidas em um mesmo caldo de cultura – geralmente o próprio líquido folicular que envolve o óvulo – e começam a interagir naturalmente. Tudo é tão microscópico no processo de surgimento do embrião que se utiliza o máximo de tecnologia disponível para favorecer a observação. Nas primeiras horas, já se observa a atração dos espermatozóides pelo óvulo e a forma como os primeiros começam, juntos, a dissolver a geléia que envolve o óvulo. Assim que um deles consegue penetrar o óvulo, os dois gametas começam a formar uma única célula. Em seguida, há um período de aproximadamente 17 horas de poucas mudanças, mas depois disso tudo ocorre em grande velocidade. Os núcleos dos gametas entram em um processo de fusão, formando uma única célula que logo se divide em outras duas, exatamente iguais. Em mais ou menos 48 horas, os embriões estarão

¹⁶⁶ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 173.

¹⁶⁷ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 233-234.

com quatro células idênticas, já prontos para serem transferidos ao útero¹⁶⁸.

Ressalta-se que alguns embriões obtidos podem apresentar problemas de desenvolvimento ou divisão celular inadequada, características que serão detectadas pela biópsia embrionária ou diagnóstico pré-implantacional¹⁶⁹. Os embriões que não apresentem condições saudáveis e aptidão para a transferência uterina, indispensáveis a seu desenvolvimento normal, não serão implantados, posto terem apresentado questões fisiológicas que possam comprometer o seu desenvolvimento. Assim, os embriões selecionados para a transferência serão conservados adequadamente até o momento da implantação.

A quantidade dos óvulos e dos espermatozoides coletada reflete, desde já, a inclusão do risco do procedimento, pois, é impossível garantir que a associação de um óvulo a um espermatozoide configuraria um embrião saudável, passível de ser implantado no útero. Portanto, é necessário inseminar mais de um óvulo, para que se obtenha mais de um embrião, conforme leitura dos índices que refletem o êxito desse tipo de tratamento. A partir de estudos específicos na área, foi possível chegar à conclusão de que “a incidência de abortos espontâneos também é maior do que o normal em mulheres que se submetem à FIV”¹⁷⁰.

Assim, é possível perceber que o sucesso do procedimento está vinculado ao número de embriões fecundados disponíveis. “Exigir a transferência de embriões a fresco, corresponderia a inviabilizar a técnica, visto que a probabilidade de sucesso, já não muito expressiva, seria reduzida a percentuais que tornariam de todo desinteressante sua realização”¹⁷¹.

Dois a quatro embriões saudáveis vêm sendo implantados na cavidade uterina, entre o segundo e sexto dia após a fertilização¹⁷². A implantação de um número inferior concentra

¹⁶⁸ OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem Os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003, p.192.

¹⁶⁹ “A associação das técnicas de reprodução assistida com as de genética molecular tornou possível então a detecção de doenças geneticamente transmissíveis em estágio bastante precoce, como o anterior à implantação embrionária, permite a seleção e transferência dos embriões sadios para o útero materno, possibilitando que os casais com alto risco de transmissão obtenham uma gravidez sem a doença em questão” (GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.303).

¹⁷⁰ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.31.

¹⁷¹ BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.531-532.

¹⁷² O número de embriões transferidos pode variar. “A única maneira de diminuir a taxa de multigestação é diminuir o número de embriões a transferir, o que, conseqüentemente, diminui o impacto nas taxas de gestação. Este tema deve ser discutido intensamente entre a equipe de profissionais e o casal” (ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del

grande probabilidade de insucesso da gestação; por outro lado, estudos na medicina reprodutiva evidenciaram que um número superior gerou a incidência de gestações múltiplas, aumentando o risco abortivo e o insucesso do procedimento. Uma das questões trazidas pela fertilização extracorpórea é justamente “a possibilidade de ocorrer gestação múltipla, inclusive com risco de vida para a gestante”, o que exigiria a redução embrionária, entendida como “provocação da morte de um ou mais fetos em gestação”¹⁷³.

Após a transferência, considerando os riscos do processo, podem ocorrer abortos espontâneos explicados pela ausência do desenvolvimento normal do embrião. No ensejo, é importante afirmar que tais abortos espontâneos ocorrem naturalmente, também, nos processos de reprodução natural humana, como decorrência de eventos fisiológicos normais, sem interferência médica ou biotecnológica, cujas causas resultam de anormalidades cromossômicas¹⁷⁴.

No entanto, conforme diagnóstico pré-implantacional¹⁷⁵, alguns desses embriões não serão implementados, porque excederam o número recomendado à transferência ou não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (ausência de desenvolvimento normal, divisão celular inexpressiva, alteração genética ou cromossômica)¹⁷⁶. Assim, a inexistência dessas condições favoráveis caracteriza a impossibilidade do embrião em atender à finalidade inicial de reprodução.

Aos embriões remanescentes, saudáveis ou não, surgem as possibilidades de congelamento para que futuramente possam ser gerados pelo casal originário ou doados a casais com

Rey, 2004, p.238).

¹⁷³ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op.cit.*, 2006, p. 531.

¹⁷⁴ Nesse sentido, a medicina especializada entende que essa possibilidade de abortos espontâneo é inerente, também, ao processo de reprodução natural: “Uma grande quantidade de embriões iniciais aborta espontaneamente. Os estágios iniciais da implantação do blastocisto são períodos críticos de desenvolvimento que podem não ocorrer devido à produção inadequada de progesterona e estrogênio pelo corpo lúteo. Ocasionalmente, os médicos vêem uma paciente cujo último período menstrual atrasou por vários dias e o fluxo menstrual foi anormalmente abundante. É bem provável que tais pacientes tenham tido um aborto espontâneo precoce; portanto, acredita-se que a proporção de aborto espontâneo precoce seja em torno de 45%. Os abortamentos espontaneos precoces ocorrem por uma variedade de razões, uma delas é a presença de anormalidades cromossômicas. A perda precoce de embriões representa a eliminação de conceitos anormais que não teriam se desenvolvido normalmente” (MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.34-35).

¹⁷⁵ GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁷⁶ “Um erro numa informação dos genes originará uma doença genética. Ela se transmitirá a todas as gerações com a duplicação e a transmissão do cromossomo que a traz. [...] os genes funcionam por pares (cromossomo materno + paterno), no entanto, se apenas um dos dois genes for anormal, a doença não aparecerá necessariamente” (SÉRUSCLAT, Franck *apud* VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. atual. São Paulo Jurídica Brasileira, 2003, p. 63).

problemas de fertilidade (criopreservação)¹⁷⁷; descarte ou destruição¹⁷⁸ e utilização em pesquisas com finalidade terapêutica¹⁷⁹ (respaldada no fato de que, se não saudáveis, não poderão ser implantados, se saudáveis, seriam fatalmente descartados, uma vez que não seja da vontade dos genitores implantá-los posteriormente ou doá-los para fim semelhante).

3.3 A ORIGEM DA VIDA

A preocupação jurídica crescente com a determinação do início da vida humana adveio do constante e inovador fluxo médico e biotecnológico, próprio da realidade dos séculos XX e XXI. Os reflexos dessas descobertas e, conseqüentemente, das novas possibilidades científicas foram também irradiados para o Direito, cabendo a este não se furtar das discussões vindouras, em prol de tutelar tudo aquilo que lhe for cabido.

Na realidade, cumpre atentar para o fato de que a análise dos fenômenos biofísicos que caracterizam o começo da vida humana se confunde com a determinação do conceito de vida, dentro da perspectiva biológica¹⁸⁰.

O ser humano pode ser visivelmente identificado pelos estágios iniciais, de embrião, feto ou nascituro, e posteriores, como pessoa. Esse é o ponto de ligação entre o Direito e a Bioética no que se refere à construção dogmática dos sujeitos. Todo sujeito tem um início e, para que se possa avaliar quando se deve atribuir a ele o *status* jurídico em questão, não se pode deixar de identificar as bases teóricas, científicas ou religiosas, que tentam explicar o seu começo. Para algumas pessoas e para alguns estudiosos de áreas distintas, identificar o começo de um sujeito de direito significa o mesmo que identificar o começo da vida humana. Na área jurídica, há também os que entendem que o começo da vida humana (estágio embrionário)

¹⁷⁷ “Atualmente, ao descongelar zigotos (óvulos em estado de pronúcleo) e embriões, as taxas de sobrevivência giram em torno de 40 e 100%. Isso está relacionado, antes de tudo, ao potencial biológico, anterior à congelamento, dos embriões ou zigotos. É muito provável que tais embriões ou zigotos que não sobrevivem ao ser descongelados são os mesmos que jamais teriam alcançado o desenvolvimento embrionário até a implantação”. (ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.242).

¹⁷⁸ Apesar de se tratar de ato questionável, tendo em vista limitações de natureza ética, não há previsão legal que vede a sua prática.

¹⁷⁹ Conforme o art. 5º da Lei 11.105/2005.

¹⁸⁰ Sobre o assunto, imprescindível consultar a obra “O que é vida?” do austríaco Erwin Schrödinger (SCHRÖDINGER, Erwin. *O que é vida? O aspecto físico da célula viva. Mente e Matéria. Fragmentos autobiográficos*. Tradução de Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997 (UNESP/ Cambridge).

coincide com o começo da pessoa, enquanto construção do Direito.

Sem prejuízo da idéia de que a necessidade de proteger a vida humana que se inicia tenha ascendido por iminência da utilização de métodos artificiais de reprodução, responsáveis pela situação extracorpórea do embrião, a reflexão em torno dessa proteção, aqui, se dá por conta da sua ligação com o entendimento do conceito de pessoa. As discussões em torno da origem da vida têm sido impregnadas de correlações com os fundamentos que concorreram para a personificação do homem, para atribuir ao ser humano a qualificação jurídica “pessoa”, prevista no artigo 2º do Código Civil.

Assim, no presente trabalho, a reflexão sobre o início da vida não se restringe à ótica da necessidade reprodutiva que trouxe ao mundo dos fatos o embrião concebido e conservado em laboratório. Busca-se, primeiramente, uma reflexão sobre o momento de início da vida humana, tenha sido ela originada a partir de uma concepção natural ou artificial, a fim de que, em momento posterior, possa-se definir a medida de relação entre isso e o que se entende por pessoa dentro do Direito.

Sobre a vida, enquanto fenômeno, não se almeja a intenção de aprofundar um discurso a respeito do coeficiente físico, divino ou cósmico que possa colimar as mais variadas formas de existência terrestre e sua evolução, assunto propício a uma pesquisa voltada à biologia e à antropologia filosófica. Intenta-se construir raciocínio sobre os pontos essenciais que se relacionam com o valor e a forma de preservação da vida humana.

De ante mão, não é prematuro afirmar que todo juízo em torno do significado da vida carrega um quê de pessoalidade e parcialidade. Não há achados científicos, capazes de fulminar, por completo, as perguntas “de onde viemos?”, “porque viemos?” e “para onde vamos?”. O fato de estar vivo é um fenômeno eminentemente inexplicável, se se buscar, através de explicações da Ciência, o sentido para a origem de tudo. A constatação de que a vida, sob o ângulo da origem, composição e fim, não pode ser plenamente explicada por postulados científicos evidencia o quão pessoal e controverso é um estudo sobre isso.

Sob o ponto de vista científico, é possível entender que a compreensão sobre a realidade do universo¹⁸¹ permite a constatação de que o fenômeno “vida” deve ser avaliado

¹⁸¹ Lynn Margulis e Dorion Sagan delinearão, no trecho a seguir, os aspectos do universo que asseguram a existência das formas de vida. “O corpo da vida é um verniz de matéria crescente e em interação consigo mesma que envolve a Terra. Tendo 20 quilômetros de espessura, seu topo é a atmosfera e sua base são as rochas continentais e as profundezas dos oceanos. O corpo da vida é como um tronco de árvore: apenas seus tecidos mais externos crescem. A menos que seja protegido pela tecnologia, que em si é uma extensão da vida, qualquer indivíduo, retirado da esfera viva, estará condenado à morte. A vida, até onde a conhecemos, restringe-se à

progressivamente, da perspectiva mais simplista à perspectiva humana, senhora de singularidade incontestável. A primeira questão a ser considerada, dentro do universo cósmico, é o alcance do entendimento sobre a distinção entre os seres vivos e os não vivos.

Entende-se, então, que a vida, num sentido amplo, tem bases biológicas, sendo possível atestar a sua existência ou não, mediante critérios de cunho eminentemente científicos, solidificados por alicerces da medicina.

A característica do vivente, sob o ponto de vista filosófico, está no fato de ele ser capaz de uma atividade que parte do sujeito vivente e tende a aperfeiçoar o próprio sujeito: vida é capacidade de ação imanente. Deixamos de lado o exame das características físicas, químicas e bioquímicas do ser vivo e examinamos o problema do ponto de vista filosófico. O salto qualitativo e irreduzível do fenômeno “vida” está, portanto, na capacidade real de um ser de ser causa e fim da própria ação: isto significa precisamente “ação imanente”. No primeiro degrau da vida, a vida vegetativa, ação imanente tem uma tripla capacidade: nutrição, crescimento e reprodução.¹⁸²

O vivente, portanto, é detentor de uma unidade específica e substancial, por possuir um organismo onde acontecem inúmeras reações e movimentos fisiológicos, complexos e voltados ao mesmo fim: a manutenção ou continuação do ser¹⁸³. Conforme Erwin Schrödinger, “o crescimento de um organismo é levado a efeito por divisões celulares

superfície deste terceiro planeta mais próximo do Sol. Além disso, a matéria viva depende profundamente desse sol [...]” (MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorion. *O que é vida?* Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e apresentação Francisco M. Salzano. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p.20).

Daniel Koshland Júnior, citado por Maria Auxiliadora Minahim, tratou de definir a vida, relatando suas funções através da enumeração de sete pilares. “O primeiro pilar trata de um programa organizado que, no planeta, é efetivado pelo ADN que codifica os genes e permite que sejam reproduzidos de geração em geração, com pequenas alterações que não afetam o plano geral. O segundo pilar é a improvisação, que proporciona um ajustamento a mudanças ambientais às quais o organismo, pequena parcela do universo global, será exposto. Esta exposição vai tornar o programa menos eficaz; a improvisação é, portanto, a capacidade de modificação que permite sua sobrevivência. O enclausuramento pelo qual todos os organismos vivos são confinados em volume limitado e envolvidos por uma superfície que se chama membrana ou pele, que mantém os ingredientes dentro de proporções definidas e impede que sejam atacados por elementos exteriores, constitui o terceiro pilar. O quarto pilar é a capacidade, enquanto sistema aberto, de receber as energias de fontes exteriores, como o sol, por exemplo, e transformá-la em combustível para o organismo. O quinto pilar é a regeneração que equilibra os constantes reajustes a que os organismos têm que se submeter, compensando as perdas sofridas. Este é um processo no qual o organismo se vale dele mesmo para se recompor capacidade que diminui com o passar dos tempos; é o que se chama envelhecimento. Trata ainda de adaptabilidade, que se faz pela retroação, atributo que impede a repetição de experiências dolorosas. O sétimo pilar é o isolamento, que se faz necessário para um sistema metabólico, no qual se produzem múltiplas reações ao mesmo tempo, impedindo que os agentes químicos de um processo reativo sejam metabolizados pelos catalisadores de outra reação” (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.64-65).

¹⁸² SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.93.

¹⁸³ *Ibidem*, p.94.

consecutivas. Tal divisão celular é chamada mitose.”¹⁸⁴ Essa é a explicação biofísica para o movimento de crescimento do organismo humano. Tal fato dá a esse discurso científico relevância, por atestar a diferença prática entre aquilo que vive e aquilo que não vive.

Lynn Margulis e Dorion Sagan, em obra específica sobre o assunto, apontaram algumas maneiras de descrever o que é vida. Ela pode ser vista como “um intrincado padrão de crescimento e morte, aceleração e recuo, transformação e decadência”, é, também, “a matéria desenfreada, capaz de escolher sua própria direção para adiar indefinidamente o momento inevitável do equilíbrio termodinâmico – a morte”¹⁸⁵.

Mas qual a característica particular da vida e quando se poderia dizer que determinada matéria vive? Erwin Schrödinger aponta: “Quando ela ‘faz alguma coisa’, como mover-se, trocar material com o meio etc., e isso por um período muito mais longo do que esperaríamos que uma porção de matéria inanimada o fizesse nas mesmas circunstâncias”¹⁸⁶. Revisando a auituação biológica da vida, o autor entende que “o desdobramento de eventos no ciclo da vida de um organismo exhibe uma admirável regularidade e ordem, sem comparação com qualquer coisa que encontramos na matéria inanimada”¹⁸⁷.

A tentativa de determinar a extensão daquilo que se pode assimilar como conceito do fenômeno “vida” esbarra num impasse que, muito antes de ser jurídico, tem núcleo de natureza filosófica e moral. O discurso sobre o que se entende por vida não está imune ao pluralismo moral¹⁸⁸ e cultural, ele é, em verdade, uma das formas mais complexas de perceber a variação de entendimentos, visualizável pelo abismo que, muitas vezes, separa o pensamento ocidental do oriental.

O valor da vida, seja sob o foco da origem, do início ou do fim, tem sua importância manifestada conforme o panorama cultural e o alicerce moral de cada povo. O Direito, inclusive, é a revelação de um sistema de pensamento, cujo fundamento é naturalmente cultural e moral, constatação que não escapa à eleição, pela sistematização doutrinária, daquilo que é sujeito de direitos e daquilo que não é.

No processo de construção de uma consciência ética sobre a necessidade de proteger o início

¹⁸⁴ SCHRÖDINGER, Erwin. *O que é vida?* O aspecto físico da célula viva. *Mente e Matéria*. Fragmentos autobiográficos. Tradução de Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997 (UNESP/ Cambridge), p.34.

¹⁸⁵ MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorion. *O que é vida?* Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e apresentação Francisco M. Salzano. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p.225.

¹⁸⁶ SCHRÖDINGER, Erwin. *Op.cit.*, 1997, p.81.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.88.

¹⁸⁸ Sobre o assunto, consultar obra de ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

da vida, estão as dificuldades traduzidas pela existência de ângulos culturais, morais e religiosos que se antagonizam e que, muitas vezes, evidenciam a tradição e a cultura de cada povo. Busca-se, contemporaneamente, um comportamento ético que respeite essas diferenças e que consiga construir e tornar viável um mínimo ético, traduzido pela existência de um sistema que vise dar continuidade à existência da vida.

Entre os que defendem as leis antiaborto, quase ninguém realmente acredita que um feto recém-concebido seja uma pessoa; por sua vez, quase nenhum dos que se opõem a essas leis acredita, de fato, que a argumentação contra o aborto se fundamente apenas na superstição. O verdadeiro argumento é muito diferente: divergimos tão profundamente porque todos levamos muito a sério um valor que nos une como seres humanos – a santidade ou a inviolabilidade de cada etapa de toda e qualquer vida humana. Nossas violentas divisões demonstram a complexidade do valor e do modo acentuadamente distinto como culturas, grupos e pessoas diferentes – todos igualmente comprometidos com tal valor – interpretam seu significado¹⁸⁹.

A defesa incontestável da idéia de sacralidade ou santidade da vida, por exemplo, na construção do conhecimento científico, refuta uma possível neutralidade e corrobora uma determinada visão cultural, ainda que, se pense que todo ser humano, de um modo geral, tenha, como atributo inerente à sua natureza, algum compromisso com o valor da existência humana.

O discurso em defesa da vida, muitas vezes, é alicerçado no fundamento ontológico que a torna um bem para além da razão, superior e incontestável, mesmo diante da racionalidade, ou em conflito com outros pontos, como a autonomia e a liberdade¹⁹⁰. Em realidade, essa é uma questão que permeia o Direito sob diversos ângulos, principalmente, quando se constata o conflito entre a vida, enquanto bem jurídico, e a dignidade, como um princípio e, na prática, como uma garantia à autonomia e à liberdade das pessoas.

Várias circunstâncias e situações jurídicas já atestaram não haver unanimidade na idéia de que a vida é sempre como um bem jurídico absoluto e intangível, quando em conflito com outros bens ou valores também protegidos. Ver-se-á, posteriormente, que a presença da vida nem

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 341.

¹⁹⁰ Sobre o assunto, Ronald Dworkin aponta: “[...] ainda que possamos sentir que nossa própria dignidade está em jogo nas atitudes que os outros tomam diante da morte, e que às vezes possamos desejar que os outros ajam como nos parece correto, uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção oposta – em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é exigência fundamental e absoluta do amor-próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame ou respeite” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 342).

sempre é um atributo suficiente e senhor de si, o Direito pátrio fez escolhas que refutam essa supremacia quando se está diante de alguns conflitos.

Tutelar a vida, em toda a sua extensão e profundidade, agrega significativa dificuldade, tendo em vista a impossibilidade de considerá-la apenas sob o ponto de vista biológico. Sua compreensão deve estar associada a sua dimensão axiológico-filosófica.

O elemento biológico da vida humana ganha nova dimensão por estar inserido co-naturalmente em outro elemento, o coeficiente espiritual. Não se pode considerar a vida apenas sob a perspectiva de um fenômeno químico ou fisiológico, o seu valor ultrapassa a medida de seu funcionamento puramente biológico. Aqui, retoma-se a menção anterior a respeito da refutação da capacidade científica de responder às perguntas que se escondem atrás do simples fato de estar vivo. É notório o fato de que não há façanha científica que desvende, até então, todas as vicissitudes da existência terrena.

O horizonte das causalidades biológicas dentro do qual se realizaram as diversas formas de vida requer uma explicação “metafísica”, quer se aceite o fixismo, quer se tenha propensão para o evolucionismo; quer se considere a “causalidade vinda de baixo”, quer se considere também a causalidade do alto; o “reducionismo biológico”, ainda que fosse comprovadamente útil aos fins dos programas da pesquisa científica, não poderia de forma nenhuma ser aceito como explicação global da origem da vida e, em particular, como explicação da origem do homem¹⁹¹.

Para a explicação da realidade viva do ser humano, em particular, Elio Sgreccia aponta para dois indicadores metafísicos, o princípio da criação e o princípio da espiritualidade do homem. Quanto ao primeiro, registra a necessidade de uma causa subsistente que traga a explicação da passagem do não-ser ao ser, ou seja, do ato de começar a existir a partir da existência de alguma coisa. Sobre o segundo, afirma que a espiritualidade do homem não pode derivar da matéria, do não vivo, do inanimado¹⁹².

Assim, impende a impossibilidade de dissociar o homem da dimensão valorativa e filosófica que o torna vivo – a sua alma, essência e espírito. Daí, é notória a afirmação de que a vida

¹⁹¹ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.104-105. Corroborando a dificuldade de conceituação, José Afonso da Silva aponta, também, para a necessidade de considerar a vida não apenas sob o ponto de vista biológico, por não ser ela exclusivamente biológica. “Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando de ser vida para ser morte” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 197).

¹⁹² SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.105-106.

humana não tem apenas uma base biológica, tem, também, uma base gnoseológica, espiritual ou metafísica, onde, definitivamente, está o inexplicável, tudo aquilo que, até então, não foi desvendado por uma conclusão científica.

Sob os olhos da Ciência, é preciso admitir “que inexistem consenso científico ou filosófico acerca do momento em que tem início a vida”¹⁹³. Na tentativa de explicar o fenômeno, cada área de conhecimento científico imputará fundamentos teóricos distintos para que se possa chegar a uma determinação específica, de modo que cada conclusão evidenciará uma perspectiva distinta, cujas bases, na maioria das vezes, contrapõem uma à outra.

Diferentes segmentos científicos utilizam algumas terminologias em referência às fases iniciais de vida do homem. Oportuno salientar, conforme obra clássica e específica sobre embriologia humana, a título de esclarecimento, alguns conceitos médicos que expressam os estágios de desenvolvimento da vida ou se relacionam com eles, como ovócito, espermatozóide, zigoto, embrião, conceito e feto.

Ovócito – Este termo refere-se à célula germinativa feminina ou célula sexual produzida nos ovários. Quando maduro, o ovócito é denominado ovócito secundário ou ovócito maduro.

Espermatozóide – Este termo refere-se à célula germinativa masculina ou célula sexual produzida nos testículos. Numerosos espermatozoides são expelidos da uretra masculina durante a ejaculação.

Zigoto – Esta célula, formada pela união de um ovócito e um espermatozóide, é o início de um novo ser humano (ou seja, um embrião). A expressão ovo fertilizado refere-se a um ovócito secundário (ovo) que foi penetrado por um espermatozóide; quando a fertilização é completa, o ovócito torna-se um zigoto.

Embrião – Este termo refere-se ao ser humano em desenvolvimento durante seus estágios iniciais. O período embrionário estende-se até o final da oitava semana, época na qual já estão presentes os primórdios de todas as principais estruturas.

Concepto – Este termo refere-se a todos os produtos da concepção, da fertilização em diante (o embrião ou o feto) e suas membranas (por exemplo, a placenta).

Feto – Após o período embrionário (oito semanas), o ser humano em desenvolvimento é chamado de feto. Durante o período fetal (da nona semana até o nascimento), ocorre o crescimento e diferenciação dos tecidos e órgãos formados durante o período embrionário¹⁹⁴.

Muito se discute sobre a real existência de um papel do Direito, através de normas jurídicas, e, mesmo, da Bioética, sob a forma de regras morais, na determinação do conceito sobre o início

¹⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 676.

¹⁹⁴ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.2.

da vida. Entende-se, nesta pesquisa, que à ciência jurídica compete determinar, estritamente, o momento em que ela deve começar a ser protegida, bem como as formas com que esta proteção se dará. Para isso, algumas teorias ou critérios surgiram, na doutrina, em prol de precisar, com argumentos distintos, o exato momento em que o Direito deve começar a proferir essa proteção.

Antes disso, cumpre atentar para o fato de que tais critérios têm como objetivo primeiro imputar requisitos para a configuração do início da vida humana. As conseqüências da adoção de cada teoria e dos critérios que lhes são particulares serão abordadas em momento propício, pois se referem à questão da natureza jurídica (se é pessoa ou não) daquilo que se pode considerar como o início da vida.

3.3.1 A visão concepcionista

Segundo a visão concepcionista, a origem da vida está no exato momento em que há a união do óvulo com o espermatozóide, portanto, no instante da concepção, seja ela natural ou artificial. Seu fundamento assenta na existência do patrimônio genético, tão logo ocorra a fusão dos gametas, não importando os aspectos biológicos e estruturais do embrião que evidenciam o estágio de seu desenvolvimento. A simples união da célula reprodutiva feminina com a masculina tem como consequência a revelação do primeiro momento da vida da pessoa, não importando que essa vida seja comparavelmente primitiva, inicial e com possibilidades de se desenvolver ou não.

O entendimento concepcionista finca suas bases no fato de que o embrião humano, corpóreo ou extracorpóreo, apresenta características próprias e naturais da humanidade, sendo parte do movimento espontâneo da vida humana¹⁹⁵. “[...] *El embrión tiene la dignidad de cualquier ser humano completamente desarrollado. [...] La fecundación establece un nuevo individuo genético y un nuevo destino humano que a partir de ese momento comienza a expresarse a sí mismo en sucesivas y graduales etapas de un proceso continuo*”¹⁹⁶.

A identificação metafísica do começo da vida humana com o momento da concepção requer homologar ser humano e pessoa em uma unidade

¹⁹⁵ Cf. CONTE-GRAND, Julio. *Un aporte desde la metodología jurídica a la defensa de la vida*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.287.

¹⁹⁶ ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente El marco de la experimentación génica*. Barcelona: Bosch, 2002, p.102.

ontológica que se constituiria literalmente na formação do ovo, e que já possuiria o status moral pleno que corresponde a todo membro da humanidade sem que esse status variasse na medida em que o novo ser se desenvolve¹⁹⁷.

A teoria da concepção, então, é guiada pela necessidade de proteger o embrião humano como pessoa, considerando a existência de uma individualidade genética autônoma, após a fusão dos gametas. O zigoto ou embrião é geneticamente uno porque metade de seus cromossomos foi originada da mãe e a outra metade do pai, o que culmina em uma nova combinação diferente das células dos pais. “Este mecanismo forma a base da herança biparental e da variação da espécie humana. A meiose permite a distribuição independente dos cromossomas paternos e maternos entre as células germinativas”¹⁹⁸.

Dessa forma, impende registrar que tal posicionamento também está sob a influência de um critério cuja base foi fornecida pela medicina (existência de individualidade genética) e pela biologia para justificar a proteção embrionária¹⁹⁹. A visão concepcionista é amparada pela embriologia, “conhecimento científico que se dedica às características genéticas, histológicas e biofísicas do período embrionário”²⁰⁰, e está alicerçada na informação de que a fusão de duas células germinativas produz um novo ser, que é o zigoto.

Estudos biomédicos, na segunda metade do século XIX, descobriram como se processa a concepção (fertilização ou fecundação): a fusão do espermatozóide, cujo núcleo porta 23 cromossomos, com óvulo, também portador de 23 cromossomos, dá lugar a uma nova célula, o ovo ou zigoto, portadora de 46 cromossomas²⁰¹.

Ives Gandra da Silva Martins afirma, ainda, não haver qualquer dúvida na medicina sobre ter

¹⁹⁷ SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 129.

¹⁹⁸ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.31.

¹⁹⁹ Conforme a teoria concepcionista, “o ser humano tem início no momento da fecundação do óvulo com o gameta masculino. Essa tese se funda na ‘racionalidade biológica’, porque a fusão dos gametas representa o verdadeiro e único ‘salto de qualidade’, que não se repete. Essa fusão gera uma nova e autônoma individualidade humana, que se desenvolve sem solução de continuidade e sem necessidade de sucessivos estímulos externos até o nascimento” (MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 187-188).

“Para a teoria concepcionista o embrião humano é, desde o primeiro instante de sua concepção, uma “pessoa humana”, inteira, exatamente igual a qualquer outro indivíduo da coletividade. A teoria concepcionista, que certamente influencia bastante o mundo jurídico, admite ser o embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genética-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta” (LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 124).

²⁰⁰ ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.75.

²⁰¹ ALONSO, Félix Ruiz. A inviolabilidade da vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.399.

o zigoto todas características que definirão o futuro ser, considerando o fato de existir nele toda a carga genética e a confirmação de que os 46 cromossomos determinam a existência de um ser humano²⁰². Tais informações foram, notoriamente, objeto de pesquisa médica e fazem parte do leque de contribuições que a medicina vem oferecendo às discussões a respeito da tutela do início da vida.

Hoy es un lugar común que la vida humana comienza con la fecundación, es decir la unión de los núcleos de las gametas femenina y masculina. Este conocimiento es tan universal, que forma parte de la currícula de las escuelas. Desde que es posible “fabricar” in vitro seres humanos, esto há pasado a ser una “verdad científica” incontrastable. En efecto, la fecundación extracorpórea es anterior a la anidación y, cualquiera sea la técnica utilizada, luego de lograda la concepción, es preciso implantar el embrión²⁰³.

Assim, independentemente da nidação, não se pode negar a concepção como o primeiro momento do ser humano. É ela a primeira forma que a existência humana adquiriu, mesmo em momento estritamente primitivo.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, “a nível vocabular, os representantes desta corrente se recusam a empregar expressões do tipo "potencialidade de pessoa" ou "pessoa potencial" (que; precisamente, sugerem a distância e o caminho a percorrer entre o embrião e o homem no qual ele se transformará)”²⁰⁴ em prol de empregar, “de forma bastante significativa, a expressão pessoa ou pessoa humana com um potencial.”²⁰⁵

No entendimento de Maria Garcia, o fato de que o embrião partilha do processo vital que se chama de vida faz com que deva ter a proteção constitucional dos direitos advindos da personalidade humana, que compõem o elenco dos direitos fundamentais²⁰⁶. A concepção, ato que propicia o surgimento do embrião, deve, então, ser também o marco para o começo de sua vida jurídica, consubstanciada pela sua total proteção.

Seguindo o viés crítico da teoria, alguns autores desconhecem logicidade em fazer coincidir o início da vida com a concepção, considerando a realidade inerente a todo o processo de

²⁰² MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito do ser humano à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.23.

²⁰³ ELORRIO, Aurélio García; SCALA, Jorge. *La tutela de la vida “Desde el momento de la concepción”, pilar Del Sistema Americano de Derechos Humanos*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.96.

²⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p.124.

²⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p.124.

²⁰⁶ GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.181.

fertilização humana *in vitro*, que pode ter como consequências a destruição ou a necessidade de se destruir embriões.

É por isso que não consigo compreender bem as posições algo fundamentalistas dos que fazem coincidir início da vida com a concepção, ou mesmo com o estágio de pré-embrião ou de zigoto, e que são forçados a enfrentar, sem soluções, esta óbvia realidade *que é inerente à Fertilização in Vitro: é que não sendo ela condenada enquanto método procriativo, a verdade é que nunca pode haver uma certeza científica no fazer coincidir o número de embriões gerados 'in vitro' e os necessários para a superação dos problemas dos casais beneficiários, pelo que embriões excedentários haverá sempre com abundância [...].* (grifos no original)²⁰⁷

Conforme tópico trabalho anteriormente, foi possível perceber que índices específicos na área da medicina reprodutiva atestam que, em caso de fertilização artificial, são grandes as chances de gestações múltiplas e de abortos espontâneos, considerando os riscos próprios da técnica²⁰⁸. Na realidade, os estudos na área da reprodução humana evidenciam que destruições embrionárias ocorrem naturalmente no corpo feminino, nos primeiros momentos da fecundação, pois, muitas vezes, por condições fisiológicas próprias da natureza humana, os zigotos podem não completar os passos evolutivos para se chegar à gravidez²⁰⁹.

Segundo a postura concepcionista, não há de haver legitimidade nas condutas que violem a vida e a integridade embrionárias, o que se permite incluir, por via análoga, o uso de métodos contraceptivos que atuem sobre o ente já fecundado.

O DIU de progesterona impede a implantação do blastocisto no útero. Uma vez que a implantação ocorre a partir do sexto dia, o blastocisto seria quem estaria sendo destruído através desse método contraceptivo. A pílula do dia seguinte destrói as células até 72 horas após a fecundação. Portanto, os dois métodos estariam destruindo as células-tronco embrionárias, tanto quanto como se essas células, já produzidas e congeladas, fossem utilizadas para a pesquisa clínica. Certamente, a sociedade está diante de um dilema. Se o conjunto de células é considerado como um ser humano desde a fecundação, antes ainda da implantação no útero, se deveria proibir o DIU, a pílula do dia seguinte e o congelamento dos embriões²¹⁰.

²⁰⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 105-106.

²⁰⁸ Cf. MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.31.

²⁰⁹ Conforme diversos livros específicos sobre medicina reprodutiva.

²¹⁰ PRANKE, Patrícia. A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Set. 2004. *Rev. Ciência e Cultura*. Disponível em: < www.cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n3/a17v56n3.pdf >. Acesso em: 11 fev. 2006, p.36. Através da Resolução n. 1.811 de 14 de dezembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina regulamentou o uso da pílula do dia seguinte, dispondo que: “[...] Art. 1º Aceitar a Anticoncepção de Emergência como método alternativo para a prevenção da gravidez, por não provocar danos nem interrupção da mesma. Art. 2º Cabe ao médico a responsabilidade pela prescrição da Anticoncepção de Emergência como medida de prevenção, visando interferir no impacto negativo da gravidez não planejada e suas consequências na

O entendimento de que o embrião é uma pessoa não legitima o uso dos métodos contraceptivos DIU e pílula do dia seguinte, cuja ação pode consistir na destruição embrionária, a fim de impedir a evolução da gravidez da mulher.

Alguns doutrinadores bioeticistas, como Roberto Andorno, partindo da constatação de que a vida começa na concepção, entendem que, ao embrião, é devido o *status* jurídico de pessoa, o que, inclusive, culmina na afirmação de que o procedimento da fertilização *in vitro* é antijurídico e ilícito²¹¹, pois não se pode pretender legitimar qualquer procedimento que agregue possibilidade de destruir ou inviabilizar a vida de pessoas humanas.

O embrião em situação extracorpórea, então, segundo a teoria da concepção, deve gozar do tratamento de pessoa e dos direitos que lhe são possivelmente correlatos, como o direito à vida. No entanto, as questões que envolvem o tratamento jurídico devido ao embrião serão tratadas no capítulo sobre sujeitos de direito.

Para afirmar a proteção da pessoa desde a concepção, os adeptos à teoria invocam a assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, pelo Brasil. O *caput* do artigo 4º do Pacto diz: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”²¹².

É certo que os argumentos científicos, biológicos e médicos permitem a afirmação de que o início da vida humana se dá a partir da concepção, momento de configuração de um patrimônio genético específico.

Várias questões emergem desta afirmação. Primeiro, o fato de que o reconhecimento de que a vida se inicia no embrião pode não implicar no reconhecimento de um tratamento jurídico igual ou similar aos outros entes, como a pessoa e o nascituro. Seguidamente, insurge a indagação a respeito, então, da real natureza jurídica “daquilo que é chamado de início da vida” – o conceito, ovo, embrião ou zigoto.

Saúde Pública, particularmente na saúde reprodutiva. Art. 3º Para a prática da Anticoncepção de Emergência poderão ser utilizados os métodos atualmente em uso ou que porventura sejam desenvolvidos, aceitos pela comunidade científica e que obedeçam à legislação brasileira, ou seja, que não sejam abortivos. Art. 4º A Anticoncepção de Emergência pode ser utilizada em todas as etapas da vida reprodutiva” (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 1.811/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1811_2006.htm>. Acesso em: 05 mar. 2009).

²¹¹ ANDORNO, Roberto *apud* AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p.233 e 243.

²¹² Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito do ser humano à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.28.

3.3.2 Teorias genético-desenvolvimentistas

As teorias genético-desenvolvimentistas tomam como ponto de partida os diferentes estágios do desenvolvimento embrionário e condicionam o momento de início da vida e, conseqüentemente, da proteção, à verificação de determinados fatores fisiológicos²¹³. Assim, o embrião, fruto da fusão do óvulo com o espermatozóide, “adquire *status* jurídico e moral gradualmente, à medida que seu desenvolvimento avança no tempo”²¹⁴. Para essa corrente, a proteção embrionária não pode ser construída sem o cômputo dos elementos que atestam o seu estágio, a sua realidade biológica e de sobrevivência, revelada pelas condições que podem ou não possibilitar a continuidade da sua existência.

Desse modo, várias teorias decorrem desse entendimento, como a teoria da nidação, a teoria da formação do sistema nervoso central e a teoria do pré-embrião.

3.3.2.1 Nidação

A teoria da nidação condiciona a existência da vida à implantação do embrião ao útero materno (que só ocorre entre o 5º e 6º dia), pois, somente a partir de então, surge a possibilidade de geração de um indivíduo. Segundo esse entendimento, a proteção embrionária só deve ocorrer pós-implantação uterina porque, a partir de então, poder-se-ia falar em possibilidade de existência de uma pessoa.

Após a nidação (fixação do ovo no útero da mulher, e, portanto, somente processada se o embrião estiver ou for implantado no corpo) é que se poderia falar em origem de uma nova vida humana. “Adota-se esse critério para determinar o início da vida humana, na medida do entendimento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no

²¹³ “Para a teoria genético-desenvolvimentista, o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. O embrião humano, ao menos nos primeiros tempos de sua existência, não pode ser reconhecido como uma pessoa humana, mas sim, um mero “amontoado de células”; células humanas, certamente, mas como são igualmente humanas as células do sangue ou os gametas elaborados pelo organismo humano, uma espécie de material biológico, ainda informe” (LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p.126).

²¹⁴ ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.79.

útero de uma mulher”.²¹⁵

Não há evidências científicas que prescindam do corpo feminino para a geração de um indivíduo e é nesse fato que está fundado o entendimento da teoria da nidação. Tal entendimento não se apega à informação de que, independentemente da implantação no útero, há, no zigoto, um patrimônio genético específico capaz de individualizá-lo e de torná-lo único ante aos outros seres.

3.3.2.2 Formação do sistema nervoso central

No mesmo sentido, a teoria que entende a necessidade de proteção embrionária somente a partir da fase do blastocisto, após os 14 primeiros dias posteriores à fecundação, onde se tem a formação rudimentar da organização do sistema nervoso central.²¹⁶

Essa teoria defende a relação do início da vida humana com o “aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, que ocorre entre o décimo quinto dia e o quadragésimo dia da evolução embrionária”²¹⁷. Adotar o início da atividade cerebral como marco da existência da vida, para alguns, é corroborar o critério já utilizado, pela Medicina e pelo Direito (no caso dos transplantes de órgãos), para determinar o momento do óbito – a paralisação dessa atividade.

Dessa maneira, para que se possa falar em tutela embrionária, é necessário o aparecimento dos primeiros indícios da formação do sistema nervoso central, que, pelos estudos da área, só ocorre após os primeiros quatorze dias posteriores à fusão do óvulo com o espermatozóide, não importando a configuração do patrimônio genético específico formado a partir da fecundação.

²¹⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

²¹⁶ “A atividade elétrica do cérebro começa a ser registrada a partir da oitava semana de desenvolvimento embrionário. O conhecimento desse fato levou os simpatizantes da teoria da formação do sistema nervoso central a sustentar que somente após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificamente humana” (ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.81).

²¹⁷ ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.80. Atenta, ainda, a autora: “A atividade elétrica do cérebro começa a ser registrada a partir da oitava semana de desenvolvimento embrionário. O conhecimento desse fato levou os simpatizantes da teoria da formação do sistema nervoso central a sustentar que somente após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificadamente humana” (ROCHA, Renata. *Op.cit.*, 2008, p.81).

3.3.2.3 Os 14 primeiros dias ou teoria da individualidade humana

A teoria do pré-embrião surgiu a partir do Relatório Warnock sobre fertilização e embriologia, onde, em 1984, no Reino Unido, a comissão encarregada de formular um parecer para assuntos de reprodução assistida entendeu que, até o 14º dia após a concepção, o zigoto não é um ser humano, mas apenas uma célula progenitora com capacidade de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie²¹⁸.

Assim, só se deveria falar em proteção a partir do décimo quarto dia após a concepção,²¹⁹ ou, ainda, somente quando presentes sinais capazes de evidenciar a existência da individualidade humana, não se podendo falar em indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre as células do embrião. Essa diferenciação é chamada de clivagem e consiste na série de divisões mitóticas efetuadas pelo zigoto, o que resulta no aumento rápido no número de células, denominadas blastômeros²²⁰. Logo, “[...] enquanto não for atingido o estágio de desenvolvimento de oito células não é lícito falar-se da existência de individualidade humana. Até que ocorra esse estágio, as divisões executadas nas células (clonagens) têm como resultado a geração de diversos indivíduos dotados de idênticas características [...]”²²¹.

Fala-se em pré-embrião para indicar o período que inicia com a fecundação e vai até o aparecimento da linha primitiva, momento em que se começa a diferenciação celular capaz de demonstrar a existência da individualização. Esses quatorze primeiros dias coincidem com o marco utilizado pela teoria anterior, porém, segundo esta, a proteção não se dá pela existência da individualidade embrionária, mas pelo início da formação do sistema nervoso.

A crítica à teoria tem como foco a defesa da tutela do homem não circunscrita aos aspectos de caráter fisiológico, pois, para que se justifique a proteção, não se pode apenas contemplar aspectos biológicos, identificados pela medicina e pela biologia.

Sua proteção deve ser capaz de agregar a revelação da “tendência à adoção da antropologia relacional como paradigma de reflexão, considerado o ser humano em sua tríplice dimensão:

²¹⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr, 2003, p.110.

²¹⁹ “De acordo com o Relatório Warnock, p. ex., poder-se-ia dispor do embrião humano para fins experimentais até o 14º dia depois da concepção, o que dá a entender claramente que até essa data não se reconheceria o caráter humano do embrião ou que, de qualquer modo, ele estaria subordinado à vida do adulto” (SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I. Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.347).

²²⁰ Cf. MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.31.

²²¹ SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida*. Questão aberta. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 42.

corporal, intelectual e espiritual”²²², de modo que o olhar puramente biológico sobre o embrião, em suas diferentes fases de desenvolvimento, rejeita o valor intrínseco ou ontológico do ser humano, o limitando à uma perspectiva funcional explicada por uma fundamentação estritamente médico-científica.

3.3.3 A teoria da potencialidade

Partindo do pressuposto de que a existência do embrião não deve configurar a imediata existência de uma pessoa, a teoria da potencialidade defende a construção de uma tutela que reflita as reais condições do conceito *in vitro*. O embrião, em situação extracorpórea, reúne condições para se tornar uma pessoa e detém a capacidade de se transformar em um indivíduo, no entanto, não há garantias reais, científicas ou naturais, que assegurem que essa transformação ocorrerá.

Sem classificar o embrião como ser humano desde a concepção, porém não se afastando da idéia referente à possibilidade de “vir a se tornar humano”, a corrente aponta ao embrião, desde o primeiro momento de sua existência, uma autonomia que não é “humana”, como pretende a corrente concepcionista, nem “biológica”, como afirmam os desenvolvimentistas, mas uma autonomia “embrionária.”²²³

O embrião não seria, portanto, mero aglomerado de células comuns a outras partes do tecido humano ou organização celular simplória, e o reconhecimento de sua potencialidade afastaria o condicionamento da existência da vida a fatores como estrutura ou desenvolvimento embrionário, defendidos pelas teorias médicas ou genético-desenvolvimentistas.

Os argumentos que favorecem a teoria baseiam-se no fato de que a individualidade humana, originada a partir de processo reprodutivo natural ou artificial, ocorre gradativamente, por pressupor acontecimentos sucessivos. É indiscutível que o embrião é a primeira manifestação da vida do homem, no entanto, há diferenças entre ele e o que se conceitua e se compreende como pessoa, diferenças estas ligadas a sentimentos, dores e capacidades de conhecimento. Há no embrião, sem dúvida, a primeira manifestação da forma humana, sendo devida a ela proteção específica.

²²² BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.530.

²²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.29, n.29, 1996, p.128.

Maria Cristina Hidalgo Ordás aponta, como fases do desenvolvimento humano, as fases celular ou pré-embriônica, embriônica, fetal e de autonomia vital. A autora entende que “*los estados preembrionario y embrionario son vivos y son humanos pero no son externamente reconocibles como persona*”. E completa: “*El óvulo fertilizado y el agregado celular que se origina antes de la implantación tienen la capacidad, bajo circunstancias favorables, de dar lugar a una persona pero a menudo no lo consiguen, ni siquiera bajo condiciones naturales*”²²⁴.

A partir da concepção, é possível constatar a existência de uma unidade biológica com patrimônio genético, portadora de condições necessárias a seu posterior desenvolvimento, que significa a potencialidade ou a aptidão para se tornar uma pessoa²²⁵. Disso, é possível extrair que a teoria da potencialidade não avilta o embrião como o primeiro estágio da vida do homem. Ela reflete e busca identificar qual a forma adequada de tratar esse primeiro estágio que é o momento inicial da existência humana, considerando a necessidade de afastá-lo da equiparação com a condição jurídica de pessoa.

A teoria da potencialidade discute, em essência, o tratamento que deve ser dado ao embrião em estado extracorpóreo, que será minuciosamente relatado em seção específica sobre o embrião como um pretense sujeito de direito. Aqui, impende uma compreensão prévia a seu respeito, por conta de ser ela, também, apontada como uma das teorias que tentam determinar o início da vida humana.

Para a teoria, os atributos inerentes à pessoa estão presentes desde a concepção, porém estão em estado latente, ou em estado de potência²²⁶.

Em sentido interpretativo contrário, o entendimento concepcionista admite a potencial capacidade embriônica para se transformar no homem, nascido e individual, no entanto, vê nessa potencialidade o substrato que basta para que seja devido um tratamento igual àquele que é conferido, juridicamente, à pessoa.

Assegurar alguns direitos, próprios de pessoa, ao embrião não tem o mesmo significado que conceder-lhe a mesma natureza e, conseqüentemente, a mesma disciplina jurídica. A

²²⁴ ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente El marco de la experimentación génica*. Barcelona: Bosch, 2002, p.186.

²²⁵ Tal teoria admite que o embrião “tem direito a uma maior proteção que os tecidos humanos, por sua possibilidade de converter-se numa pessoa e por seu significado simbólico para muita gente. Apesar disso, não deve ser tratado como uma pessoa, porque não desenvolveu ainda as características da personalidade, nem se desenvolveu como indivíduo e é possível que nunca atinja seu potencial biológico” (ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 115).

²²⁶ ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.89.

concessão de alguns direitos ao embrião se dá pela necessidade de diferenciá-lo dos demais tecidos humanos e das coisas, respeitando o seu valor ontológico. A admissão da potencialidade embrionária culmina na constatação da necessidade de que, para que o embrião seja tratado diferenciadamente, deve possuir um estatuto jurídico próprio, assunto a ser avaliado no próximo capítulo.

Sem prejuízo disto, pode-se extrair, como interpretação da teoria, que não se trata de refutar o embrião (portanto, a partir da concepção) como o marco inicial da vida humana, mas de construir uma visão a respeito do seu posicionamento no Ordenamento jurídico, ou seja, da sua disciplina, enquanto estágio primeiro da existência do ser humano.

3.4 O CONCEITO DE PESSOA

Tradicionalmente, as noções a respeito de pessoa e de sujeito de direito apresentam-se intrínsecas na doutrina jurídica, de modo que a opção por abordar primeiramente aquela se dá por motivos históricos e metodológicos, considerando o fato de que os referidos conceitos serão, aqui, tratados separadamente, para que sejam visualizados os pressupostos que os diferenciam²²⁷.

Antes de adentrar à doutrina civilista, para alcançar a significação dada por ela ao conceito de pessoa, deve-se partir do que dispõe a Constituição Federal. A Carta Magna não se preocupou em determinar o que vem a ser pessoa, mas aplicou o termo em diversas prescrições, como no artigo 1º, almejando afirmar a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado, e no artigo 5º, ao prever, para ela, direitos e garantias fundamentais.

O surgimento do conceito jurídico de pessoa está fortemente entrelaçado com o surgimento dos direitos do homem e, por consequência, dos direitos da personalidade. No entanto, é preciso atentar para o fato de que o estudo sobre pessoa e personalidade não se confunde com o estudo dos direitos da personalidade, pois estes se referem, essencialmente, às proteções específicas destinadas ao ente detentor do referido *status*. No Ordenamento, a personalidade

²²⁷ Não se pode deixar de apontar a influência da doutrina católica na formação do conceito de pessoa, considerando os dizeres de Jesus Cristo, fortemente impregnados de pregações humanistas e voltados ao respeito à dignidade do ser, mas, também, à iniciativa humana de construção do Vaticano como pessoa jurídica. Sem prejuízo de que este trabalho não visa tratar da pessoa “não humana” ou jurídica, registrar-se que o estudo histórico deste tema deve abranger a obra “O livro de ouro dos papas” de Paul Johnson (JOHNSON, Paul. *O livro de ouro dos papas*. A vida e a obra dos principais líderes da Igreja. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003).

em si não é um direito, mas um atributo para que se possa ser pessoa.

A doutrina civilista dedicou-se, ao longo de anos, à positivação de inúmeras questões ligadas à tutela das pessoas. Deve-se, como um pressuposto, buscar a compreensão do conceito de pessoa, enquanto uma construção jurídica, sem prejuízo desta ter sido naturalmente influenciada, conforme se apontou no capítulo anterior, por uma fundamentação filosófica e religiosa. Independentemente de outras acepções, sob o ponto de vista dogmático, pessoa, então, pode ser fruto de uma construção jurídica porque foi associada a moldes específicos pré-determinados pelo Direito.

Um conceito “é uma representação do real caracterizada pelos elementos comuns que nela se exprimem.”²²⁸ O conceito de pessoa, então, é uma representação, criada pelo Direito, caracterizada pela existência de determinados pré-requisitos ou elementos, dados, no caso, pelo que dispõe a lei. Pessoa é uma construção jurídica destinada ao ente que reúne os elementos eleitos pela lei como pressupostos à aquisição dessa representação.

O termo “pessoa” é historicamente fundamental para a compreensão de qualquer tema relacionado às ciências humanas, seja no Direito, na Antropologia, na Psicologia, na Sociologia, na Filosofia ou na Teologia²²⁹. Toda construção científica na área das ciências humanas se relaciona com uma idéia a respeito de pessoa, ainda que cada ramo científico exale peculiaridades capazes de formar conceitos singulares sobre ela. O termo “pessoa”, então, tem o condão de agregar significados provenientes de estudos com focos distintos, parte de realidades específicas.

No capítulo sobre a concepção histórico-filosófica, verificou-se que a etimologia do termo “pessoa” adveio do latim *persona*, cuja origem é a linguagem teatral na antiga Roma. Primeiramente, foi empregado como máscara, usada pelos atores. Sofreu transformação no sentido, passando a significar, primeiro, o papel que cada ator representava, e, segundo, a atuação de cada indivíduo, onde se alargou para o sentido atual, passando a ser usada para expressar o próprio indivíduo em sentido amplo, de modo a englobá-lo incondicionalmente, independentemente de restrições²³⁰.

Para se chegar à conclusão sobre a idéia jurídica sobre pessoa, deve-se, precipuamente,

²²⁸ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.60.

²²⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.267.

²³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1. 41.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007, p.61. Sobre a origem do termo, ver também ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona. Versión española del propio autor*. Madrid: Tecnos, 1998, p.53-54.

compreendê-la a partir de seu sentido comum e global. Por se manter fortemente ligada à noção sobre ser humano, a idéia sobre pessoa é um dado preexistente à ordem legislada, que não é apenas ontológico, mas, também, axiológico. O ser e o valer estão intimamente ligados, de modo que o homem “é e vale”, sendo inconcebível que ele “seja sem valer”²³¹.

Mônica Aguiar entende que, em sentido jurídico, o conceito de pessoa “não depende, repita-se, da preexistência de legislação, mas da condição natural do ser humano, ou seja, a pessoa é o pressuposto ontológico necessário para que exista capacidade, que é apenas uma qualidade do ser e, portanto, com este não se confunde”²³².

A idéia sobre pessoa é pré-normativa e, quando o Código Civil faz alusão a ela, a faz de modo a considerá-la como um paradigma para repensar o sistema e a maneira de encarar as relações privadas. “Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica”²³³. Assim, a noção de pessoa utilizada pelo direito agrega carga valorativa, considerando a sua pré-existência à ordem jurídica, conforme esboçado no capítulo sobre os traços filosóficos e históricos.

O conceito de pessoa, como uma realidade pré-jurídica, então, não está reduzido à incidência dos atributos razão e consciência, mas ao reconhecimento de uma totalidade humana, que envolve o corpo e o espírito, capazes de evidenciar uma realidade ontológica.

*La persona es un ser de naturaleza racional, pero ella no es su razón, ni menos aún su conciencia. Em verdad, ella pertenece a una naturaleza capaz de razón y de conciencia. Gracias a esa naturaleza, ella se constituye em sujeto y se distingue netamente del resto del mundo material, animado e inanimado. Cada persona tiene mayor densidad ontológica que todo el universo material que la rodea. Por este motivo, ella no tiene por qué probar sus capacidades intelectuales para ser respetada como un fin em sí*²³⁴.

É necessário diferenciar a concepção empírico-psicológica, baseada em atos ligados à consciência, à racionalidade e ao ter prazer e dor, da concepção ontológica sobre pessoa, cujo fulcro é valorizar a própria estrutura do ser humano, independentemente das capacidades de

²³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.45.

²³² AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.32.

²³³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.41.

²³⁴ ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona. Versión española del propio autor*. Madrid: Tecnos, 1998, p.62-63.

sua espécie²³⁵. Ontologicamente, pessoa é pessoa porque simplesmente nasceu pessoa, porque reúne, sem dúvidas, o mínimo elemento que a caracteriza como pertencente à espécie, como parte da realidade humana.

Aqui, cumpre compreender que o conceito de pessoa deve refletir o movimento atual do direito privado, essencialmente, nunca apartado do direito constitucional, mas, hoje, extremamente vinculado a essa perspectiva. A personalidade humana deve ser considerada como um valor dentro do Direito, “insuscetível, pois, de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco de *direitos subjetivos típicos*”²³⁶, para que se possa protegê-la em todas as situações que venham ela a se encontrar. Em momento posterior, falar-se-á da personalidade jurídica do ser humano, fruto de uma construção do Direito.

Ainda que as suas primeiras noções possam ser remetidas à época clássica, o conceito de pessoa, utilizado de forma explícita no Direito, pode ser percebido no século XVIII, como referência aos direitos do homem, expressos pela declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e, posteriormente, reiterada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948²³⁷.

Há, ainda, um sentido filosófico para o termo “pessoa”, que é “ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente”²³⁸. Na fórmula clássica de Boécio, os filósofos definiram a pessoa como “substância individual de natureza racional (*individua substantia rationalis naturae*)”²³⁹.

Há de se registrar a diferença entre o conceito jurídico e o conceito filosófico de pessoa. Para a Filosofia, pessoa é homem ou ser humano, o que atesta a proximidade com a acepção comum ou vulgar do termo. Como visto, para o Direito, precisamente, para as teorias tradicionais, pessoa é o ente detentor de direitos e obrigações, ou, simplesmente, o sujeito de direito.

Da leitura do artigo 1º do Código Civil brasileiro, é possível extrair o entendimento de que

²³⁵ BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética*. Aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru, SP: EDUSC, 1997, p.124.

²³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXIII.

²³⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.225.

²³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1. 41.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007, p.62.

²³⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.490.

toda pessoa é detentora da capacidade de direitos e deveres na ordem civil. O artigo 2º traz, como um atributo da pessoa, a personalidade, definindo o marco que determina o começo de sua existência²⁴⁰. Assim, segundo a legislação, para a aquisição do *status* de pessoa, é necessário ter personalidade civil, o que, conseqüentemente, possibilita a detenção da capacidade de direitos e deveres. O Direito, com sua perspectiva dogmática, vinculou a noção de pessoa à aquisição do atributo da personalidade, construindo um conceito jurídico voltado à essa associação.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 substituiu a palavra “homem”, contida no artigo 4º do Código Civil de 1916, pela palavra “pessoa”, para indicar o começo da personalidade jurídica do ser humano.

Tais referências legislativas culminam na constatação de que toda pessoa é, naturalmente, um sujeito de direitos, por ser titular de prerrogativas e proteções e de deveres e obrigações jurídicas. Pessoa, como construção jurídica, é o ente detentor de personalidade.

Passa-se a observar alguns posicionamentos doutrinários sobre o conceito de pessoa. Percebe-se a equiparação do conceito de pessoa ao conceito de sujeito de direito: “Ser pessoa é ter possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas [...]. É na pessoa que os direitos se localizam, por isso ela é sujeito de direitos ou centro de imputações jurídicas no sentido de que a ela se atribuem posições jurídicas”²⁴¹. No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro entende que “na acepção jurídica, pessoa é ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações.”²⁴²

Sobre ser pessoa, prelecionou Pontes de Miranda: “Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito”²⁴³.

Na mesma maneira, Sérgio Abdalla Semião estabelece o conceito de pessoa na acepção

²⁴⁰ BRASIL. *Novo Código Civil*. Texto comparado. Código Civil de 2002. Código Civil de 1916. Org. Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2002, p.35.

²⁴¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.212.

²⁴² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: parte geral. v.1. 41.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007, p.62. Sobre o conceito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que “pessoa é o ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica. É o sujeito de direito” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil* Teoria geral. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.103).

²⁴³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.161.

jurídica, designando-a como todo ser capaz de ter direitos e obrigações. Seguidamente, faz a sua ligação com o conceito de sujeito de direito, diferenciando-a da coisa, que é sempre o objeto da relação jurídica. Em seguida, determina que personalidade é a suscetibilidade que toda pessoa tem para ser considerada um sujeito de direitos e obrigações²⁴⁴.

Acerca da noção de pessoa e criticando o caminho seguido pela teoria geral do direito civil, Luis Edson Fachin afirma a existência de uma abstração excessiva em torno de tal conceito no modelo privado, que, seguidamente, desembocou no Código Civil de 2002. Dessa maneira, é por isso que, nos elementos da relação jurídica, coloca-se o sujeito, o que revela, de forma clara, “que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal”²⁴⁵.

Do ponto de vista do direito positivo, é possível perceber a imbricada ligação entre as idéias de pessoa e personalidade desde o momento em que a lei dispôs que pessoa é todo ente que é possuidor de personalidade. Tal ligação desemboca na delicada questão sobre a equiparação dos conceitos de pessoa e sujeito de direitos, tradicionalmente afirmada pela doutrina, mas eminentemente questionada quando se constata as prerrogativas e direitos conferidos a entes que não são pessoas, conforme dispôs a lei. Essa discussão será retomada em seção específica sobre o conceito de sujeito de direito.

O conceito jurídico de pessoa apresenta duas acepções: uma que considera o ser humano individualmente, a pessoa física ou natural, e outra que considera os grupos humanos ou de indivíduos, a pessoa jurídica.

Sem prejuízo da acepção dupla, tal conceito pode ser encarado a partir de uma acepção ontológica, não sujeita a condições normativas, mas unicamente baseada no valor representado, ou a partir de uma acepção unicamente dogmática, baseada nos atributos elencados por lei para que um ente possa usufruir dessa condição.

Independentemente da relevância do conceito ontológico, para fins conceituais, pessoa é uma construção jurídica representada pelo ente detentor de personalidade e, portanto, titular de prerrogativas, direitos e obrigações dentro do Ordenamento. Toda pessoa, naturalmente, é sujeito de direitos, no entanto, inexistente equiparação entre os conceitos²⁴⁶, considerando o fato de que entes destituídos de personalidade gozam de direitos e podem ter obrigações por

²⁴⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.24.

²⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.89.

²⁴⁶ Defendo a inexistência da equiparação entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.125 *et seq.*

determinação da lei.

O conceito de sujeito de direito, o atributo da personalidade e as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica serão trabalhados em seções seguintes.

3.4.1 Identidade entre ser humano e pessoa?

Os termos “homem” e “ser humano” são, constantemente, usados em substituição aos termos “pessoa” e “sujeito”. De uma forma geral, obras e construções científicas de variadas naturezas não manifestaram preciosismo no uso das terminologias, essencialmente, pela proximidade dos significados que lhes são pertinentes. Isso não deve descartar a tentativa de buscar fundamentos que possam os diferenciar, por contemplarem a realidade própria de cada um.

A existência de uma noção pré-jurídica sobre o que se entende hoje por pessoa no Direito é a explicação para o uso comum do termo, considerando a sua proximidade com o termo “homem”, enquanto espécie vivente. Mister, então, assumir que pessoa tem um significado comum ou vulgar e outro jurídico. No sentido vulgar, pessoa é sinônimo de homem ou ser humano, porém, conforme determinação jurídica, é a expressão da caracterização do ser com personalidade jurídica, que é aptidão para titularizar direitos e obrigações. Pessoa, tecnicamente, então, é uma categoria ou espécie jurídica do gênero sujeito de direitos.

Atendendo à concepção formal da ciência jurídica positivista, “a personalidade é a atribuição ou investidura do direito. Pessoa e homem não coincidiriam. Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo”²⁴⁷. A teoria tradicional afirma que, assim como a pessoa jurídica, a pessoa física é uma construção artificial do Direito. Essa distinção é baseada no fato de que o Direito elegeu condições para que um ente pudesse ser considerado pessoa, que, conforme o artigo 2º, foi o nascimento com vida. Nesse sentido, juridicamente, “pessoa” é o nome designado ao ente que reúne os atributos determinados por lei, enquanto “ser humano” é a expressão usada para designar o ente que pertence biologicamente a uma determinada espécie.

Hans Kelsen, inclusive, entende que “a pessoa, como suporte de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se

²⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.213.

apresenta como portadora [...]”²⁴⁸. Para ele, a pessoa física ou jurídica é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos manifestados.

Contemporaneamente, Peter Singer entende que é possível atribuir um significado preciso aos termos “homem” e “ser humano”. Eles encerram, substancialmente, um significado especista. Quem é homem ou ser humano o é por conta de pertencer a uma determinada espécie – a espécie *homo sapiens*. “O fato do indivíduo pertencer ou não a uma determinada espécie é algo que pode ser determinado cientificamente, mediante um exame da natureza dos cromossomos das células dos organismos vivos”²⁴⁹.

A existência do ser humano compreende a estrutura biológica, não controlável pela livre escolha, consubstanciada pelos fenômenos de nascimento, adoecimento e morte, a estrutura ontológica, compreendida por um sentido filosófico e também não suscetível à liberdade e decisão humanas, a dimensão histórica, onde há liberdades e escolhas livres, e a transcendência, que é revelada pelo fato de que o homem passa e a vida da sua espécie continua²⁵⁰. Tudo isso confere a um ente o *status* de ser humano.

Singer, citando Joseph Fletcher, aponta outro significado do termo “ser humano”, cuja aferição assenta nos “indicadores de humanidade”, dentre os quais estão “consciência de si, autocontrole, senso de futuro e passado, capacidade de relacionar-se com os outros, preocupação com os outros, comunicação e curiosidade.”²⁵¹ Singer entende que, para o ser humano considerado segundo este significado, deve-se usar o termo “pessoa”.

O significado de pessoa, sob o ponto de vista filosófico, é também considerado pelo Direito, quando este a considera como pessoa natural ou física. Mas certas pessoas do Direito não são pessoas para a Filosofia, como é o caso das pessoas jurídicas, firmadas em formas como associações, corporações e fundações²⁵².

A justificativa prática para a diferenciação entre os conceitos em questão é a existência de dois tipos de pessoa, a humana e a jurídica. Se há um tipo de pessoa que não é humana, o termo não é tecnicamente equivalente a homem ou ser humano. Sob o ponto de vista jurídico, pessoa é uma construção ou representação específica com requisitos determinados, ainda que

²⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.192-193.

²⁴⁹ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.96.

²⁵⁰ PEGORARO, Olinto A. O que é ser humano? In: CARNEIRO, F (Org.). *A moralidade dos atos científicos*. Questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999, p.7.

²⁵¹ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.96.

²⁵² TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.277.

tal fato não exclua a pertinência de uma referência comum do termo à extensão a todos os entes que pertencem à espécie humana.

O fato de que o conceito de pessoa possa ter a característica de ser produto de uma construção jurídica não impede a afirmação de que “pessoa” agrega uma realidade pré-legal, por ser um valor prévio à intervenção do legislador²⁵³, como fundamento e razão para qualquer sentido e importância que se pode dar à tarefa do Direito.

A razão para que os referidos conceitos agreguem dificuldades de diferenciação pode ser também entendida a partir das características da pessoa, que servem tanto ao sentido de homem ou ser humano, enquanto espécie, ou ao sentido de pessoa, estritamente natural ou física²⁵⁴, enquanto qualificação jurídica.

A pessoa pode ser caracterizada pela possibilidade de interagir com o mundo, tendo consciência dele. Ela impõe à realidade exterior os seus fins próprios, por meio da sua liberdade, diferentemente dos animais que se determinam conforme instintos e se esgotam num conjunto de ações e reações. A pessoa não se encerra numa realidade unicamente biológica, mas ética, por conhecer o sentido de responsabilidade dos seus fins, e transcendente. A pessoa é responsável pela escolha e pela condução do seu destino, pois é eminentemente o projeto a ser realizado²⁵⁵.

Assim, pessoa, enquanto sentido técnico, é termo destinado pelo Direito a entes detentores do atributo da personalidade. Isso não retira a constatação que o próprio Direito também recepciona uma acepção atécnica de pessoa, ligada ao homem, ao ser humano, no sentido de valor ou fundamento, no sentido de dado pré-normativo, de essência ontológica e, portanto, superior à prescrição jurídico-positiva.

Para Hans Kelsen, “homem” é um conceito da biologia e da fisiologia, portanto, das ciências naturais. “Pessoa” é um conceito da jurisprudência, fruto da definição e interpretação das normas jurídicas²⁵⁶.

Nesse ínterim, o Direito não deve atribuir ao termo “pessoa” uma perspectiva estritamente biológica ou uma perspectiva unicamente voltada às condições estipuladas por lei que a

²⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria geral*. v.1. Introdução. As pessoas. Os bens. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.44.

²⁵⁴ Por ser espécie de sujeitos de direito, o conceito de pessoa natural ou física será trabalhado no capítulo seguinte.

²⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria geral*. v.1. Introdução. As pessoas. Os bens. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.46-48.

²⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 137.

caracterizam como tal. O sentido completo de pessoa está na realidade ontológica que deve ser contemplada pelo discurso jurídico. Ainda que tecnicamente as expressões “ser humano” e pessoa sejam usadas para designar realidades distintas, não se deve negar que a realidade ontológica do segundo termo a aproxima do significado do primeiro.

Há doutrinadores que traçaram a diferença entre “ser humano” e “pessoa”. O primeiro com dimensão biológica e revelação de uma perspectiva especista. Pessoa como fruto de construções filosóficas e jurídicas.

Ontologicamente, ser pessoa é ser humano. O que importa é saber como o Direito lidará com essa realidade, a partir do momento que opte ou não por tratar como realidades distintas os diferentes momentos de desenvolvimento da vida humana.

3.4.2 Pessoa *versus* coisa

Estabelecido o conceito de pessoa, cumpre o diferenciar da idéia de coisa. O significado de pessoa, compreendido como uma expressão jurídica para designar o ente humano e como realidade ontológica, anterior e transcendente às condições legais, foi firmado no seu sentido axiológico, manifestado no quê de fundamental que a sua existência revela para um Ordenamento jurídico.

A profundidade da diferença entre o “ser”, detentor de um sentido pré-normativo, e o “ter”, revelado pela relação de apropriação, de sujeição do objeto, não pode ser ignorada na estruturação dogmática civilista dos sujeitos de direito. O valor do homem, no sistema civilista, está acomodado no conceito jurídico de pessoa.

Coisa é tudo aquilo que pode ser objeto de direito subjetivo patrimonial, portanto, suscetível de apropriação pelos indivíduos²⁵⁷. Na linguagem jurídica, coisa é o objeto das relações possuidor de valor econômico, o que exclui, obviamente, seres humanos.

A estruturação dogmática legal dos sujeitos de direito revela naturalmente essa diferença, que é propriamente a razão para essa esquematização. O primeiro ponto a ser reafirmado, quando se discute a fundamentação da estruturação dos sujeitos, é a diferenciação abismal entre o ser coisa e o ser pessoa.

Esse paradigma surge em detrimento da velha concepção do patrimonialismo, no âmbito do

²⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.138.

direito privado, pois, o direito civil deixa de ser marcado, essencialmente, pelo valor da propriedade, do contrato e do testamento, institutos próprios às relações do homem com as coisas ou objetos. “Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si”²⁵⁸.

Conforme Jussara Maria Leal de Meirelles,

[...] a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o ser é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentadamente pela propriedade, pelo ter, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica²⁵⁹.

Numa perspectiva ética, é notório o entrelaçamento dos termos “pessoa” e “dignidade”, pois aquele deve ser designado como referência aos seres que possuem uma dignidade intrínseca. “*En este sentido, decir ‘persona’ equivale a decir ‘un ser que merece un tratamiento en tanto fin en sí’; la persona es lo opuesto de la ‘cosa’, existiendo un abismo infinito entre ambas realidades*”²⁶⁰.

O discurso jurídico que esmiúça a diferença técnica entre uma pessoa e uma coisa não impede a constatação de que essa diferença é pré-legal, por ser alcançada por uma percepção sensorial dos indivíduos, e revelar um valor que independe de reflexões científicas. A realidade da coisa e a realidade da pessoa podem ser percebidas independentemente de pressupostos legais voltados a essa diferenciação, ser coisa é o contrário de ser pessoa. Ser pessoa é ser destituído das características essenciais do que é ser coisa. A apreensão dessa realidade diferencial acontece por percepções sensoriais, independentemente de qualquer esforço cognitivo.

Se toda ciência e, por conseguinte, toda lei é feita em benefício do ser humano, não há fundamento que o torne meio para o alcance ou realização de qualquer fim. O homem é um

²⁵⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.32.

²⁵⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.111.

²⁶⁰ ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona. Versión española del propio autor*. Madrid: Tecnos, 1998, p.56.

fim em si mesmo, e deve ser razão e fundamento para qualquer ciência, Estado ou sistema jurídico. O tratamento jurídico devido ao ser humano é a externalização desse entendimento, o homem sublima qualquer outro ente ou elemento dentro do Direito, por ser fundamento que legitima a existência da Ciência.

Juridicamente, são visíveis as características próprias do que é ser coisa e do que é ser pessoa, diferença contemplada na delimitação do conceito de sujeito de direito.

3.4.2.1 *Os escravos e os estrangeiros*

Historicamente, é possível constatar que nem sempre o simples fato de pertencer à espécie humana e ter nascido com vida atribuiu ao homem o *status* jurídico de pessoa. Nesse ponto, a História pode mostrar a negação do valor ontológico do ser humano, a objetificação da pessoa, a equiparação do homem à coisa.

Registros históricos das primeiras manifestações do direito romano apontam apenas para a proteção aos pais de família de Roma, o que excluía três categorias de pessoas, os escravo, os estrangeiros e o indivíduo autônomo que não é detentor do *status* de “pai da família”²⁶¹. A idéia de pessoa, como sujeito de direito, no direito romano antigo estava cingida à referida condição.

A existência de uma relação de pertença à raça humana não foi capaz de impedir a concessão do tratamento jurídico e social do escravo como coisa. As construções jurídicas, explicitamente a romana, não atribuíram a ele o referido *status*, o que culminou, até hoje, nos questionamentos a respeito da sua real natureza²⁶².

Registra-se, hoje, discussão a respeito da verdadeira condição jurídica dos escravos em

²⁶¹ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Portugal, Porto: Rés-Editora, 1991, p.92-94.

²⁶² Sobre o assunto: “Na lei civil, embora fosse o escravo considerado predominantemente *res*, objeto e não sujeito de direito, a oscilação dos textos legais e da jurisprudência em relação ao assunto, as frequentes referências ao direito romano, ao direito canônico e ao direito natural demonstram o acerto da opinião segundo a qual desconheceu-se sempre a legitimidade jurídica da escravidão, vendo-a como algo contrário à natureza humana e estranha às relações de direito” (WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.393).

tempos progressos. Nota-se que fatos históricos do direito romano apontam para a sua descaracterização como um sujeito de direito, considerando a ausência das prerrogativas mínimas de liberdade e autonomia e cidadania²⁶³.

No entanto, outros registros relatam a prevalência da presunção da liberdade contra regras do direito de propriedade²⁶⁴, o que evidencia a dificuldade em se identificar o seu verdadeiro *status* jurídico. Tal contradição atesta as diferenças de padrões culturais e políticos, dominantes em momentos históricos distintos, que mostram tendências contrapostas, ligadas a pressupostos éticos, religiosos, morais, mas, também, privatistas, individuais e econômicos. Por isso, é delicada a tarefa de determinar qual era verdadeiramente a natureza jurídica do escravo em tempos anteriores.

O escravo, do ponto de vista civilista, não participava dos atos da vida civil por estar privado de qualquer capacidade. Sendo civilmente incapaz, conseqüentemente, não tinha direitos civis e nem políticos, não constituía família, sob o ponto de vista jurídico, mas tão somente uniões de fato²⁶⁵.

Também, em épocas antigas, os estrangeiros não foram reconhecidos com titulares de direitos pelos sistemas jurídicos²⁶⁶. A posição dos estrangeiros como sujeitos de direito constituiu-se como uma conquista gradativa em matéria de Direito civil, cujo principal avanço foi a consolidação do princípio da reciprocidade entre os povos²⁶⁷.

No direito romano antigo, havia a tendência de celebrar acordos para a aplicação das leis de Roma aos homens de cidades estrangeiras. Um dos primeiros passos de consolidação dessa postura se deu quando juristas reconheceram a existência do “direito das gentes”,

²⁶³ Cf. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.29.

²⁶⁴ Sobre o escravo, José Carlos Moreira Alves entende que “sua condição jurídica (res) perdura por toda a evolução do direito romano, mas com atenuações gradativas, pois não era possível negar-se que ele era um homem. Já no direito pré-clássico, o escravo podia participar de cultos domésticos e públicos; ser membro – e até ocupar cargos de direção – de corporações religiosas, desde que tivesse o consentimento do dono. No direito clássico, entre outras atenuações, o escravo, em certos casos, podia ser utilizado pelo proprietário para, em nome deste, contrair obrigações ou adquirir direitos; dos contratos que celebrasse, em seu próprio nome, resultavam obrigações naturais; e, no processo extraordinário, que surge no início do principado, admite-se a capacidade processual do escravo. No direito pós-clássico, finalmente, intensificam-se as disposições dos imperadores, de proteção ao escravo contra o rigor das punições de seus donos” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.100-101).

²⁶⁵ WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.383.

²⁶⁶ Sobre o assunto, ver GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

²⁶⁷ WALD, Arnaldo. *Direito civil: Introdução e parte geral*. Com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. 9.ed. rev., ampl.e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p.117-118.

válido para todos os estrangeiros²⁶⁸. Independentemente disso, o tratamento conferido aos estrangeiros não se equiparava ao tratamento jurídico atribuído às pessoas pertencentes a um determinado local.

3.4.2.2 A ética biocentrista e os animais não humanos

Parte considerável da doutrina ambiental vem refletindo, constantemente, sobre a propulsora necessidade de se adotar o paradigma biocêntrico, por compreender o valor do fenômeno “vida”, seja ela atributo da espécie humana ou não. Seguindo essa trilha, estudiosos de várias partes do mundo²⁶⁹ apontam para o dever de modificar o tratamento jurídico dado aos animais ou a determinadas espécies de animais não humanos, considerando evidências científicas que demonstram o afastamento da natureza de coisa, posição adotada por vários Ordenamentos, ao longo do tempo.

David Favre entende que os interesses dos animais, independentemente de sua natureza jurídica, podem ser protegidos e levados a juízo, através do seu respectivo dono²⁷⁰. Tal assertiva pauta-se na idéia de que se deve resguardar aos animais determinadas prerrogativas, que são eminentemente direitos.

Tais questionamentos desembocam na conclusão de que a proteção esboçada pela visão antropocêntrica e tradicional é centrada na vida do homem e não no valor intrínseco e ontológico de tudo o que é ser vivo, de tudo que representa uma forma de vida. “O sistema utilitarista, que reduz a natureza a um elemento a ser usado (e abusado), se aproveita da diversidade entre as espécies para justificar, nas suas diferenças, a exploração humana sobre os outros seres”. Logo, “uma das características da ética antropocêntrica é a não-atribuição de relevância ética a tudo que atuasse em objetos não-humanos.”²⁷¹. Pensar de forma exclusivamente antropocêntrica é posicionar a espécie humana em alto relevo na planilha das proteções conferidas pelo Direito, de modo a ignorar a relevância das demais espécies que integram a biosfera.

²⁶⁸ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Portugal, Porto: Rés-Editora, 1991, p.96-97.

²⁶⁹ Nesse caminho, os autores David Favre e Steven Wise.

²⁷⁰ Cf. FAVRE, David. *Judicial recognition of the interests of animals-a new tort*. Michigan State Law Review, 2005.

²⁷¹ CASTRO, Ariadne Mansu de. *Antropocentrismo, Biocentrismo e Direito dos Animais*. Disponível em: <<http://www.ceneducursos.com.br/antropocentrismo-biocentrismo-direito-animais.html>>. Acesso em: 20 nov. 2008, p.1.

A discussão sobre a adequada proteção aos animais não humanos passa pela análise do especismo, termo criado para determinar um paralelo entre nossas condutas perante as demais espécies e as atitudes racistas, pois ambas representam comportamentos parciais ou preconceituosos em favor dos interesses e benefícios dos membros do nosso próprio grupo em relação aos interesses dos membros dos demais grupos.²⁷² A refutação da possibilidade de se estender aos animais direitos do homem é respaldada por idéias de liberdade, moralidade, racionalidade e determinismo.

Tal entendimento é pautado na idéia de que apenas a espécie humana é dotada de razão e alma, conforme preconizou ao longo dos tempos as doutrinas cristãs, sendo, portanto, digna de proteção diferenciada. Esse tratamento *sui generis* deriva da idéia de que “além do corpo físico (*soma*) e da vida (*anima*), o homem racional possui um terceiro elemento que o diferencia das demais espécies: um espírito independente do corpo e detentor de atributos como a inteligência, a razão, a consciência, o pensamento e a vontade”²⁷³.

Estudiosos do tema, em todo o mundo, apontam para uma questão crucial quando se tenta construir o tipo de proteção adequada aos animais não humanos: a idéia proposta pela teoria da evolução de Darwin. “Com efeito, a grande revolução ‘darwiniana’ foi provar que as diferenças entre os homens e os animais são apenas de grau, e não de categoria, e que homem, portanto, não ocupa nenhum local privilegiado na ordem de criação”²⁷⁴. Seguindo esse liame, os animais, ainda que destituídos de personalidade, podem titularizar direitos e serem representados em juízo²⁷⁵.

Assim, esse entendimento é explicado considerando o fato de que, na ordem de criação, não há justificativa que diferencie categoricamente os homens e os animais não humanos, as diferenças são esclarecidas pela perspectiva evolucionista, pelo fato de que um, na escala evolutiva, se encontra em grau mais desenvolvido que o outro.

Nessa ótica, começa a surgir a noção de que a atribuição de proteção jurídica a espécies não-humanas não se deva à sua utilidade para os homens, mas sim ao reconhecimento de seu valor próprio. E, a partir dessa compreensão, pode-se inclusive defender-se a idéia não apenas de uma proteção jurídica aos animais (que apesar de válida, traz agregada a si uma conotação ainda passiva, que encerra nos animais a marca de entes protegidos), mas sim de direitos dos animais (que denota maior empoderamento dos demais seres vivos, agora como verdadeiros titulares de direitos, oponíveis aos homens)

²⁷² SINGER, Peter *apud* SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, n.36.

²⁷³ SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, n.36, p.88.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.89.

²⁷⁵ *Ibidem*.

Uma postura biocentrista preconiza uma nova consciência a respeito do valor ontológico da vida, seja qual for a sua forma de manifestação. O biocentrismo aponta para a formação de uma tutela justa, onde reste preservada a existência do meio ambiente e de todos os seres que dele fazem parte, incluindo vegetais e animais, humanos ou não.

O entendimento doutrinário que postula a colocação do animal como titular de direitos fundamentais básicos baseia-se, também, na necessidade de se admitir que alguns entes despersonalizados, conforme dispôs a lei, são detentores de direitos e obrigações civis, e, portanto, não dependem da aquisição do *status* de pessoa. A atribuição da condição de sujeito de direito a animais não humanos parte do valor ontológico da vida, mas, também, de estudos científicos sobre as características e nuances desses animais.

Sem prejuízo do valor da necessidade de uma reflexão sobre o assunto, não se busca, aqui, reflexão maior em torno dos possíveis argumentos que colocam animais não-humanos no rol dos sujeitos de direitos. Sem dúvida, os argumentos que fundamentam tal posicionamento doutrinário passam por uma análise que desconstrói a visão especista naturalmente dominante em qualquer ordem jurídica. Adianta-se, no entanto, que tais fundamentos são eminentemente distintos dos que incidem na reflexão da possível atribuição do referido *status* jurídico aos estágios iniciais da vida humana, ainda que, aqui, se esteja invocando um argumento essencialmente especista.

Parece que a teoria sobre a colocação de determinados animais²⁷⁷ como sujeitos de direito implica na sua condição de pessoa no Ordenamento jurídico, por crer na existência de fundamentos que autorizam essa implicação. Sem prejuízo disto, cumpre reafirmar que a justificação para a atribuição da condição de sujeito de direito a determinados animais abre mais uma porta para a reflexão sobre o real conceito dessa condição *versus* o conceito de pessoa. Essa discussão, hoje mundialmente crescente, é, na verdade, mais uma forma de avaliar se todo sujeito de direito é, necessariamente uma pessoa.

3.4.3 A dignidade da pessoa humana

²⁷⁶ CASTRO, Ariadne Mansu de. *Antropocentrismo, Biocentrismo e Direito dos Animais*. Disponível em: <<http://www.ceneducursos.com.br/antropocentrismo-biocentrismo-direito-animais.html>>. Acesso em: 20 nov. 2008, p.2.

²⁷⁷ A exemplo, os primatas.

A análise da importância da dignidade, como um valor jurídico, neste trabalho, tem como ponto de partida o fato de que, na atualidade, vive-se uma corrida tecnocientífica, resistente, *a priori*, de controles sociais, cujo fundamento está arraigado no ideal de benefício à espécie humana. O panorama da investigação do sentido de dignidade, então, parte da constatação de uma realidade biotecnológica, que propiciou, inclusive, o surgimento de uma pretensa, ou possível, categoria de sujeito de direito, que é o embrião em estado de pré-implantação uterina.

O movimento biotecnológico ou tecnocientífico esbarra no ideal jurídico de dignidade humana. Conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana foi considerada, expressamente, fundamento da República. É necessário compreender porque tal propósito constitucional mantém estreita relação com a discussão em torno do conceito de sujeito de direito.

Antes de ser um princípio que fundamenta o Estado democrático de Direito, a dignidade é, em verdade, o reconhecimento de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede o próprio Ordenamento jurídico²⁷⁸. É, pois, uma condição pré-jurídica pressuposto do próprio Direito.

De fato, como uma qualidade intrínseca do ser humano, a dignidade é o elemento que o qualifica e o reconhece e dele não pode ser apartado. Não se pode cogitar a possibilidade de que alguém titularize uma pretensão cujo pleito seja a concessão da dignidade, uma vez que ela é, naturalmente, própria do ser humano. Logo, como qualidade integrante do ser humano, “pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo [...] ser criada, concedida ou retirada [...], já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente”²⁷⁹. Essa condição de inerência à existência humana é parte da dimensão ontológica da dignidade, posto que é incondicionada e independente de qualquer outro atributo.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma, ainda, que mesmo de que a dignidade seja condição inerente a cada indivíduo, não se pode desconsiderar a dimensão comunitária desta mesma dignidade,

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v.35, jul./set. 2008, p.101.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p.216. Sobre o tema, a partir de uma visão mais aprofundada, ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa Humana e direito fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

considerando o reconhecimento da igualdade entre os homens por meio dos direitos. Assim, “a própria dimensão ontológica da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto de intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores [...] socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas”²⁸⁰.

A agregação da perspectiva relacional e intersubjetiva da dignidade contribui para a superação eminentemente especista ou biológica, manifesta na sua dimensão ontológica, para permitir uma ampliação e melhor compreensão do seu conceito. A dimensão ontológica da dignidade, dessa maneira, não deve ser aferida exclusivamente pela sua natural condição inerente ao homem, mas também pelo caráter relacional do ser humano, inserido em comunidade e destinatário de direitos e garantias.

A inserção do referido fundamento no texto constitucional assenta na necessidade de admitir que o homem é a razão e o fim para o Direito, não podendo ser encarado como meio ou objeto para consecução de quaisquer objetivos. A fidelidade a essa perspectiva culmina na constatação de que o Estado está a serviço do homem, sendo aquele um meio, uma forma de garantir e preservar a existência da vida. Se o Estado está a serviço do homem, o homem, e toda a sua significação ontológica é fundamento para a existência desse Estado. O reconhecimento dessa significação ontológica se dá pela elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático.

É notória que a determinação da extensão e do conteúdo do princípio da dignidade é uma tarefa delicada, impregnada de pormenores que podem ser identificados na prática, quando há choques entre direitos fundamentais, ou mesmo, entre princípios constitucionais. As incursões a respeito da delimitação conceitual da dignidade são inúmeras, não sendo objeto do presente trabalho. Busca-se, no entanto, identificar a medida da ligação desse princípio com fundamentação da construção teórica dos sujeitos de direitos pela legislação, mais significativamente, pela legislação civil.

Roberto Andorno entende que a dignidade da pessoa deve ser compreendida no sentido ontológico, como uma qualidade inseparável do homem e uniforme para todos os que pertencem a essa espécie. Para ele, a idéia de dignidade deve ser associada à incomunicabilidade, unicidade e impossibilidade de reduzir o homem a um simples número.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2007, p.220.

Ela é, sobretudo, um valor inerente à simples existência humana²⁸¹.

A colocação do referido princípio na Constituição não é um mero exercício retórico do legislador, sendo uma norma constitucional, e, como tal, é vinculante. Se é, antes de tudo, um valor que antecede o direito, além de ser fundamento da República, constitui-se como um valor supremo dentro do sistema jurídico. Sendo assim, o princípio detém um componente ético-jurídico inafastável que subordina todo o Direito, inclusive, o Direito Civil. Tal valor impõe a releitura de institutos com vistas a manter essa perspectiva: as relações entre particulares devem subordinar-se à premissa do respeito à pessoa do outro²⁸².

O sentido da dignidade, como fundamento de uma ordem jurídica, está na diferenciação entre o homem, sujeitos de direitos, e as coisas, objetos de direitos. Esse pilar fundamental qualifica o ser humano, colocando-o no centro do Estado e do Direito. A análise da legislação propiciará identificar a exata medida da proteção do ser humano em face das diferentes fases da vida em desenvolvimento.

3.5 O CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO

Antes de se revelar como noção jurídica, sujeito de direito é, também, uma noção histórica, portadora de uma libertação que postulou a ruptura de relações tradicionais que constrangiam o homem²⁸³. A história da vida humana carrega os contornos delicados da falta de respeito às garantias que são pressupostos para a continuação dessa própria existência. O desvelamento do sentido de ser sujeito de direito se dá pela constatação de que não há maior valor, em qualquer ordem jurídica, do que a pessoa, o homem, o ser humano primordialmente considerado. A anatomia do conceito de sujeito de direito passa pela constatação ontológica de que qualquer sistema jurídico deve elevar o ser humano à mais alta qualificação, à mais completa e minuciosa tutela. De fato, o sentido de ser sujeito de direito tem início na idéia de ser humano, de pessoa de homem, como uma realidade singular, pressuposto de qualquer construção teórica.

²⁸¹ ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona. Versión española del propio autor*. Madrid: Tecnos, 1998, p.57.

²⁸² FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v.35, jul./set. 2008, p.103.

²⁸³ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.120.

Pois bem. A experiência e a finitude, consideradas por Gadamer²⁸⁴ como pontos centrais do processo do compreender, pressupõem a observância da historicidade, que culmina na construção da consciência histórica, indispensável à investigação das noções que concorreram para construir o conceito de sujeito e, conseqüentemente, de sujeito de direito. É ao longo do tempo que estão fincadas as raízes de tudo que aconteceu e correu para a noção sobre o que se entende por sujeito de direito. Na tradição, pode-se encontrar o fundamento do que dispôs a dogmática, ao construir, na atualidade, o pensamento e um discurso jurídico sobre o assunto. Eis a inter-relação do passado com o presente, própria do ato de compreender.

Dentro da atividade compreensiva, percebe-se que os preconceitos ou concepções prévias podem ser revisados e reabilitados, em prol de que somente sejam relevados os que são pertinentes à compreensão. O acolhimento ou a refutação de um preconceito ocorre mediante a análise da distância temporal. A temporalidade filtrará a incidência dos preconceitos, para que, a partir de uma fusão de horizontes – entre passado, presente e futuro – possa-se ser processado o ato compreensivo. É dessa maneira que deve ser encarada a construção do conceito de sujeito de direito²⁸⁵.

A busca pelo fundamento do conceito dogmático não deve esconder o quê de histórico que a temática traduz. Para que o homem alcançasse o *status* em questão, vários caminhos foram perseguidos, alguns paradigmas foram desconstruídos. A transformação do homem em sujeito de direito, como razão e fundamento para uma ordem jurídica, é, antes de tudo, uma transformação de consciência, um movimento de racionalidade colimado de valores e de necessidades primordiais que sobrepuseram interesses de outras ordens. Historicamente, é notória a presença de acontecimentos que, quando agregados, evidenciam a formação do que se entende, hoje, por sujeito de direito numa ordem jurídica. O vilipêndio ao valor ontológico do homem, no decurso da História, também pode ser encarado como fator propulsor para a tomada de consciência sobre a necessidade de repensar essa conduta. O mau trato à pessoa, através, também, da negligência das ordens jurídicas e das normas morais, pode ser percebido quando se analisa a extensão de catástrofes históricas, acontecimentos lamentáveis no curso dos tempos que destruíram seres humanos.

O marco que representou, de forma efetiva, essa ruptura com a forma de tratar a espécie humana foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, expressão concreta de um

²⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

²⁸⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

posicionamento jurídico e universal a respeito da necessidade de preservar garantias mínimas à manutenção da vida. A consciência sobre a urgência da preservação de direitos próprios do homem é produto da filosofia moderna, surgida no século XVII²⁸⁶.

O sujeito de direito, como expressão do individualismo jurídico, vem estruturado no Código Civil pelo delineamento da necessidade de uma profunda transformação no seu conceito²⁸⁷. Essa mudança se dá em nome de um sujeito “repersonalizado”, inserido numa perspectiva coletiva, em prol de uma igualdade para todos. Assim, como visto no tópico específico sobre o conceito de pessoa, o conceito de sujeito de direito também deve ser trabalhado dogmaticamente a partir do viés ontológico, da carga valorativa que se mantém presente na sua significação.

O uso protraído da idéia de pessoa (aquele que representa o papel) gerou a idéia de sujeito (aquele dotado de dignidade, autor e senhor de seus atos), emprestando, na sequência da evolução cultural de seu sentido semântico, o conteúdo substancial de outros conceitos intimamente ligados à natureza do homem, o viver, o mover e o existir da criatura humana²⁸⁸.

Como foi visto, o “nascimento” do sujeito de direito na legislação e na dogmática civil brasileira se deu naturalmente imbricado com a idéia de pessoa. A revelação do conceito de pessoa se dá pela afirmação daquilo que a diferencia dos demais entes dentro do mundo jurídico – o único ser que detém personalidade civil, e que titulariza direitos.

Doutrinadores clássicos, como Pontes de Miranda, construíram o conceito sobre sujeito de direito, partindo do pressuposto da equiparação ao significado da pessoa. “Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja “direito”. Dessa maneira, “se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo”²⁸⁹.

Anteriormente, verificou-se que as revelações históricas sociais evidenciaram que na Antiguidade certos seres humanos não eram considerados pessoas, por deterem a condição de escravo, o que, conseqüentemente, demonstrou que nem todo homem era considerado um

²⁸⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.137.

²⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.15-17.

²⁸⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.269-270.

²⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.153.

sujeito de direito. Hoje, é evidente que essa possibilidade foi substancialmente afastada pelos Ordenamentos jurídicos, considerando a clara idéia de que os seres humanos, sob qualquer circunstância, não podem ser tratados como coisa.

Nos moldes dogmáticos, conforme Orlando Gomes, “sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres”²⁹⁰. Francisco Amaral entende que sujeito de direito é o elemento subjetivo das relações jurídicas. É o participante da relação que é titular de direitos e deveres, que podem ser pessoas físicas ou naturais, os seres humanos, ou pessoas jurídicas, grupos de pessoas reunidas para determinados fins. Os animais não são sujeitos de direito, são, então, coisas, passíveis de apropriação²⁹¹. Hans Kelsen relata que a teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa, de modo que esta seria o homem enquanto sujeito de direitos e deveres²⁹². Clovis Bevilacqua entende que “sujeito de direito é o ser, a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito”²⁹³. Francesco Carnelutti afirma que “os sujeitos são e não podem deixar de ser pessoas, nem de outra maneira podem ser considerados”²⁹⁴.

A discussão em torno do real conceito de sujeito de direito passa pela ordem constitucional que realocou valores e princípios, impondo uma nova consciência ao sistema jurídico de direitos privados. A reconstrução dos conceitos e institutos jurídicos do direito civil passa a possibilitar o reflexo de tais valores e princípios nas relações intersubjetivas, firmando-se como um novo paradigma, uma nova maneira de pensar e construir o direito privatista²⁹⁵.

O movimento de constitucionalização profunda do direito civil é marcado pela valoração ontológica da pessoa humana. A nova tarefa do direito privado é tutelar valores merecedores de proteção, pois a última razão do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si²⁹⁶.

Nesse contexto, o indivíduo já não é pensado sob o manto de fidelidade à perspectiva patrimonial, ele é, necessariamente, o fundamento de todo o Ordenamento, a razão para a

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.142.

²⁹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.211.

²⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.191.

²⁹³ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1929, p.64.

²⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva & C. A. Editores, 1942, p.215.

²⁹⁵ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.2.

²⁹⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.32.

existência do Direito.

Pois bem. Na doutrina dominante, percebeu-se evidente a vinculação de tal conceito ao conceito de pessoa, de modo que somente às pessoas deveria ser atribuída a condição de sujeito de direitos. Passa-se, agora, a identificar os motivos que possibilitam essa desvinculação.

A reflexão sobre o que é um sujeito de direito tem como ponto inicial o impasse que envolve a natureza jurídica dos entes despersonalizados, que, de fato, conforme o Ordenamento jurídico, titularizam direitos e deveres. Essa titularidade gera questionamentos em torno do condicionamento da aquisição da condição de sujeito de direito à existência da personalidade, atributo exclusivo da pessoa.

A partir disso, surgem outros posicionamentos na doutrina. Marcos Bernardes de Mello afirma que sujeito de direito é todo ente o qual o Ordenamento jurídico atribuiu capacidade de direito e que, por isso, detém titularidade como sujeito ativo ou passivo ante a uma relação jurídica de direito material (por titularizar um direito ou um dever) ou de direito formal (como parte no processo), ou simplesmente ante a alguma situação jurídica²⁹⁷.

Esse conceito implica no fato de que ser pessoa não constitui uma condição essencial para aquisição da condição de sujeito de direito, donde decorre a afirmação de que determinados entes podem ser titulares de direitos mesmo não sendo pessoas. Ainda, extrai-se dessa concepção o fato de que a condição “sujeito de direito” não deve apenas se referir à titularidade de direitos, mas, também, refere-se aos deveres ou a qualquer situação jurídica que possa envolver o ente, mediante uma relação. A condição de sujeito de direito não se restringe às situações de direito material, abrangem também o direito processual.

Se o homem passa a ocupar uma posição fundamental dentro do sistema jurídico, a idéia sobre sujeito de direito deve refletir esse paradigma, o que conduz à reflexão sobre a real necessidade de apego à condicionante dogmática da personalidade. Em seção posterior, no último capítulo, passar-se-á à identificação dos critérios científicos que devem incidir para a aferição da condição de sujeito de direito.

Ao construir a noção de personalidade, a ordem jurídica a faz com base na idéia sobre pessoa. Ainda que possa se perceber que pessoa é também uma construção jurídica, antes disso, é um dado pré-normativo (que é ontológico e axiológico), existia antes da construção explicitada na

²⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.125 *et seq.*

dogmática. A partir daí, identifica-se a necessidade de não se confundir a idéia de sujeito de direito com a idéia de personalidade, que partem de premissas distintas e têm funções distintas²⁹⁸. Deve-se buscar, então, os motivos que autorizam a compreensão dessa diferenciação. No mesmo percalço, afiguram-se os motivos que justificam a necessidade de partir para a diferenciação entre a idéia de pessoa e sujeito de direito²⁹⁹, possibilitada pelo disposto no art. 2º do Código Civil, que atribuiu direitos ao nascituro, tornando-o titular de direitos, mas negou-lhe personalidade, afastando-lhe a condição de pessoa.

Traçados tais motivos, pode-se concluir que ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direitos, também de deveres ou envolvido numa situação jurídica, independentemente de se ter adquirido personalidade e gozar do *status* de pessoa³⁰⁰.

3.6 O VALOR ONTOLÓGICO DE SER SUJEITO DE DIREITO

Passa-se a avaliar o significado ontológico de ser sujeito de direito. Para tanto, inicialmente, tem-se que estabelecer um aporte epistemológico entre a ciência do direito e os demais saberes, a fim de que se possa identificar como o saber jurídico se relaciona com outras perspectivas, sejam elas científicas ou não.

A discussão sobre o valor ontológico do sujeito que titulariza direitos está ligada,

²⁹⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.41.

²⁹⁹ Sobre essa questão, discorre Cláudio Henrique Ribeiro da Silva: “Seria cômico, se não fosse quase trágico, o debate em que se perderam e ainda se perdem os autores, sobre a existência ou não da personalidade no nascituro. O nó górdio desta questão, que parte sempre da premissa de que só as pessoas são sujeitos de direitos (equiparação), reside na impossibilidade de aceitar o inegável fato de que o sistema atribui direitos aos nascituros (art. 2º, segunda parte, CC/2002; e art. 4º, segunda parte, CC/1916) no mesmo artigo do Código Civil em que lhes nega a personalidade. Como conciliar tais dispositivos sem atribuir direitos a quem não tem personalidade? Não sabemos. Não reconhecemos, em todo o ordenamento, dispositivo mais claro no sentido de estender a qualidade de sujeito de direitos a um ente despersonalizado. Diz, literalmente, não só que quem não nasceu não é pessoa, mas também reafirma que, ainda assim, (não sendo pessoa) tem seus direitos reconhecidos. Mas, como o dogma da equiparação (pessoa = sujeito de direitos) já houvesse se estabelecido entre os doutrinadores, dividiram-se estes entre os que conferiram personalidade ao nascituro (já que tem direitos), e os que tentaram, através de categorias jurídicas gerais (condição), explicar que o nascituro não tinha direitos, mas apenas expectativas ou direitos sob condição suspensiva” (SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. *Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7312>>. Acesso em: 05 abr. 2009, p.3).

³⁰⁰ Esse é o entendimento de MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. Cumpre também esclarecer que José de Oliveira Ascensão entende que “sujeitos são aqueles a quem são atribuídas posições, activas ou passivas, em situações jurídicas” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria geral*. v.1. Introdução. As pessoas. Os bens. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.134).

automaticamente, ao também valor ontológico do homem, fincado numa perspectiva gnoseológica, própria da natureza humana, parte da realidade da existência de toda forma de vida no planeta, considerando a ausência de explicações científicas para os enlaces e nuances que esclarecem, minuciosamente, essa existência.

O estudo do objeto jurídico acontece de forma ordenada e apresenta realidades distintas, partindo de uma realidade metafísica ou gnoseológica, abrangendo a teologia, a antropologia, a ciência política e muitas outras áreas do conhecimento humano. Essa perspectiva interdisciplinar não pode deixar de ser considerada pelo Direito. O discurso jurídico nasce, naturalmente, impregnado por conhecimentos extrajurídicos, partes de uma realidade científica distinta ou não científica.

A incidência de diversos conhecimentos na construção do conhecimento jurídico implica na afirmação de que o Direito não pode definir o conceito de sujeito de direito sem que esta realidade esteja presente. O mesmo ocorre com a definição do conceito de pessoa, que não pode acontecer mediante uma única perspectiva: a biológica, antropológica, teológica ou qualquer outra. A estrutura epistemológica do conceito de sujeito de direito pressupõe conhecimentos que não são essencialmente jurídicos e contemplam vicissitudes distintas.

A reflexão sobre o conceito ideal de sujeito de direitos pressupõe a revisitação das questões apontadas pela doutrina como inerentes à essa construção, são os institutos da personalidade e capacidade jurídica.

3.7 A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Viu-se que, dentro do sistema jurídico, é dificultosa a tarefa de separar, de forma esquematizada, as noções de pessoa, personalidade e sujeito de direito. Na dogmática civilista tradicional, elas se apresentam intrinsecamente, pois, para ser pessoa, é necessário adquirir personalidade, e, para ser sujeito de direito, é necessário ser pessoa³⁰¹.

Tais afirmações permeiam esse trabalho dissertativo, pois coadunam a necessidade de avaliar a disciplina jurídica do nascituro ou feto e do embrião, a fim de verificar se o direito positivo

³⁰¹ Esse é o entendimento da maioria dos autores clássicos do Direito Civil. (MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975).

os trata, em algum momento, como sujeitos de direitos, independentemente da sua condição de ente despersonalizado.

Antes de adentrar à análise jurídica, atenta-se para o fato de que o estudo da personalidade é também traçado por uma abordagem psicológica. Sem prescindir dos diferentes caminhos, é imperioso ressaltar a influência direta do viés psicológico na construção teórica da personificação jurídica. A lei, quando determinou os requisitos para aquisição da personalidade, imbuu-se de critérios originados também das teorias psicológicas³⁰². Juridicamente, há um sentido próprio para a personalidade, sentido este que sofreu influência da psicologia, incumbida de estudos aprofundados sobre a questão.

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ser elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica³⁰³.

Na doutrina clássica e tradicional, é possível perceber a influência da personalidade psíquica, revelada pelo atributo da consciência, na construção da personalidade jurídica, uma vez que o direito civil estabeleceu “uma categoria jurídica abstrata a que designou por pessoa natural, em cujo enquadramento encontra-se a condição necessária para que os seres humanos sejam considerados sujeitos de direito”³⁰⁴.

Para Clóvis Beviláqua, “o conjunto dos direitos ou meramente possíveis, das faculdades jurídicas atribuídas a um ser, constitui personalidade”. Pessoa é “o ser a que se atribuem direitos e obrigações”. Personalidade é “a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”³⁰⁵.

Conforme relatos anteriores, para a maioria dos autores clássicos, como Clovis Beviláqua,

³⁰² Sobre o assunto, deve-se consultar livros sobre psicologia jurídica. Pontes de Miranda trata da influência da psicologia na noção de personalidade e na confusão dos conceitos voltados ao indivíduo e à pessoa. (MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Ensaio de psicologia jurídica. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p.126-127).

³⁰³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, p.71-72.

³⁰⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.39.

³⁰⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op.cit.*, 1975, p.70-71.

Pontes de Miranda e Teixeira de Freitas, a personalidade jurídica é o atributo que possibilita o reconhecimento do ente como sujeito de direito. Desse conceito, é possível extrair dúvidas sobre o critério para a aquisição do referido *status*, considerando a possibilidade de que entes não possuidores de personalidade titularizam direitos e participam de relações jurídicas.

Pontes de Miranda afirma que ter personalidade é o mesmo que ter capacidade de ter direitos. “Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações, e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. Diferente é a capacidade de ação [...]”.³⁰⁶ Logo, é possível perceber a confusão entre os conceitos de personalidade e de capacidade jurídica. “A personalidade é a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade”³⁰⁷.

Numa perspectiva de direito comparado, percebe-se que, para aquisição da personalidade jurídica, na França e na Holanda, o nascimento com vida não é suficiente, é necessário que o recém-nascido seja viável, ou seja, tenha aptidão para a vida. O direito civil espanhol exige que o nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas. Na Argentina e na Hungria, a personalidade se dá desde o momento da concepção³⁰⁸.

Conforme o art. 2º do Código Civil brasileiro, para o começo da personalidade, exige-se o nascimento com vida. No entanto, conforme Orlando Gomes, a ordem jurídica admite a existência da personalidade em casos onde a referida exigência não se verifica. “O processo técnico empregado para esse fim é o da ficção. Ao lado da personalidade real, verdadeira, autêntica, admite-se a personalidade fictícia, artificial, presumida”³⁰⁹. Acrescenta o autor que “são casos de personalidade fictícia: 1º, a do nascituro; 2º, a do ausente; 3º, a pessoa cuja possibilidade de vir a existir é admitida para aquisição de direitos”³¹⁰.

O cerne da discussão sobre o critério científico necessário à aquisição do *status* de sujeito de direito está na investigação do sentido de personalidade. Primeiro, para investigar se entes que não são pessoas receberam personalidade fictícia do Ordenamento porque titularizam determinados direitos. Segundo, para avaliar se a aquisição destes direitos está mesmo

³⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.155.

³⁰⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.232.

³⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. v.1. 25.ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n.267/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p.197.

³⁰⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.143.

³¹⁰ *Ibidem, loc.cit.*

condicionada à necessidade de recebimento do atributo jurídico da personalidade. Ou seja, é necessário avaliar qual é o critério científico usado pelo Ordenamento para que um ente possa ser considerado um sujeito de direito.

A possibilidade de atribuição fictícia de personalidade não implica na afirmação de que os possuidores desta adquiririam natureza de pessoa, mas que, simplesmente, têm protegidos determinados interesses pelo Ordenamento. “Estas ficções atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu”. Assim, “trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses³¹¹.”

Assim, segundo Orlando Gomes, o reconhecimento de direitos a entes que não são pessoas é possibilitado pela concessão de uma personalidade de cunho fictício, o que, de fato, resulta na constatação de que tais entes também são sujeitos de direitos, na medida em que os titularizam, ainda que de forma não plena. Questiona-se, então, se a aquisição da personalidade jurídica é o critério científico usado pela lei para que um ente possa ser considerado um sujeito de direito.

A aquisição de personalidade por entes que não atendem aos requisitos definidos por lei, como no caso do nascituro e da prole eventual, afronta o disposto no art. 2º do Código Civil. Segundo ele, a personalidade jurídica da pessoa somente começaria a partir do seu nascimento com vida. Disso resulta, não haver legitimidade científica na concessão de personalidade a entes não nascidos, considerando o fato de que, mesmo sem ela, eles podem titularizar direitos.

Assim, cumpre também avaliar se a concessão de direitos, ainda que alguns em específico, condiciona-se à aquisição da personalidade. Sendo ela um atributo específico da pessoa, conforme dispôs a lei, questiona-se o porquê da sua necessidade para que entes como o nascituro, o embrião e os grupos humanos despersonalizados possam gozar de direitos. No capítulo subsequente, será avaliada a medida da proteção e, conseqüentemente, dos direitos de cada ente, a fim de que se possa chegar à conclusão se a lei realmente adotou a incidência da personalidade como condicionante para a aquisição de direitos e para possibilidade de exercício de determinadas prerrogativas.

Deve-se, também, avaliar se a conferência de determinados direitos pela lei a entes

³¹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.143.

despersonalizados os coloca na posição de sujeitos de direito, ou, se sujeitos de direitos são apenas os entes que titularizam todas as prerrogativas conferidas às pessoas, seres que nasceram com vida, ou foram devidamente constituídas mediante instrumento específico (a pessoa jurídica), e possuem personalidade reconhecida pela lei.

Da leitura da lei, afirma-se, definitivamente, que a personalidade é atributo conferido pelo Direito às pessoas, naturais ou físicas e jurídicas, excluídos desse rol o nascituro, a prole eventual e o embrião concebido e mantido em laboratório. No último capítulo, quando da abordagem da desvinculação entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito, voltar-se-á à reflexão sobre a também diferença entre personalidade jurídica, peculiar à pessoas, e capacidade de direito, inerente aos sujeitos de direito.

3.7.1 O início da personalidade do ser humano

Várias discussões permeiam a determinação do momento que se inicia a personalidade do homem. Tais teorias são utilizadas para definir o *status* jurídico do nascituro e serão tratadas, pormenorizadamente, no capítulo seguinte.

O Código Civil brasileiro, no seu artigo 2º, determinou que o começo da personalidade jurídica da pessoa se dá com o seu nascimento com vida. O nascimento com vida é verificado por meio da existência da respiração, onde, para a comprovação, o Direito busca o auxílio da Medicina. O nascimento de uma criança se dá com a sua separação do corpo materno, independentemente da forma do parto. Esse critério é objetivo quanto à verificação. Ocorre o nascimento com vida quando se observa que o pulmão da criança, separada do ventre materno, aspirou ar, fato comprovado por exames periciais médicos, em caso de falecimento posterior.

A verificação da prova de vida extra-uterina pode se dá por métodos médico-legais diferentes. O mais usado é o da docimasia hidrostática de Galeno, baseado na diferença entre o peso do pulmão que respirou e do que não respirou, quando mergulhados na água. O primeiro, com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, flutua, e o segundo, vazio e não penetrado pelo ar, portanto, mais denso, afunda. Se os pulmões sobrenadam, prova-se que houve nascimento com vida e constituiu-se pessoa, no sentido jurídico do termo. O contrário evidencia a existência de um natimorto, considerando não ter havido a respiração, responsável pela prova

da vida extra-uterina³¹².

Conforme o artigo 29, da Resolução n.01/1988 do Conselho Nacional de Saúde, o nascimento com vida “é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”³¹³.

Então, a prova do nascimento se dá quando verificada a entrada de ar atmosférico nos pulmões do nascido. Tal penetração de ar determina a circulação do sangue, o que culmina na afirmação de que o recém-nascido existe independentemente do organismo materno³¹⁴.

Mesmo tendo determinado que a personalidade da pessoa apenas comece com o seu nascimento com vida, o Código previu a salvaguarda dos direitos do nascituro, o que permitiu a eclosão de vários questionamentos em torno da real teoria adotada pelo sistema jurídico. Para a lei, deve-se compreender que o início da personalidade humana só se verifica a partir do nascimento com vida, daí, os questionamentos da real posição dos entes jurídicos desprovidos de personalidade.

Sem prejuízo do que está positivado no Código, depreende-se da discussão que é pertinente o questionamento a respeito da teoria adequada sobre a aquisição da personalidade, agravado pela salvaguarda expressa de direitos a quem, teoricamente, é um ente despersonalizado.

3.7.2 O início da personalidade dos grupos de pessoas associadas

Ante a necessidade de proteger os agrupamentos humanos, constituídos para determinados fins, a norma constrói a figura da pessoa jurídica, atribuindo-lhe personalidade, aptidão para ser titular de direitos e obrigações. A personalização de tais grupos humanos confere a eles o *status* de sujeitos de direitos dentro da ordem jurídica.

A fim de esclarecer a natureza da pessoa jurídica, várias teorias foram elaboradas. A teoria da ficção legal de Savigny entende que só o homem era sujeito de direito e a pessoa jurídica era uma criação artificial da lei para ter certas prerrogativas e exercer certos direitos. A teoria da

³¹² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.16.

³¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução n.01/1988*. 13 jun./1988. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/r01-88.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2009, p. 8.

³¹⁴ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, p.78-79.

equiparação, defendida por Windscheid e Brinz, entende a pessoa jurídica como um patrimônio equiparado às pessoas naturais. Conforme a teoria da validade objetiva ou orgânica, de Gierke e Zitelmann, as pessoas jurídicas têm existência e vontade próprias, tendo por finalidade realizar um objetivo social. Por fim, a teoria das instituições jurídicas, de Hauriou, entende que a personalidade deriva do direito, e pode ser concedida a agrupamentos de pessoas ou de bens que objetivem interesses humanos³¹⁵.

Enquanto a personalidade da pessoa natural tem início a partir do seu nascimento com vida, a personalidade da pessoa jurídica tem início com um ato jurídico ou, simplesmente, a partir da vontade humana. Isto porque, existe grande diferença entre o começo da pessoa jurídica de direito público e o começo da pessoa jurídica de direito privado.

O registro do ato de constituição da pessoa jurídica tem natureza constitutiva (diferentemente das pessoas físicas ou naturais que tem natureza declaratória) por ser um verdadeiro instrumento de reconhecimento de sua personalidade, que inexistia antes disso³¹⁶. A personificação é o processo técnico de reconhecimento da individualidade própria a um grupo de pessoas associadas.

A determinação do termo inicial da personalidade da pessoa jurídica, aqui, cumpre a função de esclarecer a diferença entre esta e a personalidade da pessoa natural. Outros entes despersonalizados, ligados à natureza de grupos humanos, também integram a discussão sobre o conceito real de sujeito de direito dentro do Ordenamento jurídico. No entanto, neste trabalho, a discussão está cingida à espécie humana.

3.8 PERSONALIDADE JURÍDICA, CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO

Dentro da sistemática do direito civil, faz-se necessário atentar para a diferenciação entre a capacidade jurídica ou de direito e a capacidade de fato ou de exercício.

Há doutrinadores que tratam a capacidade de direito e a personalidade como conceitos

³¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. v.1. 25.ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n.267/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p.233. Sobre o assunto, vide ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³¹⁶ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.279.

idênticos. Pontes de Miranda entende que personalidade e capacidade de direito são o mesmo, pois a primeira é a capacidade de titularizar direitos, deveres e obrigações. Há diferença quanto à capacidade de ação ou de exercício.³¹⁷

No entanto, é possível perceber que capacidade de direito ou capacidade jurídica não se confunde com a personalidade. Tal entendimento parte do fato de que a personalidade jurídica é ampla e abrange todo o âmbito geral da vida do direito, enquanto que a capacidade de direito é limitada por constituir em prerrogativa do ente em situações especificamente consideradas.

Marcos Bernardes de Mello entende que capacidade jurídica ou de direito é “a aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica”³¹⁸. Ele afirma que a doutrina usual e tradicional determina que a capacidade jurídica é um atributo exclusivo das pessoas, o que denota um grande equívoco. Para ele, “tal concepção, no entanto, não se coaduna com a realidade do direito atual, uma vez que os ordenamentos jurídicos, para atender a necessidades do tráfico social, imputam a titularidade de direitos, de deveres e de outras situações jurídicas a entes que não são pessoas.”³¹⁹

Esse entendimento parte da constatação de que existem no Ordenamento jurídico brasileiro entes desprovidos de personalidade, portanto excluídos da condição de pessoa, que titularizam direitos, e que, são providos de capacidade jurídica. É o caso do nascituro, da prole eventual, do condomínio, massa falida, espólio e herança jacente. Disso resulta ilógico qualquer tentativa de afirmar que um ente possa ser titular de direitos numa situação jurídica sem que seja juridicamente capaz, porque essa própria incapacidade seria o fator impeditivo para a referida titularidade.

Nem todos os entes são detentores, porém, da capacidade de fato ou de exercício. “Essa capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. Sob esse aspecto entram em conta diversos fatores referentes à idade e

³¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.155. No mesmo sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975. Carlos Alberto Bittar, coadunando com a equiparação dos conceitos de pessoa e sujeito de direito, afirma a vinculação do conceito de capacidade jurídica ou de direito com o conceito de personalidade (BITAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p.91-92).

³¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.98.

³¹⁹ *Ibidem*, p.99-100.

ao estado de saúde da pessoa”³²⁰, limitações concernentes às razões orgânicas e psicológicas. “É portanto a idoneidade para, através de atos próprios ou mediante procurador (representante voluntário), agir juridicamente exercendo direitos e cumprindo obrigações, ou seja, praticar atos da vida civil.”³²¹ A capacidade de fato é a expressão da capacidade de agir por si próprio em todos os momentos da vida.

Se o indivíduo possui tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de fato, detém uma capacidade plena. A ausência da capacidade de exercício ou de fato implica na impossibilidade de praticar alguns ou todos os atos da vida civil por si só, ainda que esse indivíduo possua capacidade de direito. Daí, tem-se indivíduos absolutamente ou relativamente incapazes, conforme a natureza das limitações que o impeçam de exercer pessoalmente seus direitos.

Por fim, é oportuno reafirmar que grande parte da doutrina especializada vincula o conceito de capacidade de direito ao de personalidade jurídica. Esta equiparação contradiz a situação dos entes despersonalizados, que possuem determinados direitos mas não possuem personalidade, conforme dispôs a lei.

³²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001, p.139.

³²¹ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.31.

4 O SER HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITO

Qualquer apontamento sobre a teoria geral do direito civil deve ter como ponto inicial a releitura do conceito de sujeito de direito. Todos os institutos, classicamente elaborados e frutos de entendimentos tradicionais, como o estatuto patrimonial e o regime das nulidades, hoje, encontram-se inseridos na perspectiva personalista que dominou o Código Civil. Isto porque, no centro das relações privadas, impera o indivíduo, protegido e valorizado por direitos que buscam garantir o mínimo para a sua sobrevivência e dignidade, prerrogativas intimamente ligadas à personalidade humana.

Os direitos patrimoniais decorrentes de relações e atos jurídicos, como os sucessórios e os aventados em contratos, são pensados a partir do primado personalista, de modo a não sobrepujar a dignidade do homem.

É certo que essa transformação encontra entraves históricos e teóricos, não bastando apenas a ruptura com um modelo de pensamento antigo, pautado no valor da propriedade, mas uma tomada de consciência sobre a restauração da primazia do valor da pessoa, do ser humano, razão e fundamento para qualquer sistema jurídico.

Retomando os conhecimentos filosóficos do primeiro capítulo, pode-se depreender que o existencialismo e o personalismo propiciaram o reconhecimento dogmático de que o ser humano é o protagonista da experiência jurídica. A explicitação dessa possibilidade é revelada pela diferença de tratamento concedido ao homem e às coisas. O ideal personalista que coloca o ser humano no centro do Direito pugna pelo afastamento da postura patrimonialista.

Nessa perspectiva, estão inseridas os questionamentos sobre a estruturação dogmática dos sujeitos de direito, a fim de se avaliar o que é preciso, dentro do sistema jurídico atual, para se possa ser considerado com tal e se este critério é eminentemente legítimo.

4.1 DO DIREITO SUBJETIVO AO SUJEITO DE DIREITO

O sujeito de direito, portanto, o detentor do direito subjetivo, está ligado ao sujeito da

obrigação pelo vínculo da relação jurídica. A ordem jurídica transforma as relações humanas em relações jurídicas, que envolvem direitos objetivos, representados pela norma *agendi*, e direitos subjetivos, representados pela norma *facultas agendi*. O direito objetivo é a norma específica, destinada a reger determinados casos, delimitando interesses individuais³²².

O direito subjetivo consubstancia-se pela possibilidade de agir do sujeito a fim de defender o seu direito, mediante os remédios concedidos por lei, é “um poder de acção assegurado pela ordem jurídica”.³²³ Assim, “o direito subjetivo que estabelece uma relação entre o sujeito e o objeto, somente se complementa através de um acontecimento capaz de fazer surgí-lo, constituindo, então, o fato jurídico e sua respectiva relação jurídica”³²⁴.

Conforme Carlos Alberto Bittar, direito subjetivo é o poder atribuído à pessoa para a satisfação de suas vontades e interesses protegidos juridicamente. “É, pois, o poder reconhecido à pessoa para ter e exercer direitos em consonância com os fins próprios e, de outro lado, para fazê-los valer contra quem os ameace ou viole”³²⁵.

Sendo assim, doutrinariamente, somente pessoas podem ser titulares de obrigações, portanto, são sujeitos de direito. Há de se acentuar, então que o conceito de sujeito de direito e o conceito de direito subjetivo têm nítida ligação nas manifestações do Direito, cuja compreensão é imprescindível para o entendimento de toda e qualquer relação jurídica.

4.2 POSSÍVEIS CATEGORIAS DE SUJEITOS DE DIREITO

Da análise do conceito de sujeito de direito, proferida no item 3.5 do capítulo anterior, extrai-se a necessidade de repensar os fundamentos que concorreram para a delimitação dogmática do seu conceito, consolidado na doutrina tradicional.

Dentro da sistematização legal, parte-se para a verificação da disciplina jurídica das fases de desenvolvimento da vida do homem. Tais fases são manifestadas pelo embrião, pelo feto e pelo indivíduo nascido. No Código Civil, é possível visualizar a prole eventual (o não concebido), o nascituro e a pessoa natural ou física como entes que representam a espécie

³²² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.189.

³²³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, p.62.

³²⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.25.

³²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1991, p.77.

humana em diferentes momentos de existência. O embrião não foi disciplinado, de forma específica, pela referida codificação, somente sendo tratado pela Lei 11.105/2005, a chamada lei de biossegurança.

Passa-se à identificação da real natureza jurídica destes entes, que formam, em verdade, categorias jurídicas com disciplina específica, consoante se depreende das seções seguintes.

4.2.1 Pessoa natural ou física

Historicamente, conforme capítulo anterior, foi possível perceber como se deu a trajetória do homem, enquanto integrante de uma espécie de vida, a sujeito de uma construção teórica, que o tornou incontestavelmente o fundamento para a existência de qualquer ordem jurídica. A colocação do homem, como espécie da biosfera, no Ordenamento jurídico, se fez através da incorporação do *status* de pessoa natural ou pessoa física, que é a revelação do ser humano individualmente considerado, nascido, existente e parte da realidade do mundo.

A fundamentação protetiva da pessoa humana encontra justificação no seu valor ontológico, no valor que lhe é intrínseco, independentemente de qualquer construção científico-jurídica. Numa perspectiva ontológica, o termo “pessoa” revela uma natureza específica, independente da racionalidade, dos atributos cognitivos ou das capacidades próprias da espécie. Ontologicamente, ser pessoa é simplesmente sê-la.

A perspectiva ontológica se refere à concepção filosófica originária da pessoa, atribuível à formulação clássica aristotélica de ‘animal racional’ ou à formulação boeciana (e posteriormente tomista) *individua substantia rationalis naturae*; nessa concepção considera-se que a pessoa é um indivíduo concreto, que tem sua própria natureza ontológica, que se manifesta (ou melhor, que pode se manifestar) na capacidade e nos comportamentos (concretamente, na racionalidade), mas não se reduz a eles. A teoria ontológica da pessoa tematiza a prioridade da natureza sobre as funções (sejam elas sensitivas ou racionais, autoconscientes ou volitivas)³²⁶.

Alguns doutrinadores apontam a distinção entre as noções de pessoa e de ser humano, com fulcro no fato de que aquela assenta em pré-requisitos como capacidade e consciência. Maria do Céu Patrão Neves, afirma que “a noção de ser humano é distinta da de pessoa; esta é essencialmente filosófica e está vinculada à idéia de ser humano capaz de consciência de si

³²⁶ PALAZZANI, Laura. O debate sobre as células-tronco na Itália: problemas biojurídicos e desenvolvimento normativo. In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas* aspectos científicos, éticos e jurídicos. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 175.

mesmo e, conseqüentemente, do mundo onde se insere”³²⁷. Ser pessoa, para a autora, “consiste em um processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio”³²⁸. Tais conceitos estão, em verdade, umbilicalmente, ligados.

Clovis Bevilacqua entende que as idéias de homem e de pessoa natural não coincidem em toda a sua extensão, afirmando que pessoa natural é o homem numa determinada atitude na sociedade civil. Aponta, ainda, para a pertinência da expressão “pessoa natural”, por mostrar o indivíduo em movimento na vida jurídica, conforme criação da natureza, diferentemente de outras pessoas, que são formações e abstrações ulteriores, aludidas à organização jurídica moderna³²⁹.

Hans Kelsen entende que o conceito de pessoa, em sentido jurídico, é uma construção geral própria do direito positivo e está intimamente relacionado com os conceitos de dever e direito. Na verdade, a pessoa não é uma entidade separada de seus direitos e deveres jurídicos, mas apenas uma unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas, o que evidencia uma construção racional: uma pessoa é um ser humano considerado como sujeito de direitos e deveres³³⁰. Para o autor, ser pessoa, para o Direito, é o mesmo que ser um sujeito de direitos e deveres.

Ele entende, ainda, que definir pessoa física ou natural como ser humano é incorreto, pois tais conceitos são diversos e frutos de óticas teóricas diferentes. “Homem é conceito da biologia e da fisiologia, em suma, das ciências naturais. Pessoa é um conceito da jurisprudência, da análise de normas jurídicas”³³¹.

O suporte fático da pessoa natural é biológico mas o conceito de pessoa natural, segundo Pontes de Miranda³³², também é jurídico, porque, para que o homem possa ser pessoa, tem que entrar no mundo do Direito, através da personalidade.

Na doutrina clássica, aponta-se, frequentemente, a diferença conceitual entre ser humano e pessoa. O conceito de pessoa é construído por fundamentos jurídicos, revelados,

³²⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão *apud* MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.89.

⁴⁶ NEVES, Maria do Céu Patrão *apud* MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op.cit.*, 2005, p.89.

³²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, p.74-75. Teixeira de Freitas entende que a melhor expressão para designar a pessoa humana seria pessoa de existência visível (FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil. Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios anteriores, 1952, p.19).

³³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.136-137.

³³¹ *Ibidem*, p. 137.

³³² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.159.

especificadamente, pela categoria “pessoa natural ou física”. O conceito de ser humano pressupõe uma realidade anterior, revelada pela dimensão biológica de pertença a determinada espécie da biosfera.

Uma vez registrada a evolução do conceito de pessoa na história do pensamento filosófico e antropológico³³³, cumpre avaliar, então, a sua real significação para a ordem positiva.

A compreensão da categoria – pessoa natural ou pessoa física – apontada no Código Civil tem como pressuposto a personificação jurídica, uma vez que o reconhecimento daquela foi positivamente associado à existência desta. O artigo 2º do Código Civil tem sido visto como o marco inicial da vida jurídica dos sujeitos de direito³³⁴ por determinar que a personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida³³⁵.

Em sentido jurídico, pessoa natural é, então, todo ser humano titular de direitos e obrigações e “para qualquer pessoa ser assim designada, basta nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade”³³⁶. Na ordem jurídica, pessoa é uma construção científica cuja definição foi tecnicamente traçada pelo Direito. “Pessoa, nessa ordem de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa, enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas ao sentido marcadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro”. Logo, juridicamente, “ser pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelas normas”³³⁷.

A legislação civil se incumbiu de conferir direitos (ainda que restritivamente) a entes que são destituídos do atributo jurídico da personalidade, pondo em cheque essa condição para a aquisição do *status* de sujeito de direito. Tal fato propulsionou a afirmação feita anteriormente de que “não se pode confundir (sob o prisma metodológico), a idéia de sujeito de direito com

³³³ Diogo Costa Gonçalves entende que o conceito sobre pessoa está fundamentado ontologicamente: “Pessoa é aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu acto de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva” (GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 64).

³³⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.273.

³³⁵ BRASIL. *Código Civil Código de Processo Civil Constituição Federal*. Organizador: Yussef Said Cahali. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 273. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que “independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral, v.1*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.93).

³³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.76.

³³⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91.

a idéia de personalidade, que partem de premissas distintas, e têm funções distintas”³³⁸.

Corroborando a necessidade de separação dos institutos, Mônica Aguiar: “A título de argumentação, há de se esclarecer, desde logo, que personalidade não se confunde com direitos da personalidade. [...]. Ora sendo assim, como explicar possam ser salvaguardados direitos que não estão suportados pela personalidade que os apoiariam?”³³⁹.

A discussão central da presente pesquisa tem como pressuposto a impossibilidade de refutação da salvaguarda e concessão de direitos a entes que, na doutrina dominante e tradicional, não foram considerados sujeitos de direito. A conceituação adotada pelo Código vem acompanhada de questões que dificultam sua compreensão sistemática, de modo que, ao que parece, o conceito de sujeito de direito não precisaria estar associado ao pressuposto da personalidade. Não é difícil deparar-se com a constatação de que direitos foram salvaguardados a entes que não possuem personalidade, conforme determinado pela lei.

A personalidade, consoante dispôs o sistema, é atributo específico da pessoa, não sendo indispensável a sua presença para que se possa proceder à garantia de direitos, ou seja, para que possa titularizar prerrogativas, ainda que restritas e especificamente consideradas. A discussão em torno da necessidade de aquisição da personalidade para que se possa titularizar direitos é dizimada pela situação jurídica do nascituro, que, segundo a lei, não é pessoa, mas detém direitos, inclusive o mais sublime deles: o direito à vida.

Pode-se compreender que pessoa natural, dentro do direito, é o indivíduo humano atuante na esfera jurídica³⁴⁰. Para Francisco Amaral, a pessoa natural é ser humano sujeito de direitos e deveres, cuja teoria obedece a três princípios fundamentais: “a) todo ser humano é pessoa, pelo simples fato de existir; b) todos têm a mesma personalidade, porque todos têm a mesma aptidão para a titularidade de relações jurídicas (CF, art.5º); e c) ela é irrenunciável”³⁴¹.

Marcos Bernardes de Mello afirma “pessoa física, também dita natural, é todo ser humano, mas somente ele, sendo assim considerado todo aquele nascido de mulher, independentemente

³³⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.41. Ainda sobre o tema: “Em uma visão positivista, normativista, formalista, da pessoa e da própria ordem jurídica, [...] termina-se por reduzir a noção de pessoa a um centro de imputação de direitos e deveres, e a atribuir-se um sentido idêntico às noções de pessoa e de sujeito de direitos.” (OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco *apud* CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op.cit.*, 2000, p. 44).

³³⁹ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

³⁴⁰ MACHADO NETO, A. L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1966, p.131.

³⁴¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.215.

de seu aspecto e de sua sanidade física ou mental”³⁴².

Registra-se, pois, que pessoa natural ou física é o ente dotado de personalidade jurídica, consoante ter nascido com vida. Indubitavelmente, é titular de uma gama de direitos e obrigações, mantendo-se na linha de frente dentre os demais entes também sujeitos de direitos e obrigações no Ordenamento jurídico.

A partir disso, é possível extrair que pessoa natural é espécie do gênero sujeito de direito.

4.2.2 O nascituro

Logo de início, é necessário entender que a utilização do termo “nascituro” no Direito pátrio se dá no sentido de excluir os que ainda não foram concebidos³⁴³.

Noticia-se que na doutrina moderna de outros países de língua latina essa restrição pode não se manter presente, como percebido no direito português, italiano e francês. O sentido usado no direito pátrio da palavra adveio das fontes justinianéias, onde o termo é evocado para designar “aquele que está por nascer” ou “aquele que está no útero”³⁴⁴, excluídos, desse grupo, os entes a serem concebidos, ou os concebidos em estado de pré-implantação ou extracorpóreo³⁴⁵.

De fato, no direito romano é possível perceber que vários termos e expressões foram utilizadas como referência ao nascituro. Em especial, destaca-se o uso da expressão *conceptus*, como referência ao fruto da concepção³⁴⁶.

Ainda em Roma, insta registrar que não são poucas as contradições a respeito da real natureza do nascituro, donde se permite visualizar as diferentes correntes atuais sobre a aquisição da personalidade jurídica. “Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável”. A maioria da doutrina romanista não considera o nascituro como pessoa e afirma que somente após o nascimento é que poderia adquirir

³⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.146.

³⁴³ Por concepção, entende-se a junção do óvulo com o espermatozóide.

³⁴⁴ MADEIRA, Hércio Maciel França. *O nascituro no direito romano: conceito, terminologia e princípios*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p.12-13.

³⁴⁵ Como os embriões fecundados e mantidos em laboratório.

³⁴⁶ MADEIRA, Hércio Maciel França. *Op.cit.*, 2005, p.48.

personalidade jurídica³⁴⁷.

As discussões que envolvem a proteção do nascituro partem da controvérsia acerca da sua natureza dentro do Direito, ou seja, da existência ou não de sua personalidade jurídica. A afirmação da existência de personalidade no nascituro, considerando a sistematização e a doutrina clássica, tem consequências práticas, como a aquisição do *status* de pessoa e a titularização de todos os direitos e deveres desta. Dessa maneira, na doutrina dominante civilista, a personalidade é a qualidade capaz de tornar um ente pessoa, que é sujeito de direitos, por titularizar prerrogativas, garantias, deveres e obrigações.

Nascituro é aquele que está por nascer. Portanto, trata-se de ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido³⁴⁸.

O art. 2º do Código Civil é o ponto de partida para a discussão em questão. Ao mesmo tempo em que reconhece a personalidade civil do homem apenas a partir do nascimento com vida, salvaguarda os direitos do nascituro desde a concepção. À primeira vista, o artigo parece evidenciar a adoção de teorias contraditórias, se for considerado o fato, conforme pretende boa parte da doutrina, de que juridicamente somente pessoas são sujeitos de direito e para adquirir tal *status* é necessário o atributo da personalidade, que, por si só, somente se configura após o nascimento com vida.

Ao longo dos anos, surgiram numerosas teorias voltadas à determinação da disciplina jurídica do nascituro, dentre elas, idéias ligadas à existência de ficções jurídicas, ou mesmo de direitos sem sujeito.

Entende-se que a concepção a que se refere o citado dispositivo é a proveniente do ato natural de procriar, é aquela que se dá automaticamente após a consecução da conjunção carnal, excluída a hipótese do mecanismo artificial de fertilização extracorpórea, cuja concepção se dá mediante ação humana em laboratório. A concepção natural, fruto de conjunção carnal, dá origem ao embrião, depois ao feto, que, juridicamente, recebe o nome de nascituro. Este é o processo biológico natural ao qual o art. 2º do Código Civil se refere. Na concepção artificial, não há atos naturais de desenvolvimento da reprodução, tendo em vista que aquela se processa em laboratório, não se podendo, antes da transferência do zigoto para útero, falar em

³⁴⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.46.

³⁴⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v.30, abr./jun. 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 162.

nascituro.

Os fundamentos para a proteção do nascituro são facilmente levados à discussão a respeito da proteção do embrião em estado extracorpóreo, pois, indubitavelmente, ambos detém o mesmo valor ontológico por serem manifestações distintas dos estados sucessivos da vida do homem. A fim de avaliar os fundamentos individualizados dos estados de feto e de embrião, neste momento, a discussão cinge-se à possibilidade de existência da personalidade jurídica do nascituro, cuja realidade não pode prescindir, tecnicamente e juridicamente, do estado de implantado no útero. Outra questão é a discussão acerca da natureza jurídica do embrião em estado pré-implantatário, ou seja, ainda não implantado no ventre materno, carente da condição de nascituro.

Nesse sentido, é pertinente colacionar o entendimento de Silmara Juny Chinelato:

[...] com ligações hauridas na Medicina e na Biologia, há de se ressaltar que, na fecundação *in vitro*, não se poderá falar em “nascituro” enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de “nascituro” sempre e apenas quando haja *gravidez*, seja ela resultado de fecundação *in anima nobile* (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação *in vitro*. Pela mesma razão não se poderá reputar “nascituro” o embrião congelado, com finalidade de implantação futura no útero materno, conforme técnicas de reprodução assistida [...] ³⁴⁹.

O termo inicial da gravidez é a nidação, momento em que o ovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero. A verificação dessa gravidez se dá por perícia médica, através da tecnologia específica por meio do exame Beta HCG, capaz de detectar a existência da gestação poucos dias após a fertilização ³⁵⁰.

A determinação desse conceito passa pela necessidade de se identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa começar a ser chamado de nascituro. Majoritariamente, o que se tem verificado é que o que diferencia o embrião do nascituro é o fenômeno da nidação, que é a fixação ou implantação (para o caso de concepções artificiais ou *in vitro*) do zigoto nas paredes do útero. Então, para se ter um nascituro, é necessário a constatação de uma gestação, tenha sido a concepção natural ou artificial.

Todas as tentativas para explicação da natureza jurídica do nascituro culminam na imputação das três teorias que explicam a sua condição de detentor ou não de personalidade jurídica. Passa-se a avaliá-las, principalmente, para compreender se a determinação dessa natureza

³⁴⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiiva, 2000, p.11.

³⁵⁰ Cf. MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.46.

pressupõe mesmo a incidência de uma dessas correntes.

4.2.2.1 *As teorias sobre a sua personalidade jurídica*

De fato, na doutrina do direito privado, o tema do nascituro se mantém interessantemente discutido. O cerne está na verificação dos fundamentos, a partir da adoção de uma determinada teoria, incidentes na construção da sua proteção jurídica. A discussão jurídica adveio da letra da lei, que não concedeu personalidade aos não nascidos, mas lhes resguardou direitos, o que, para muitos³⁵¹, aparenta possível antinomia.

As três teorias principais identificadas na doutrina brasileira são: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. A primeira entende que a personalidade tem início a partir do nascimento com vida, a segunda entende que a personalidade começa com a concepção desde que haja o nascimento com vida e a terceira afirma que o início da personalidade se dá com a concepção.

Várias são as posições a respeito do início da personalidade jurídica do nascituro em sede de direito comparado. O Código Civil argentino adotou a teoria concepcionista, fazendo coincidir a aquisição da personalidade com o momento de fusão entre o óvulo e o espermatozóide. Os Códigos espanhol, italiano e português adotaram a teoria natalista, porque condicionaram a aquisição da personalidade ao nascimento, sem prejuízo do resguardo aos direitos do nascituro³⁵².

Passa-se, agora, a avaliar as teorias apontadas pela doutrina brasileira para identificar em que momento se dá a aquisição da personalidade civil daquele que está por nascer.

4.2.2.1.1 Teoria da concepção

A doutrina pátria se divide em três entendimentos para explicar a situação jurídica do nascituro: a teoria concepcionista; a teoria da personalidade condicional e a teoria natalista.

Na teoria concepcionista, o nascituro tem personalidade jurídica, desde a sua concepção,

³⁵¹ Sobre o resguardo de direito a ente não considerado pessoa, conquanto não ter adquirido personalidade jurídica, consultar seção sobre sujeito de direito.

³⁵² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.50-53.

podendo figurar, então, como sujeito de direitos e obrigações, possuindo a mesma natureza que a pessoa natural. Este entendimento assenta em bases ontológicas e biológicas. Do ponto de vista ontológico, atribuir ao nascituro a mesma natureza de pessoa implica em protegê-lo da forma mais completa possível, considerando o seu significado e o valor ontológico da vida humana. Biologicamente, inexistem dúvidas sobre a existência de vida no ente que está por nascer, pois o nascimento é um dentre os passos naturais para a continuação dessa vida, bem como da distinção entre a vida da gestante e a do nascituro, que deve ser autonomamente considerada.

O valor ontológico do nascituro, dentro dessa perspectiva, também agrega a dimensão biológica, posto que somente a concepção, junção do óvulo com o espermatozóide, autorizaria a proteção como se nascido fosse. A visão concepcionista pressupõe a incidência do critério que também é biológico, conquanto encerrar coeficiente especista³⁵³.

Para a teoria, não se deve discutir a titularidade dos direitos patrimoniais do não nascido, mas, tão somente os efeitos desses direitos, que evidentemente dependeriam do seu nascimento com vida. “A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança”. Dessa forma, “o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a”.³⁵⁴

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o Ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica³⁵⁵. Silmara Chinelato e Almeida afirma inexistir meia personalidade ou personalidade parcial. “Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral e ou não existe”³⁵⁶.

Segundo o raciocínio concepcionista, não há como explicar certos direitos do nascituro ou ligados a ele, como o direito à curatela e à representação, o direito de adquirir testamento e de

³⁵³ Sobre isso, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

³⁵⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.81.

³⁵⁵ Conforme doutrinadores como Clovis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas, Miguel Serpa Lopes e outros citados no decorrer deste trabalho

³⁵⁶ ALMEIDA, Silmara J. A. *Op. cit.*, 2000, p.168.

ser adotado, além de outros, sem que ele não seja considerado pessoa. Assegurar-lhe direitos significa automaticamente reconhecer-lhe o *status* de pessoa, já que a doutrina parte da premissa de que somente pessoas podem ser consideradas sujeitos de direito.

O fato de que o aborto tenha sido punido como crime contra a pessoa é o mais acentuado sinal de que o nascituro tem personalidade civil e é pessoa. O Código Penal previu o crime no Título referente aos crimes contra a pessoa, expressando nitidamente a proteção da vida do nascituro como tal.

Clovis Bevilacqua afirma que não há direito sem sujeito, pois este é um elemento lógico daquele. Dessa maneira, deve-se concluir naturalmente pela existência da personalidade jurídica do nascituro e refutar a idéia, defendida por alguns autores, de que há determinados direitos sem sujeito³⁵⁷.

Partindo da constatação de Rubens Limongi França de que o nascituro é pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno, Silmara Chinelato e Almeida entende que o nascituro é pessoa (e, portanto, tem personalidade desde a concepção) que está por nascer (e essa é a diferença específica entre ele e as pessoas que já nasceram), já concebida (por ter ocorrido a junção dos gametas e se diferenciar da prole eventual) no ventre materno (por estar no útero da mãe)³⁵⁸.

O que se limita, no que se refere ao nascituro, é a sua capacidade, que, conforme a teoria, não deve ser confundida com personalidade. Os nascituros são incapazes para a realização de atos de natureza patrimonial, o que não significa que seja um ente despersonalizado. Os adeptos desta teoria reconhecem “a personalidade ao nascituro desde a concepção, sem considerá-la condicional senão em relação a certos direitos”³⁵⁹.

Sucintamente, a doutrina concepcionista entende que a personalidade começa a partir da concepção e isso independe de qualquer condição posterior. Apenas os efeitos de alguns direitos é que dependerão da condição nascimento com vida, como é o caso dos direitos patrimoniais.

Muitos entendem que a defesa da personalidade desde a concepção conduz, automaticamente, à reflexão sobre a existência de personalidade do embrião, esteja ele no útero ou em situação extracorpórea. Tal premissa será trabalhada em seções posteriores, o que não impede o

³⁵⁷ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1929, p.62-63.

³⁵⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.9.

³⁵⁹ PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 2.ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.88.

registro prévio de que o fundamento para concessão de personalidade, conforme esta teoria, é somente a existência da concepção, presente no exato momento em que o óvulo se junta ao espermatozóide, formando uma célula única chamada de zigoto, ovo ou embrião.

Em face do tratamento dispensado ao nascituro pelo Direito Penal e pelo Direito Civil, a teoria concepcionista entende inegável o reconhecimento da sua personalidade civil, uma vez que as respectivas legislações construíram a referida proteção, assegurando-lhe direitos fundamentais, desde o momento da concepção.

A desconstrução da idéia do início da personalidade a partir do nascimento com vida, segundo a teoria da concepção, parte da constatação de que essa concessão é fruto de entendimento equivocado, pautado essencialmente nas relações patrimoniais, evidenciado pelo fato de que se deve, tão somente, encarar o nascituro como ente incapaz para os atos da vida jurídica e não como ente despersonalizado.

4.2.2.1.2 Teoria da personalidade condicional

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade.

Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. “O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”³⁶⁰.

Haveria a titularidade de direitos sob condição suspensiva, que é evento futuro e incerto: o nascimento com vida. No período gestacional, ao nascituro é concedida a proteção da lei, que lhe garante direitos personalíssimos e patrimoniais condicionados³⁶¹.

Vicente Ráo afirma que o não reconhecimento ou a não atribuição de personalidade ao não nascido não importa para que possa dispensar a ele a proteção que lhe é devida. Tal proteção

³⁶⁰ WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

³⁶¹ PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 2.ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.85.

equivale a “uma situação jurídica de expectativa, de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas ou ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros”³⁶².

Adepto à teoria, Miguel Serpa Lopes entende que a aquisição de todos os direitos está subordinada à condição de que o feto venha a ter existência, se assim acontece, dá-se tal aquisição, mas, se não houver nascimento com vida, não haverá perda ou transmissão de direitos, como ocorreria se ao nascituro fosse reconhecida uma personalidade fictícia. Dessa maneira, o autor entende que, no nosso sistema, a situação jurídica do não nascido está condicionada a um evento suspensivo.³⁶³

Em síntese, segundo a corrente da personalidade condicional, o início da personalidade jurídica do nascituro se dá a partir da concepção, com a condição de nascer com vida. A partir do momento em que haja com nascimento com vida, considerar-se-á a existência de uma pessoa desde o momento da concepção.

4.2.2.1.3 Teoria natalista

Dentre as teorias, a natalista é a que reflete o disposto no artigo 2º do Código Civil. A personalidade jurídica está condicionada ao nascimento com vida. Assim, o não nascido não tem personalidade, mas, tão somente, expectativa de direito. Nascendo com vida, adquirirá personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial, conforme observado por Caio Mário da Silva Pereira:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito³⁶⁴.

Adotada a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do

³⁶² RÁO, Vicente *O direito e a vida dos direitos*. 5.ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.655.

³⁶³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.254.

³⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil- Alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.79.

nascimento com vida, entende-se que o nascituro não é pessoa, no entanto, persistem dúvidas quanto a sua situação jurídica dentro da sistematização categórica dos sujeitos, considerando os distintos direitos que lhe foram destinados.

De forma contrária, Maria Helena Diniz entende que “O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica”³⁶⁵. Acrescenta, ainda, outros direitos, como o direito à identidade genética, a alimentos, à imagem, à honra e a receber bens por doação, sustentando, também, sua capacidade de direito³⁶⁶.

Cumprido salientar que os defensores da teoria natalista não sustentam que o nascituro não goza de nenhum direito ou *status* antes de nascer, afirmam que o não nascido não detém personalidade e, por isso, não é pessoa. Aqui, cumpre breve reflexão a respeito da adoção da referida teoria, pois a negação do *status* de pessoa ao nascituro, de fato, não impediu o reconhecimento dos direitos que lhe foram assegurados.

Pontes de Miranda afirma que o começo da personalidade civil do homem se dá com o seu nascimento com vida, com a ressalva de que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. “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)”. No entanto, entre a concepção e o nascimento, o nascituro acha-se em situação de espera, após o nascimento a sua personalidade se consuma³⁶⁷.

A proteção conferida pelo Direito Penal ao nascituro não se dá enquanto pessoa já nascida, mesmo tendo o respectivo Código situado o crime de aborto entre os crimes contra a pessoa. As duas possibilidades de aborto elencadas pela legislação demonstram que ao nascituro não foi conferido o mesmo tratamento de pessoa. Ao preferir o aborto terapêutico, onde há risco de vida da gestante, em detrimento da vida do nascituro, e o aborto sentimental, cuja gravidez foi decorrente de estupro, o sistema jurídico evidencia a diferença os direitos do nascituro e os direitos da pessoa natural. Essa desigualdade de tratamento também pode ser verificada quando se compara a pena do crime de homicídio e a pena do crime das espécies de aborto.

A corrente aponta para a necessidade de uma compreensão sobre o significado exato do art. 2º

³⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.113.

³⁶⁶ *Ibidem*, p.125-126.

³⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.162-163.

do Código Civil que diz: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”³⁶⁸. A colocação do vocábulo ‘mas’ pelo legislador evidenciou a presença de duas orações adversativas no dispositivo, o que difere das orações subordinadas, por serem independentes e possuírem significados próprios. Se as duas orações são independentes, devem ser interpretadas sistematicamente sob pena de uma anular o significado da outra, o que, por via correlata, culmina na constatação de que salvaguardar direitos desde a concepção não quer dizer assegurar os mesmos direitos do nascido³⁶⁹.

Dessa maneira, os direitos do nascituro estão vinculados aos especificamente previstos na lei, conquanto previstos taxativamente.

A interpretação concepcionista se mantém equivocada porque parte de um pressuposto que contrapõe o disposto na lei. Para a teoria, a lei deveria determinar que a personalidade civil começasse a partir da concepção, o que imputaria ao nascituro a mesma natureza dos que já nasceram.

Há, ainda, outro fator que integra a interpretação sistemática do disposto no Código sobre o real *status* do nascituro no Ordenamento brasileiro. Dentre os entes considerados absolutamente ou relativamente incapazes, não está incluída a figura do nascituro, o que corrobora a idéia de que a lei não o trata como nascido.

Miguel Serpa Lopes entende que no Direito Brasileiro, o início da personalidade civil se dá com o nascimento com vida. Antes do nascimento, o feto não possui personalidade, não importando o reconhecimento de alguns direitos dele, que são eventuais, futuros e ainda não atuais³⁷⁰.

Nessa linha de raciocínio da corrente natalista, a possibilidade de realização do aborto terapêutico, cujo objetivo é salvar a vida da mãe, evidencia que o sistema jurídico admite a inexistência de bens jurídicos iguais, considerando a predominância da vida da pessoa nascida sobre a vida daquele que ainda não nasceu. Mais evidente, é o caso do aborto sentimental, onde o sentimento e o sofrimento da gestante preponderam sobre a vida do nascituro, o que, naturalmente, atesta a presença de tratamentos distintos entre pessoa e o ente que está por

³⁶⁸ BRASIL. *Novo Código Civil*. Texto comparado. Código Civil de 2002. Código Civil de 1916. Org. Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2002, p.35.

³⁶⁹ Cf. SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.67.

³⁷⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.254.

nascer.

Conforme entendimento de Silvio Rodrigues, a lei não concede personalidade ao nascituro, mas lhe preserva, desde antes do nascimento, seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, muito provavelmente, em breve serão seus.³⁷¹

Da leitura do art.2º do Código Civil, é possível perceber que o dispositivo, revelado pela conformação de duas orações alternativas, assegura personalidade jurídica às pessoas e não assegura aos nascituros. No entanto, não há incompatibilidade em determinar direitos ao nascituro a partir do momento em que se admitir que não apenas entes personalizados titularizam direitos e obrigações.

4.2.2.2 *Os direitos do nascituro*

Em estudo aprofundado sobre o assunto, Silmara Chinelato e Almeida aponta para a existência da paridade ontológica e jurídica entre nascituro e nascido desde a época romana, considerando o reconhecimento do direito a alimentos, sem condicioná-lo ao nascimento com vida³⁷². Para a autora, o reconhecimento dos direitos do nascituro corrobora a necessidade de tratá-lo juridicamente como pessoa, consoante possuírem o mesmo valor ontológico e serem, de formas diferentes, manifestações de vida humana.

Em realidade, percebe-se, desde já, a opção jurídica em determinar explicitamente quais direitos são titularizados pelo nascituro. Tais direitos assegurados são, efetivamente, direitos da personalidade, conquanto não se tenha presente a personalidade jurídica do destinatário. Alguns doutrinadores apontam para o fato de que se o Código tivesse concedido ao nascituro a natureza jurídica de pessoa, não haveria necessidade de fixação descritiva desses direitos³⁷³, considerando o fato de que pessoas são os titulares principais dos direitos, o que descartaria a necessidade de prescrevê-los detalhadamente.

O direito primaz, nitidamente assegurado pelo Ordenamento ao nascituro, foi o direito à vida, consoante se depreende do art. 2º do Código Civil, e do art. 124 do Código Penal, que prevê pena privativa de liberdade para aqueles que pratiquem o crime de aborto, que é a interrupção

³⁷¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. De acordo com o Código Civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁷² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.45.

³⁷³ Cf. CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Ltr, 2000, p.80.

da gestação, salvo as exceções autorizadas expressamente, que são os casos de risco de vida da gestante e gravidez decorrente de estupro.

Avanços na área da medicina fetal permitem, hoje, o diagnóstico da anencefalia, que é um tipo de má formação congênita incompatível com a vida, ou seja, o seu grau de comprometimento é tão grande, tratando-se de uma patologia grave, que torna a possibilidade de vida inexistente. A anencefalia é definida, na literatura médica, como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Ou seja, trata-se de um defeito no fechamento do tubo neural, caracterizado pela ausência de partes do cérebro, permitindo-se concluir que existe um tronco encefálico rudimentar e um tecido nervoso funcionando, porém não suficiente para a possibilidade de vida extra-uterina³⁷⁴. A discussão em torno dessa possibilidade, que pleiteia ser uma nova exceção ao aborto, engloba diversas questões de ordem ética, moral, médica e jurídica, o que evidencia a complexidade que a torna merecedora de uma pesquisa específica, propósito que foge à proposta da pesquisa.

O nascituro pode ser reconhecido como filho antes de seu nascimento (artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil e artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, também o direito do pai, ou da mãe, poder pleitear em nome do nascituro, o reconhecimento de sua paternidade ou maternidade e os direitos que lhe são inerentes.

Pode-se extrair o direito de adoção do nascituro da leitura do artigo 1.621 do Código Civil e do 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma vez feita a adoção, necessária será a garantia de um desenvolvimento gestacional sadio, assegurado pela concessão de alimentos até o nascimento com vida.³⁷⁵ Assim, com fulcro no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (direito à assistência pré-natal) e na Lei 11.804/2008³⁷⁶, que dispõe sobre a concessão de alimentos gravídicos, infere-se o direito do nascituro a alimentos³⁷⁷.

³⁷⁴ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.26 *et seq.*

³⁷⁵ Cf. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v.30, abr./jun. 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p.168.

³⁷⁶ BRASIL. *Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008*. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm >. Acesso em: 18 maio 2009.

³⁷⁷ Esse entendimento foi confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer

O art. 1.779 prevê o direito de curatela do nascituro, conquanto tenha falecido o pai e esteja a mulher grávida destituída do poder familiar. Em regra, a representação do não nascido pertence a quem sobre ele tenha o poder familiar. Se o pai ou a mãe foram destituídos do poder familiar, “deve-se nomear curador ao que está por nascer para a defesa de seus interesses (artigo 1779 do Código Civil e artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil) até o seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado tutor (artigo 1.728 do Código Civil)”³⁷⁸, de sorte que, se não houver a referida perda, seus direitos serão resguardados pelos seus representantes legais – seus pais.

O art. 542 prevê o direito à doação do nascituro, que será aceita pelo seu representante legal, responsável por cuidar da posse do bem doado.

O art. 1798 determina que estão legitimados a suceder pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O dispositivo reconhece o direito de sucessão do nascituro, quando chama pessoas já concebidas à sucessão. No art. 1.799, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, poderão ser chamados a suceder na sucessão testamentária. A expressão “filhos não concebidos” não foi destinada ao nascituro, posto que, neste, concepção já houve. Esta é uma referência à chamada prole eventual, assunto a ser tratado na próxima seção.

O nascituro, ente despersonalizado, no entanto, sujeito de direitos, também tem direito à reparação de danos que, porventura, possam lhe ser causados. O dever jurídico de indenizar está condicionado à existência do dano, de modo que não há responsabilidade sem dano, ainda que não haja a culpa. O dano é a expressão da lesão a algum bem tutelado juridicamente, seja ele de cunho patrimonial ou material (quando implica em diminuição do patrimônio do lesado) ou de cunho moral (quando viola um direito ligado à esfera íntima e pessoal da vítima).³⁷⁹

tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte (Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php >. Acesso em: 18 maio 2009).

³⁷⁸ Cf. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v.30, abr./jun. 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p.168.

³⁷⁹ Sobre o assunto, consultar: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Há posicionamento jurisprudencial sobre o assunto: EMENTA: ACIDENTE DE TRANSITO. INDENIZACAO POR DANO MORAL. INDIVIDUOSOS SOFRIMENTOS, ANGUSTIA E TENSAO, POR LONGOS OITO MESES, DIANTE GRAVIDEZ COM POSSIVEL PREJUIZO DA VIDA

4.2.3 Embrião

A nova realidade biotecnológica trouxe o problema da situação extracorpórea dos embriões, concebidos em laboratório e excedentes ao processo de reprodução artificial, passando-se, então, a se falar em direitos do embrião, tendo em vista sua natureza inquestionável de estágio primário da vida humana.

A sistematização sobre sujeito recepcionada pela legislação civil não contemplou o problema embrionário. Há autores que entendem que “a questão do destino dos embriões humanos não utilizados para implantação em útero não encontra acolhida nas categorias impostas pelo Código Civil.” Dessa maneira, “impõe distanciá-los da categorização estabelecida tradicionalmente bem como, sob o enfoque da proteção, equipará-los aos demais seres humanos”³⁸⁰.

Primeiramente, impende a diferenciação entre embrião e prole eventual, para que possa extrair qual a disciplina jurídica de ambos, prevista no Código Civil e em leis ordinárias.

4.2.3.1 Prole eventual e embrião extracorpóreo

A primeira questão a ser observada é o fato de que, quando se fala em prole eventual, não há ente concebido, não há embrião, tampouco nascituro, trata-se de uma possibilidade de procriação futura. No embrião em estado extracorpóreo ou de pré-implantação uterina, já houve a concepção, que é a junção do óvulo com o espermatozóide.

No artigo 1.798 do Código Civil, há a previsão de que estão legitimados a suceder os entes já concebidos no momento de abertura da sucessão. Há discussões sobre a colocação do embrião, fertilizado e mantido em laboratório, enquanto ente já concebido, no rol dos entes legitimados a suceder. Isto porque, há divergências sobre a consciência da realidade

E/OU DA INTEGRIDADE FISICA DO NASCITURO, HA DANO MORAL INDENIZAVEL. (Apelação Cível Nº 194026779, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 17/11/1994) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 194026779, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 17/11/1994. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 18 maio 2009).

³⁸⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 56.

embrionária, pelos legisladores, a ponto de que a referida legislação a contemplasse. Passa-se a avaliar a questão.

Segundo o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda que não concebidos, de pessoas indicadas pelo testamento, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”³⁸¹. O disposto no artigo fundamenta a distinção entre o que se chamou de prole eventual e o embrião em estágio de pré-implantação. É evidente que, no que tange aos embriões mantidos em laboratório, o fenômeno da concepção já resta ocorrido.

Representando realidade nova, totalmente alheia à tradição que fundamentou a codificação civil brasileira, o embrião concebido e mantido em laboratório mostra-se estranho ao modelo clássico. Não é pessoa natural, pois inexistente o nascimento com vida; não é nascituro, porquanto à época do Código, evidentemente caracteriza-se como tal apenas o ser concebido e em desenvolvimento no ventre materno; tampouco é prole eventual, posto que concepção já houve, o que parece afastar a eventualidade. Tem-se observado, no entanto, alguns esforços doutrinários no sentido de tentar aproximar uma e outra categoria para, talvez, na esteira de tais interpretações, adequar o embrião *in vitro* aos parâmetros tradicionais³⁸².

O art. 2º do Código Civil afasta a natureza jurídica de pessoa do embrião concebido artificialmente, enquanto que o art. 1798 pode coadunar interpretação que o aproxima dessa natureza, considerando que estão legitimadas a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”³⁸³. Assim, importa ressaltar que a fertilização humana em laboratório aumentou a dificuldade de tratamento e reflexão sobre este tema “à medida em que somam mais um elemento diverso das noções jurídicas de pessoa natural (indivíduos concebidos), nascituro (seres vivos no ventre materno em vias de tornarem pessoas) e prole eventual (ainda não concebidos), que é justamente o embrião humano concebido *in vitro*”³⁸⁴.

Ao avaliar a situação jurídica do ente embrionário no direito francês, Brigitte Feuillet-le Mintier identifica uma distinção fundamental entre a categoria jurídica das pessoas e a das coisas. “São consideradas pessoas os indivíduos, mas também os grupos de pessoas que adquirem personalidade jurídica quando cumprem determinados requisitos definidos pela lei.”³⁸⁵ Conforme a autora, o embrião não foi objeto de qualificação jurídica e “apesar das

³⁸¹ BRASIL. *Novo Código Civil*. Texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002, p. 456.

³⁸² MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57.

³⁸³ BRASIL. *Op.cit.*, 2002, p.456.

³⁸⁴ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.7.

³⁸⁵ MINTIER, Brigitte Feuillet-le. Células-tronco embrionárias e direito francês. In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas aspectos científicos, éticos e jurídicos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário.

oportunidades que teve para fazê-lo, o legislador francês não se pronunciou sobre essa questão. Assim, portanto, juridicamente, o embrião humano não é nem pessoa nem coisa. Não é fácil saber se é sujeito ou se é objeto de direito.”³⁸⁶ De fato, essa mesma situação jurídica se processa no Brasil, a inexistência de previsão específica sobre a natureza embrionária culmina na dificuldade de categorizá-lo juridicamente.

A lei 11.105/2005 corroborou a discussão doutrinária sobre o real *status* jurídico do embrião humano, optando por não atribuir ao conceito *in vitro* a natureza de pessoa, quando, efetivamente, possibilitou a realização de pesquisas científicas que têm como consequência a violação de sua integridade. O referido dispositivo fomentou o impasse doutrinário por contribuir para o afastamento de determinados esforços no sentido de aproximar, sob a ótica positivista, o embrião da categoria jurídica de pessoa.

O que se deve ter em mente é que tanto ao embrião, quanto à prole eventual, foram resguardados direitos. No art. 1.799, inciso I do Código Civil, está o direito à sucessão do ente ainda não concebido, portanto, da prole eventual. No art. 1.798, está o mesmo direito destinado aos entes já concebidos, onde está situado o embrião, ainda que, conforme alguns entendimentos, não tenha sido esta a intenção do legislador à época da elaboração do Código. Na lei 11.105/2005, também é possível extrair a disciplina concedida ao embrião extracorpóreo, detentor de natureza própria, não sendo pessoa nem nascituro.

Conclui-se, portanto, que o embrião em situação extracorpórea e a prole eventual, também chamada de *nodum conceptus*, são, também, sujeitos de direitos, ainda que não possuam personalidade jurídica.

4.2.3.2 Destinação embrionária

A identificação do tratamento dispensado ao embrião extracorpóreo, ao se permitir a fertilização *in vitro*, deve anteceder a disciplina da destinação do excedente. Conforme demonstrado, a fecundação por meio artificial torna vulnerável a vida dos embriões, quando os submete a riscos (como a cultura na estufa), e agrega possibilidade de inutilizá-los³⁸⁷ ou

São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 147.

³⁸⁶ *Ibidem, loc.cit.*

³⁸⁷ Cf. AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de*

desprez -los por inviabilidade, uma vez sugestionado pelo diagnóstico pré-implantacional. Desse modo, a permissão do procedimento deve afastar a afirma o de que, juridicamente, ao embrião *in vitro* foi dispensado o tratamento de pessoa.

Sendo o excedente inerente ao processo realizado, sua disciplina deve ser consentânea àquela quando se permitiu a fertiliza o *in vitro*, uma vez não haver legitimidade em se conferir tratamento distinto.

Após a avalia o pr -implantat ria e a separa o dos que serão transferidos, tem se observado, como excedentes, embriões saudáveis, ou seja, detentores de características e condi es fisiológicas que permitem destin -los   finalidade reprodutiva em outro momento, ou embriões inviáveis, que não reúnem condi es para serem implementados porque não apresentaram desenvolvimento normal. Dentre os embriões obtidos, “alguns não são transferidos ou porque não apresentam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condi es de evoluírem normalmente, ultrapassam o número máximo recomendável   transferência por ciclo”, número este “fixado para evitar gesta o múltipla com risco de aborto, parto precoce e outras complica es”³⁸⁸.

Não obstante a inexistência de legisla o que descreva as op es para tal excedente, a Resolu o 1.358/92 do CFM resguarda a necessidade do consentimento dos genitores para que possa promover qualquer destina o.

Após o processo de implanta o, para o excedente, observa-se as op es de congelamento, doa o para casais com problemas de fertilidade, descarte e doa o para a pesquisa científica, sejam porque previstas expressamente, ou porque permitidas por não terem sido proibidas.

4.2.3.2.1 Descarte

Sob o ponto de vista legal e sem desprezar questionamentos de natureza  tica,   possível o descarte do excedente, se solicitado pelo casal originário, com a ressalva de que a Resolu o 1.358 do CFM o proíbe, porém, carece de força normativa.

Para se extrair a licitude da destrui o ou descarte do pr -embrião, considera-se o já exaustivamente abordado princípio da legalidade. Não havendo proibi o expressa, o expediente   lícito. De outra parte, deve-se considerar o princípio da anterioridade, não havendo como se falar em

reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 252.

³⁸⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua prote o jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 213 -214.

crime, pois não há crime sem lei anterior que o defina, o que determina a impossibilidade de punição, pois também não há pena sem prévia cominação legal³⁸⁹.

A vontade de descartar embriões remanescentes pode advir da certeza de que eles não serão posteriormente implantados no útero, por não haver mais o desejo de nova gestação pelo casal. É evidente que o descarte de embriões humanos vai de encontro ao valor ontológico da vida, por fulminar a necessidade de proteger essa vida, independentemente do estágio em que ela esteja.

4.2.3.2.2 Congelamento ou criopreservação

É facultado aos genitores criopreservar o excedente embrionário, através do congelamento.

No entanto, vale a ressalva de que o decurso do tempo de criopreservação pode inutilizar ou destruir os embriões, embora não se tenha consenso sobre esse prazo. Casos, em diferentes lugares do mundo, foram noticiados no sentido de que, após o decurso de diferentes tempos de congelamento, embriões foram implantados e culminaram em crianças perfeitas, com condições de saúde normais.

Em realidade, não se deve ter como opção o congelamento eterno de embriões humanos, considerando o fato de que o decurso do tempo em que eles se mantenham congelados vai destruir compulsoriamente esses embriões.

4.2.3.2.3 Fins reprodutivos

Precipuamente, refuta-se a idéia da implantação obrigatória de todos os embriões obtidos (viáveis ou não), a custo do risco e frustração do objetivo desejado³⁹⁰. Relembra-se a possibilidade de destruição dos embriões pela exposição aos riscos, inerente ao próprio

³⁸⁹ BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 71.

³⁹⁰ No que tange à possibilidade de implantar um embrião inviável ou não saudável, conforme indicado pelo diagnóstico pré-implantacional, Carlos Maria Romeo Casabona entende que “essa opção deveria ser excluída, visto estar-se colocando à disposição técnicas para favorecer a procriação e, sendo possível, há de se garantir também que ela seja saudável” (CASABONA, Carlos María Romeo. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 55).

processo realizado, o que tornaria incoerente qualquer manifestação no sentido da obrigatoriedade de implantação dos embriões excedentes independentemente dos riscos deste tipo de conduta.

Ademais, no que se refere à idéia da inviolabilidade do conceito *in vitro*, constata-se que os métodos contraceptivos DIU (dispositivo intra-uterino) e pílula do dia seguinte são permitidos e de uso constante e podem impedir a gravidez no estágio em que já ocorreu a concepção e se formou o embrião. “Em diversos países, incluindo o Brasil, o uso do dispositivo intra-uterino (DIU) e da pílula do dia seguinte são facilmente aceitas, mas a utilização dos pré-embriões, como fonte de células-tronco para a pesquisa e a clínica, não. Essas situações parecem contraditórias uma vez que se referem às mesmas células”³⁹¹.

A Resolução do CFM determina que a doação dos embriões para casais inférteis deve pressupor o consentimento do casal que os originou. “Quanto à doação, solução ética e legal, é ato bilateral em que há necessidade de consentimento expresso dos dois responsáveis pelo material genético e dos beneficiários do tratamento.”³⁹²

O embrião agrega o patrimônio genético de seus genitores, o que corrobora a necessidade do consentimento para o seu destino. Permitir a prática da reprodução artificial e imputar a quem a ela se submeta o ônus da doação obrigatória de seu excedente para reprodução de outros casais não parece legítimo³⁹³. Ademais, é solução que pode não funcionar, tendo em vista que a grande maioria dos casais inférteis ou estéreis pode optar pelo uso dos seus próprios gametas (seja de ambos, ou de apenas um deles). Assim, submeter o excedente embrionário à

³⁹¹ PRANKE, Patrícia. A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Set. 2004. *Rev. Ciência e Cultura*. Disponível em: <www.cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n3/a17v56n3.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2006, p.36. Avaliando as conseqüências do uso do DIU e da pílula do dia seguinte, no panorama do direito alemão, Walther Von Plettenberg: “Os defensores de teses mais gradualistas indicam que a regulamentação da lei do aborto não prevê nenhuma proteção do embrião prévia à sua implantação, concretamente não estando regulamentados a pílula do dia seguinte nem tampouco o DIU. Em ambos os casos os embriões seriam condenados à morte. [...] DIU e pílula do dia seguinte ostentam antes um tanto de omissão no sentido de não permitir a implantação, enquanto o caso do isolamento de células-tronco, com o conseqüente sacrifício de embriões, implicaria uma ação com o fim de instrumentalizar o embrião para fins de terceiros” (PLETTENBERG, Walther Von. *Células-tronco: legislação, jurisprudência e doutrina na Alemanha*. In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas aspectos científicos, éticos e jurídicos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.204).

³⁹² BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 70.

³⁹³ Para alguns autores, disciplinar o embrião humano como pessoa, defendendo o seu direito à vida como tal, implicaria na adoção da solução de doar o excedente, para reprodução, mesmo sem o consentimento dos genitores. “[...] a utilização do ovo fecundado (vida humana já, portanto) na pesquisa ou nas finalidades comerciais, é inadmissível; como também inaceitável sua destruição. A única utilização em princípio defensável é, em verdade, aquela que prevê seu oferecimento não-remunerado a casais estéreis” (FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 46-47).

imposição de adoção futura terminará por expô-lo aos riscos do congelamento ou descongelamento, conforme o aparecimento dos pais.

Outra solução apontada seria a adoção dos embriões que ultrapassaram o número necessário à implantação uterina. No entanto, ainda que a possibilidade de adotar embriões possa ter a mesma conotação protetiva do instituto da adoção de nascidos, é de se indagar a sua aceitabilidade ética, eis que poderia fazer sujeitar os adotandos aos riscos do congelamento e do descongelamento a fim de atender a futuros adotantes. Ademais, poderia implicar instrumentalização de seres humanos, porquanto a fecundação poderia estar direcionada a “fabricar” uma criança para destiná-la à adoção, ainda em estágio embrional³⁹⁴.

Nesta situação, é visível a incidência da autonomia privada nos processos de reprodução humana artificial.

4.2.3.2.4 O artigo 5º da Lei 11.105/2005 e a pesquisa com células-tronco embrionárias

Recentemente, a Lei 11.105/2005 positivou uma nova opção – permitiu a doação dos embriões remanescentes inviáveis ou viáveis, congelados há mais de 3 anos, para pesquisas com células-tronco, também resguardando a necessidade de consentimento do casal que os originou. Sem prejuízo da questionável legitimidade do instrumento normativo, no que tange ao delicado conceito de inviabilidade embrionária e ao prazo adotado como tempo limite de congelamento, passa-se a analisar a relevância do consentimento para solucionar o problema da destinação.

Cumprido, inicialmente, entender o que são células-tronco embrionárias. São células que compõem o interior do embrião humano, “com a capacidade de construir, formar e organizar os vários tecidos e órgãos que ainda não existem, pois estão em processo de formação e que irão constituir o ser humano em suas fases subsequentes de desenvolvimento”³⁹⁵.

A Lei de biossegurança trouxe nova opção para a destinação do excedente, facultando ao casal originário doá-lo para pesquisas com células-tronco, visando a cura de doenças até então incuráveis, como cardiopatias, neoplasias, traumas diversos, doenças genéticas e outras³⁹⁶.

³⁹⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 221.

³⁹⁵ LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. O direito fundamental à vida dos embriões e dos anencéfalos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.229.

³⁹⁶ Em defesa da destinação dos embriões excedentes à pesquisa científica, Carlos Pamplona Corte-Real: “*Mas*

Pois bem. O artigo 5º da referida lei dispõe:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores³⁹⁷.

[...]

O então procurador geral da república, no exercício de suas atribuições, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 contra o referido dispositivo, alegando violação do direito constitucional à vida. Recentemente, a ADIN foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a constitucionalidade da norma em questão, possibilitando a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil.

A lei trouxe em seu cerne questões controversas. A primeira dela é a antiga discussão a respeito da origem da vida humana e da forma com que se deve tratar a primeira manifestação dela que é, indubitavelmente, o embrião.

Trouxe, ainda, o prazo de três anos estipulado para funcionar como possível marco de inviabilidade embrionária para fins reprodutivos. Refuta-se a legitimidade desse prazo, considerando a realização de implantações com embriões congelados há muito mais tempo, o que prova que essa inviabilidade esboçada pela lei é perfeitamente questionável. A inviabilidade biológica, presente no inciso I, também se mantém como incógnita, tendo em vista a ausência de regulamentação que a descreva e determine o seu real conceito.

A polêmica sobre a manipulação das células germinativas cresceu e ganhou notoriedade, no país, quando se constatou a possibilidade de pesquisas com células-tronco em embriões excedentes, no entanto, o cerne da discussão antecede o problema da pesquisa. Antes do surgimento da possibilidade de usar terapêuticamente as células-tronco de embriões humanos,

perante factos há argumentos. E a inutilidade de tantos embriões excedentários não pode deixar de legitimar a *interrogação sobre o seu possível aproveitamento, para fins de pesquisa médico-científica* – desde que não se manipulem células germinais. Não há pois outra forma de resolver o problema, *a menos que se vedasse o recurso à própria FIV (...), e a tanto não se chega.* E com isto parecem cair por base tantos outros pontos de vista – certamente inspirados na temática abortiva – *sobre a índole ininterrompível e irrepitível do embrião como ser precursor do ente humano adulto que origina um processo vital incidível*” (CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida. *In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). Estudos de Direito da Bioética.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 106) (grifos no original).

³⁹⁷ BRASIL. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2008.

a manipulação desses embriões nas etapas da fertilização *in vitro*, para efetivar a procriação, já expõe o tratamento que vem sendo dispensado a eles. Conforme seção específica sobre a fertilização humana *in vitro*, demonstrou-se ser da natureza do processo a existência de riscos agregados, capazes de comprometer a viabilidade embrionária, capazes de não possibilitar condições favoráveis, considerando as minúcias do procedimento, para que os embriões se desenvolvam e apresentem as divisões necessárias à implantação uterina. A fecundação em laboratório é, naturalmente, um procedimento inexato e arriscado porque não há, cientificamente, uma garantia de viabilidade e desenvolvimento embrionário.

Ressalta-se a necessidade de preservar a potencialidade do embrião, enquanto fonte que origina a pessoa, proibindo sua comercialização ou negociação onerosa, de maneira que o destino do excedente esteja subordinado ao consentimento de seus genitores, mas, não atente contra a dignidade humana. “Do ponto de vista ético, o embrião não pode, em nenhum estágio de sua existência, ser tratado como coisa; logo, sua utilização industrial ou comercial está totalmente proibida”³⁹⁸.

A discussão a favor das pesquisas com células-tronco em embriões levanta uma questão verdadeira. Ontologicamente, há vida no embrião, e não se poderia, consoante a existência de vida, permitir a execução de qualquer ato ou procedimento que concorresse para a afetação dessa vida. Porém, não se pode achar que somente as pesquisas com células-tronco embrionárias são as vilãs que destroem a vida e vilipendiam a dignidade, antes disso, deve-se parar para avaliar a violação que antecedeu a permissão das pesquisas, através da legalidade de métodos de fertilização humana artificial e de métodos contraceptivos.

É certo que a lei de biossegurança também recepcionou a necessidade de tutelar situação pré-existente, ou seja, a realidade das clínicas de fertilização *in vitro* que mantém embriões congelados cujos genitores não têm interesse no excedente que originaram, optam, inclusive, pelo seu descarte.

Para preservar o significado ontológico do embrião, não há de se encontrar legitimidade alguma na liberação de pesquisas que violam a sua integridade e o torna instrumento para manutenção de outras vidas. Porém, também para se preservar esse valor ontológico, não se pode escolher e permitir outros procedimentos que vilipendiam, de outra maneira ou com base em outra finalidade, a vida embrionária, como é perceptível nos riscos inerentes à fertilização humana artificial e na ação dos métodos contraceptivos DIU e pílula do dia seguinte. O

³⁹⁸ FERNANDES, Silvia Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

critério jurídico de proteção embrionária deve ser uno.

4.2.3.3 Estatuto jurídico do embrião humano

A inquestionável importância de uma proteção jurídica específica do embrião justifica a necessidade da criação de um estatuto que lhe seja peculiar, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que lhe seja afastada a condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana³⁹⁹. Por via correlata, as opções para o destino do excedente estarão vinculadas ao estatuto ético do embrião. Evidentemente, neste Estatuto ou legislação específica, restará delineada a natureza jurídica do embrião humano, corroborada pela previsão de atos lícitos ou ilícitos sobre ele.

Dessa maneira, ainda que o embrião não tenha sido recepcionado pela sistematização dos sujeitos no Código Civil, nada impede a construção de uma legislação específica que traga regramentos para a prática da reprodução humana artificial, consolidando um estatuto embrionário onde sejam determinados os limites da atuação humana nesta área.

Ainda que o embrião não seja pessoa, é de sua natureza que possa sê-lo. Essa constatação parte da realidade embrionária, do fato de que, ontologicamente, há vida humana no embrião, mas as suas condições não indicam necessariamente a sua continuidade, por motivos que fogem ao controle das ações do homem. Mesmo no processo de gravidez natural, restou-se comprovada a perda de embriões ou os chamados abortos espontâneos, o que atesta, seguramente, essa realidade.

[...] ainda que não tenha um direito à vida como direito fundamental, constitui um bem juridicamente protegido, o que implica o reconhecimento de uma situação que é peculiar, a meio caminho entre pessoa plena e as coisas: só será pessoa se nasce, e não é coisa porque sua potencialidade de transformação leva a que não deva ter a mesma consideração que um tecido ou parte do corpo humano⁴⁰⁰.

A proibição da comercialização e da manipulação genética dos embriões corrobora a

³⁹⁹ “[...] como realçado anteriormente, entre a pessoa e a coisa não há uma relação de uniformidade, mas de dominação do ente humano sobre o objeto. Essa prevalência não pode ser, entretanto, estendida à esfera da procriação assistida, quer por não ser o embrião humano coisa, quer porque essa dominação estaria em desacordo com o princípio da dignidade humana” (AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53).

⁴⁰⁰ ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 117.

iminência de um tratamento diferenciado que deve ser sedimentado por uma construção normativa. A lei 11.105/2005⁴⁰¹ trouxe vedação específica à comercialização de material genético humano, bem como regramentos sobre sua manipulação e alteração, isso, com certeza, já evidencia que o embrião não é uma coisa ou um objeto dentro do Direito.

Essa é a tendência recepcionada por algumas legislações européias que resguardam a dignidade humana atribuindo ao embrião tratamento específico com fulcro na sua possibilidade de vir a se tornar pessoa⁴⁰².

Dessa forma, em defesa dessa proteção, primeiramente, deve-se atentar para a necessidade do controle do excedente embrionário, a fim de que, sua ocorrência seja evidência inerente ao processo de procriação desejado e não uma consequência desordenada que, mediante a observância de alguns critérios, poderia ter sido evitada. A legislação deve, então, disciplinar as técnicas de reprodução artificial, em especial a fertilização *in vitro*, determinando critérios e padrões, como o limite à indução de ovulação (ainda que seja necessário repetir o procedimento), a fim de não se obtenha um número exagerado de embriões, preservando a finalidade reprodutiva e respeitando a potencialidade humana do conceito *in vitro*.

Assim comenta Walther Von Plettenberg sobre o controle do excedente proposto pela lei alemã sobre reprodução humana artificial: “É proibida a fertilização artificial de um oócito com fins distintos do de possibilitar a gravidez da mulher da qual provém o oócito (§ 1,1 ESchG), razão pela qual estaria proibido produzir embriões excedentes com fim de extrair células-tronco”⁴⁰³. Acrescenta, ainda, que “Dentro de um ciclo, poderão ser fecundados no máximo três oócitos para implantação (§ 1,4, § 1,5), o que fez com que a discussão sobre embriões excedentes na Alemanha tivesse uma relevância muito menor que, por exemplo, na

⁴⁰¹ “Art. 5º [...]

[...]”

§3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 6º Fica proibido:

[...]”

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* fr ADN/ ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em células germinal humana, zigoto humano e embrião humano”.

⁴⁰² A fim de proteger o embrião, o ‘Sistema de delegação legislativa para o novo Código Penal italiano’ estabeleceu o delito de produção ou utilização de embriões cuja finalidade não seja a procriação e o delito de produção de embriões em número superior ao necessário para a fecundação na mulher (MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. *In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 187).

⁴⁰³ PLETTENBERG, Walther Von. Células-tronco: legislação, jurisprudência e doutrina na Alemanha. *In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). Células-tronco humanas aspectos científicos, éticos e jurídicos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 206.

Espanha”⁴⁰⁴. Trazendo estatísticas sobre os embriões excedentes na Alemanha, o autor informa que “o registro oficial de FIVs no final de 2000 tinha 71 embriões registrados. O governo alemão foi comunicado em 2001 de que 15 deles, aproximadamente, eram propriamente excedentes.”⁴⁰⁵

O enfrentamento do problema da quantidade adequada dos embriões que deve ser transferida proporcionará a diminuição da gravidez múltipla (que gera riscos para o feto e para mãe), e, conseqüentemente, da necessidade de redução embrionária.

A inviabilidade embrionária⁴⁰⁶ deve ser disciplinada, através da consolidação das características e indicativos médico-científicos que a evidenciam ou a tornam provável, ou seja, descrevendo-se quais os aspectos de um embrião inviável e o que faz torná-lo não recomendado para o implante⁴⁰⁷.

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón esquematizou, resumidamente, a situação jurídica do embrião no direito espanhol, frisando o não reconhecimento de um direito constitucional a eles, apesar da proteção legal à vida pré-natal, a diferenciação da proteção aos embriões viáveis e aos inviáveis, bem como a fecundação com outros fins que não o da reprodução⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 206-207

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 207.

⁴⁰⁶ Carlos María Romeo Casabona entende que “tem-se de admitir a dificuldade que envolve determinar quais enfermidades hereditárias não tratáveis *in vitro* (ou mais adiante, no útero ou, inclusive, depois do nascimento) poderiam justificar não transferir o embrião” (CASABONA, Carlos María Romeo. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 55). Ele sugere a adoção da lista de enfermidades susceptíveis de terapia adotada pelo art. 13.3.C da Lei espanhola 35/1988.

⁴⁰⁷ A respeito da inviabilidade do embrião, é importante observar que: “[...] a viabilidade pode ser interpretada apenas para efeitos ético-jurídicos como uma condição intrínseca do embrião que a possui ou que carece dela, não por uma decisão sobre o destino para o qual será empregado e sim por sua capacidade de desenvolvimento no meio adequado. Aquele que carece dessa possibilidade é inviável. Por inviabilidade devemos nos referir, portanto, a uma inviabilidade biológica e não funcional, pois esta última interpretação seria uma fraude à lei” (RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Sobre regulação da pesquisa com células-tronco, clonagem de embriões humanos e utilização de embriões congelados excedentes da FIV na Espanha. In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas aspectos científicos, éticos e jurídicos*. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 229).

⁴⁰⁸ O autor trouxe a medida da proteção embrionária na legislação espanhola: “Nossa legislação protege a vida pré-natal como um bem jurídico, mas não reconhece um direito constitucional à vida nos não-nascidos. Distingue pré-embriões, até o décimo quarto dia, de embriões e fetos. Os pré-embriões *in vitro* não têm a mesma proteção que os pré-embriões *in vivo*. Intervenções como diagnose, terapia e prevenção são permitidas somente nos pré-embriões *in vitro*, embora o código penal permita ações eugênicas sobre a vida pré-natal, com as ressalvas indicadas no código penal e, evidentemente, a terapia pré-natal em sentido estrito, isto é, dirigida a ações de cura no *nasciturus*, é legal e se desenvolve com certa regularidade. A proteção dos embriões *in vitro* se aplica somente aos embriões viáveis; dessa forma, a proteção legal dos embriões não-viáveis é ainda menor. Do meu ponto de vista, deduzir disso a total ausência de proteção jurídica dos embriões *in vitro* não-viáveis, como faz a maior parte da doutrina, é excessivo. O sistema de certas proibições e a necessidade de autorização pública para as práticas com esses embriões prova que seu estatuto perante a legislação não é indiferente e sim possui um certo valor. Além disso, a legislação mantém a proibição de certas práticas, independentemente de que o resultado seja viável ou não-viável. Estas seriam a clonagem e a fecundação com outros fins que não o da

Para que se possa atribuir um estatuto ético ao embrião, é necessário determinar os limites da manipulação humana sobre ele. É necessário o controle da legislação sobre possíveis atos que atentem contra o patrimônio genético humano. Diferentes situações podem revelar bens, direitos e/ou valores a serem ponderados em face da necessidade de manter ou não a preservação da inviolabilidade embrionária.

De igual maneira, uma legislação que discipline a situação extracorpórea do embrião deve trazer opções para destinação do excedente embrionário que reflitam o tratamento jurídico que lhe é devido. Não se pode pretender afirmar a legitimidade de determinados atos por conta do fim a que se destinam. Se o Ordenamento jurídico brasileiro optar pela preservação da vida embrionária, nenhum ato ou procedimento que atente contra essa vida pode ser aceito. Não importa que procedimento seja esse. Pode ser a realização da fecundação em laboratório por problemas de fertilidade, o uso de métodos contraceptivos ou a manipulação de embriões para fins de pesquisa científica.

5 A DELIMITAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NO REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Sujeito de direito”, dentre as demais categorias dogmáticas que compõem o sistema jurídico, ocupa posição singular. Essa importância se dá pela sua diferenciada relação com outras categorias e conceitos jurídicos, posto que, dogmaticamente, é ela a condição que evidencia a presença da titularidade de direitos e deveres dos entes.

Dentro da estruturação dogmática do Ordenamento, a parte geral do direito privado e a teoria geral do direito se referem, primeiramente, às questões específicas pertinentes a estes sujeitos, considerando a premissa de que, por traz da formulação da categoria “sujeito de direito”,

reprodução” (RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Sobre regulação da pesquisa com células-tronco, clonagem de embriões humanos e utilização de embriões congelados excedentes da FIV na Espanha. *In*: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas* aspectos científicos, éticos e jurídicos. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 231).

reside um sentido pré-normativo e também ontológico, cuja essência pode ser identificada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, o homem como sujeito de direito pressupõe, sem prejuízo do seu significado dogmático, um sentido ontológico, moldado pela idéia de proteção da espécie. Registra-se, contemporaneamente, doutrina especializada que defende a desconstrução dos fundamentos que colocaram apenas o homem como detentor dessa condição, considerando a necessidade de estender o *status* de sujeito de direito também a animais não humanos⁴⁰⁹.

Se a colocação do homem, através da condição jurídica de sujeito de direito, traz, consigo, um coeficiente ontológico e, portanto, anterior a qualquer perspectiva dogmática ou positivista, busca-se, neste caminho, conjugar a carga ontológica, inerente ao “ser sujeito de direito”, ao sentido dogmático, desvelando a fundamentação que culminou na estruturação dos entes sujeitos, manifestados pelo homem em suas diferentes fases de vida. Em verdade, a construção do que se entende por sujeito de direito agrega, por trás de si, a importância do ser humano na História, na Ciência, e em qualquer outro segmento ou área da vida.

Nessa perspectiva, “sujeito de direito” é, pois, categoria ou conceito jurídico que dá o sentido a outras categorias, considerando ser ele o fundamento do próprio sistema, por não haver direitos sem um destinatário. Um direito é essencialmente direito de alguém ou de algum ente.

Avaliados, nos capítulos anteriores, os pressupostos que fundamentam ontologicamente e juridicamente o conceito de sujeito de direito, passa-se a incorrer sobre a estrutura dogmática dessa sistematização. Passar-se a verificar os fundamentos que atestam o reconhecimento da titularidade de direitos nos diferentes estágios da vida humana através da aposição das categorias de prole eventual, embrião, nascituro e pessoa no Ordenamento jurídico. Diversas discussões sobre o tema, que partem de determinações legais, atestam que não são poucas as tentativas de aproximação ou afastamento desses entes à condição de sujeito de direito.

Deve-se, desde já, compreender que tais categorias são, a partir do disposto em lei, diferenciadas das coisas, posto que não são passíveis de negociações onerosas, estando fora dos objetos comercializáveis. O fundamento dessa constatação dogmática é o princípio da dignidade humana, compreendido pelo fato de que, independentemente do momento em que se encontre, a vida possui dignidade intrínseca, merecendo tutela específica, que se dá, precipuamente, pelo afastamento da natureza de coisa. O referido princípio é a tônica para a

⁴⁰⁹ Cf. FAVRE, David. *Judicial recognition of the interests of animals-a new tort*. Michigan State Law Review, 2005; SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, n.36.

diferenciação do homem dos objetos, que é tudo aquilo que tem valor e pode ser comprado⁴¹⁰.

A identificação da posição ocupada pelas diferentes formas de vida humana no regramento jurídico não pode prescindir da constatação do valor ontológico que é inerente a cada uma delas. Se o valor do homem, antes de tudo, é intrínseco e ontológico, sua existência é incondicionada e não pode ser ignorada sob nenhuma perspectiva, ainda que ela assuma formas iniciais, ainda que desprovidas de atributos específicos inerentes ao completo desenvolvimento.

Dentro do Direito, foi possível perceber pré-determinações que afastam o nascituro e o embrião da natureza de coisa, independentemente da sua não condição de pessoa⁴¹¹. O Direito Civil estruturou os sujeitos de direitos, atribuindo-lhes direitos e obrigações, por meio do art.2º e de outros dispositivos destinados à determinação dos direitos do nascituro, do embrião e da prole eventual.

Essa estruturação foi completada pela lei 11.105/2005, a lei de biossegurança, que terminou por disciplinar o embrião em estado de pré-implantação, o que trouxe novos questionamentos sobre a sua posição dentro do Ordenamento jurídico. Tal sistematização foi corroborada, ainda, por leis que versam sobre direitos do não nascido, como a lei 11.804/2008, que trata dos alimentos gravídicos devidos ao nascituro, e, mesmo, pelo Código Penal, instrumento que afirma categoricamente o direito à vida do feto.

A constatação de que ao embrião, à prole eventual, ao nascituro e à pessoa foi concedida condição de sujeito de direito parte da dogmática traçada no Código Civil e nas leis 11.105/2005 e 11.804/2008. Passa-se, então, a compreender como se deu essa condição.

5.1 A IMPORTÂNCIA DA ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA

As relações jurídicas não se exprimem como as relações das ciências naturais, posto que envolvem, diretamente, seres humanos e exalam comportamentos culturais que detém significativo coeficiente de subjetivismo. Se as relações de Direito são sempre relações entre os homens, a estes será, em todo momento, resguardada proteção específica que coadune a

⁴¹⁰ Immanuel Kant prelecionou a idéia exata da diferença entre ser pessoa e ser coisa quando determinou que as coisas têm preços e os homens dignidade (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008).

⁴¹¹ Pessoa aqui no sentido de pessoa natural ou física, categoria jurídica fruto de uma construção científica.

sua natureza.

A dogmática jurídica é uma parte da ciência do Direito que pode ser entendida como um estudo sistemático das normas vigentes, ordenando-as segundo princípios e preceitos, e buscando a sua aplicação⁴¹².

A natureza dinâmica da ciência jurídica não a impede de se valer do pensamento dogmático para construir sua sistematização. A elaboração do Direito se dá pela dogmática, compreendida a partir da aposição de categorias, conceitos, classificações, construções e ficções⁴¹³. Construções de natureza dogmática pressupõem delimitações conceituais, propícias à formação de um pensamento sistemático.

A dogmática jurídica é a forma preponderante assumida pelo Direito no Estado moderno. Essa dogmatização exige dois pré-requisitos, a obrigatoriedade de argumentar e a obrigatoriedade de decidir. O sentido de argumentar parte da referência a uma determinada norma existente no Regramento jurídico. A argumentação se dá pelo que foi positivado num instrumento legal. Nessa perspectiva dogmática, o Direito compromete-se a resolver todo e qualquer conflito levado ao Estado⁴¹⁴.

Antes de compreender a necessidade de estruturar os entes através das categorias de sujeitos de direito, propôs-se, conforme seções anteriores, descrever a realidade ontológica desses sujeitos, partindo da avaliação de seu significado para que se pudesse, a partir de então, avançar para o sentido de um pensamento dogmático. A estrutura dogmática das categorias de sujeitos humanos não poderia ser avaliada sem a constatação dessa realidade que a antecede, própria da condição de homem, como pressuposto do próprio Direito.

Afirmar a importância da delimitação dogmática do conceito de sujeito de direito não implica no afastamento do pensamento não dogmático, próprio da filosofia. O papel da dogmática não pode ter como finalidade o engessamento teórico dos conceitos. A dogmática jurídica não deve se afastar da idéia do Direito como um sistema, cujas premissas são ordem, unicidade e adequação valorativa⁴¹⁵.

Avaliando a necessidade de compreender o conteúdo ontológico da idéia sobre pessoa e dos direitos de personalidade no Código Civil português, antes de adentrar à perspectiva,

⁴¹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.323.

⁴¹³ Cf. LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.55 *et seq.*

⁴¹⁴ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p.13.

⁴¹⁵ Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

dogmática, Diogo da Costa Gonçalves entende: “Sem conhecer a realidade ontológica, sem conhecer o real objecto da tutela do Direito, como pode o jurista aspirar a qualquer desenvolvimento normativo dos direitos de personalidade? Sem saber o que é pessoa, como podemos determinar a sua tutela?” E conclui: “Conhecer, pois, a realidade ontológica da pessoa humana, definir a visão antropológica com a qual nos comprometemos, é o primeiro passo metodológico a ser dado para poder determinar o conteúdo normativo do artigo 70º e seguintes do Código Civil”⁴¹⁶.

Construir uma estruturação jurídica de sujeitos, através de um instrumento normativo, é sistematizá-los, pré-determiná-los como parte de uma totalidade. A Constituição Federal, o Código Civil, a lei 11.105/2005, a lei 11.804/2008 e o Código Penal previram direitos para o ente humano, escalonaram possibilidades e prerrogativas, o que, conseqüentemente, pressupõe uma também previsão sobre a quem esses direitos se destinam. Dessa maneira, se há previsão de direitos, há previsão de sujeitos, de titulares que os merecem.

É do sentido e da essência da ciência jurídica a formação de categorias e conceitos, a partir da construção dogmática. O Código Civil imbuíu-se dessa incumbência, através da previsão das categorias “pessoa”, “nascituro” e “prole eventual”, referentes aos estágios da vida do ser humano. O sentido de estruturar categorias de sujeitos de direito é, assim, a revelação dessa necessidade, peculiar à ciência jurídica. O “embrião”, também como categoria disciplinada, pode ser incluído consoante ter a codificação civil previsto o seu direito à sucessão, quando fez referência aos entes já concebidos, no art. 1798.

A estruturação dogmática pode ser compreendida pela necessidade que a ciência jurídica tem de definição ou delimitação de conceitos específicos. É natural e da essência da atividade jurídica precisar sentidos. “Ao definir, não proclama o jurista verdades e princípios absolutos, antes expressa a decisão de tratar os fatos por um certo critério, de coordená-los de certa maneira”⁴¹⁷. Corroborar-se a idéia de que precisar conceitos jurídicos não deve ter como escopo promulgar verdades absolutas.

Por vezes, as definições restam insuficientes ou não claras, o que é natural na seara do Direito. Indefinições jurídicas podem gerar interpretações diversas, inadequadas ou contraditórias. Tal possibilidade não retira do Direito a aspiração da precisão, que se dá por meio de categorias ou classificações e conceitos. “Categorias e classificações são quadros destinados a

⁴¹⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p.13.

⁴¹⁷ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.59.

ordenar os elementos da vida jurídica, segundo sua natureza e afinidade comuns, como, por exemplo, as pessoas, as coisas, os fatos jurídicos e os atos jurídicos⁴¹⁸. As categorias jurídicas são formuladas com base nos fatos sociais e refletem substancialmente a realidade da vida e das relações entre os indivíduos.

Construções dogmáticas são importantes e inerentes à essência do Direito, no entanto, não cumprem o papel de engessamento da atividade jurídica. Conforme proposto, a importância da estruturação de categorias é apreendida pela relevância da segurança jurídica e pela necessidade de compreender o Direito a partir de um pensamento sistemático, explicitado pela idéia de que as categorias, os conceitos ou noções não são esparsas, mas são determinações coesas que se completam e integram uma ordem de idéias. O Direito, assim como outros ramos científicos, também possui uma teoria geral que lhe dá fundamento e sustentação, através dos recursos da categorização, classificação e conceituação.

A estruturação dogmática é própria da ciência jurídica, que, como outras ciências, também não está isenta de uma construção teórica que a legitime, que a faça ter sentido e que elenque os fundamentos iniciais para a sua compreensão. Este trabalho parte da importância da estruturação dogmática dos sujeitos, porém, fiel à dimensão do Direito e à sua necessidade de renovação, revela outros fundamentos e acompanha um posicionamento que não é o dominante na doutrina.

Tal posicionamento parte da nota de que o Código Civil resguardou direitos à pessoa natural, ao nascituro e à prole eventual, que se diferencia do embrião fecundado *in vitro* e em estado extracorpóreo, disciplinado mais incisivamente na lei de biossegurança, conforme esmiuçado no capítulo anterior.

5.2 DIREITOS SEM SUJEITO?

A fim de justificar a concessão de direitos a entes que não são pessoas, falou-se, na doutrina, na possibilidade da existência de direitos sem sujeitos. Essa possibilidade, evidentemente, nasceu da dificuldade em se admitir a concessão de direitos a entes destituídos de personalidade e, conseqüentemente, da condição de pessoa. Os autores que a defende pautam-se no fato de que apenas as pessoas e, portanto, os entes detentores de personalidade, podem

⁴¹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

ser titulares de direitos no Ordenamento. Dessa maneira, admitem a existência de determinados direitos voltados a entes despersonalizados, mas negam a condição de sujeitos de direitos desses entes.

Contrapondo esse entendimento, Clovis Bevilacqua afirma que, anatomicamente, todo direito compreende um sujeito, um objeto e uma relação que os liga. Não há direito sem sujeito, porque, na realidade, o sujeito é elemento lógico da idéia de direito. Para explicar o caso do nascituro, o mesmo autor conclui pela necessidade de atribuir-lhe personalidade jurídica, pois, parte da compreensão de que somente entes personalizados podem ser sujeitos de direito⁴¹⁹.

Pontes de Miranda também traz a discussão em torno da possibilidade de direitos sem sujeito, ao esmiuçar os entendimentos de autores que a afirmavam e dos que a refutavam. Segundo ele, era necessário, primeiramente, perguntar “que é sujeito de direito”, posteriormente, “que é que, no sistema jurídico de que se trata pode ser sujeito de direito”. E conclui: “Se o sistema jurídico, como sistema lógico, atribui direito a animais e a coisas, tais animais e coisas não são objeto, - são sujeitos; e exatamente em só se atribuírem direitos a homens e a entidades, de que se precisava para as relações da vida, constituiu uma das linhas da evolução jurídica”⁴²⁰. Pontes de Miranda também prima pelo afastamento da idéia de que possam haver direitos sem um sujeito aos quais aqueles estejam destinados. No entanto, como parte do entendimento dominante, afirma a possibilidade de direitos apenas para quem tenha personalidade jurídica e seja, dessa forma, pessoa.

Miguel Serpa Lopes, descrevendo a possibilidade da existência de direitos sem sujeitos, sintetizou o posicionamento dos autores que defenderam a teoria. A idéia nasceu da concepção de Windscheid e foi desenvolvida posteriormente por outros doutrinadores. Partiu-se da negação da existência de um sujeito de direito, nos casos do nascituro, da herança jacente e outros, em prol de afirmar a existência tão somente de uma destinação “pois o direito pode servir extraordinariamente a um objetivo impessoal, ou ser conservado para um homem a cujos interesses deverá servir para o futuro”⁴²¹. Seguindo esse liame, não se trataria de um direito subjetivo, pois o bem em questão estaria apenas vinculado ao seu titular futuro.

Em contraposição a esse entendimento, pode-se admitir circunstâncias em que o sujeito não

⁴¹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1929, p.63. Nesta obra, foram colacionados os autores que afirmam a possibilidade de direitos sem sujeitos: WINDSCHEID; KOEPPEN, SHIRMER e outros.

⁴²⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.136.

⁴²¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.198.

está habilitado a exercer a sua vontade, nada impedindo de reconhecer-lhe o direito subjetivo em consideração ao futuro, como ocorre no caso da prole eventual e do nascituro, o que afasta a possibilidade de que existam direitos sem sujeitos titulares. Estes são sujeitos ainda que não possuam capacidade para manifestarem-se em situações concretas.

Antes de tudo, deve-se pensar tal entendimento a partir da antinomia que ele representa. Se um sistema jurídico confere direitos a um ente, naturalmente, é porque atribui a ele a característica de titular de direitos, de ser que possui determinadas prerrogativas resguardadas pela ordem jurídica. Partir da idéia de que há possibilidade de direitos sem sujeito é desconstruir todo o discurso da teoria geral do direito: não se pode admitir a existência de direitos sem um ser que os titularize.

As afirmações sobre a possibilidade de direitos sem os seus titulares têm como fundamento a equiparação equivocada do conceito de pessoa ao conceito de sujeito de direito, donde se extrai, mais uma vez, a necessidade de revisão desta vinculação. Quem afirma a existência de direitos sem sujeito de direito o faz com base no entendimento de que entes despersonalizados não podem ser titulares, o que vai de encontro às disposições legais.

5.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA ESTRUTURAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A codificação civil de 1916 entendia a propriedade como o valor principal à realização dos indivíduos, de modo que aos interesses patrimoniais, revelados também pelas relações contratuais, sempre era resguardada posição de destaque. Essa relevância excessiva dos interesses privados suprimiu, de forma aviltante, o valor ontológico do ser humano da sistematização civilista.

O apogeu do Direito Civil na perspectiva personalista constitucional se dá, sem dúvidas, a partir da avaliação do sentido da construção jurídica “sujeito de direito”. Novos paradigmas científicos e sociais obrigam o repensar de um direito cujo fulcro, desde sempre, era essencialmente patrimonialista, pautado em idéias do liberalismo econômico e fincado na defesa e no valor da propriedade.

Esse panorama afasta o operador jurídico do apego aos dogmas e às categorias tradicionais do Direito, o que inclui a necessidade de repensar a sistematização clássica dos sujeitos. Essa

nova leitura do Direito Civil⁴²² deve ser capaz de se vincular à necessidade de estruturar uma ordem protetiva que coloque o ser humano no centro das relações jurídicas, cuja premissa principal está fincada no seu valor ontológico e na sua dignidade intrínseca.

A partir da análise de alguns dispositivos do Código Civil, destaca-se o afastamento da natureza de coisa dos entes intitulados como prole eventual, embrião, nascituro e pessoa. Parte-se para avaliar a forma com que a lei disciplinou esses entes, considerando a adequação ou não da estruturação ou sistematização dessas categorias, o reconhecimento do valor ontológico da vida humana e a determinação dos critérios que definem a existência de um sujeito de direito.

5.3.1 O prestígio do valor ontológico da vida humana como um pressuposto à delimitação conceitual

A significação exata dos termos jurídicos reclama a incursão ao significado de outros termos, que se dá através da teoria do conhecimento, terreno dos conflitos entre o realismo e o idealismo. Dessa maneira, determinar conceitos jurídicos é tarefa que abrange elementos fáticos, que partem de realidades concretas, e elementos ideais, próprios do dever ser e situados no plano da ontologia e da metafísica⁴²³.

A defesa do valor ontológico da vida humana parte da constatação de que é necessário preservar o significado do ser humano, sem prejuízo do estágio de seu desenvolvimento biológico. Segundo Mario Emilio Forte Bigotte Chorão, “a condição ontológica de pessoa não é uma qualidade mensurável, isto é, que se pode ter em maior ou menor medida; pessoa, ou se é por natureza, ou não se é [...]”. No entanto, “as capacidades da pessoa e o seu exercício, isso sim, são variáveis ao longo do ciclo vital. Em suma, desde o início ao termo da vida, mantém-

⁴²² Sobre o assunto, consultar: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁴²³ Edgar de Godói da Mata Machado atenta para o papel do método filosófico e, portanto, da ontologia, no estudo da personalidade e do sujeito de direito. Ele afirma que deve-se recorrer à ontologia quando se quer “entrar na posse da significação exata de outros termos jurídicos, mesmo entre os mais próximos da materialidade ou do chamado mundo fático” (MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Elementos de teoria geral do direito*: para os cursos de introdução ao estudo do direito. 4.ed. rev. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p.321).

se o *status* pessoal do ser humano vivo, independentemente dos acidentes e vicissitudes de ordem somática, psíquica e espiritual”⁴²⁴.

A aparição das figuras do embrião extracorpóreo e do nascituro, dentre os possíveis sujeitos de direito, é essencial para integrar o significado do discurso ontológico. Tem-se procurado justificar condutas na área do Direito invocando uma pretensa diferenciação ontológica do homem, devido aos diferentes estágios de seu desenvolvimento evolutivo, ou mesmo, biológico. Sob o ponto de vista ontológico, a espécie humana é sempre a mesma, seja o homem como embrião, feto, nascituro ou portador da condição de nascido.

A diferenciação de tratamento jurídico dado às diferentes fases sucessivas da vida humana pode ser concretizada por uma opção político-legislativa, que, certamente, decidiu pela diferenciação, considerando outras circunstâncias que merecem também uma análise criteriosa.

O nascituro, mesmo não equiparado pela lei à pessoa, tem o mesmo fundamento ontológico que ela. Não há argumento legítimo que tente afirmar a ausência de vida naquele que está por nascer, a discussão é, pois, quanto à maneira com que se pode construir a proteção dessa vida e não quanto à presença de requisitos que a representem.

A salvaguarda do seu direito à vida o aproxima consideravelmente do *status* jurídico de pessoa. O Ordenamento, inclusive, ao ponderar valores envolvidos por bens jurídicos distintos, relativizou esse direito, através do art. 128, incisos I e II, do Código Penal. A vida do nascituro foi eivada de proteção, podendo ser ceifada nos casos de risco de vida da gestante ou se sua existência decorreu do crime de estupro.

Como visto, a questão do sujeito de direito remonta, diretamente, ao conceito de pessoa, enquanto formulação jurídica, apesar de não se equiparar a ela, porém, não escapa do enfrentamento filosófico, efetivado no capítulo segundo, e, conseqüentemente, do sentido ontológico, trabalhado ao longo deste texto dissertativo.

Nesse liame, afirma-se que, na construção da idéia sobre sujeito de direito, antecedida pela idéia sobre pessoa, todo o pensamento ocidental foi esboçado a partir da diferenciação entre essência e existência. Ontologicamente, a essência precede a existência⁴²⁵, fato que atesta a

⁴²⁴ CHORÃO, Mario Emilio Forte Bigotte. *Bioética, pessoa e Direito*. Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano. Disponível em: <<http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008, p.2.

⁴²⁵ CARNEIRO, Maria Francisca; PEREIRA, Potiguara Acácio. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.30, n.30, 1998, p.237.

defesa pela construção de uma estrutura dogmática pautada no sentido e no significado do sujeito.

No entanto, há divergências grandes quanto ao alcance do sentido ontológico. A dimensão ontológica do ser humano não deve ser alcançada essencialmente por um fundamento advindo do critério biológico, que é o simples fato de pertencer à espécie humana. Contrapondo tal fato, alguns autores⁴²⁶ afirmam a necessidade da incidência de outros fatores para que possa alcançar o valor ontológico da dignidade humana, que mantém também relação com a vida do homem.

5.3.2 O reconhecimento da condição de sujeito de direito: o afastamento da equiparação ao conceito de pessoa

O pensamento dominante na doutrina brasileira tradicional, expressado por autores como Pontes de Miranda, Clovis Bevilacqua, Teixeira de Freitas, Orlando Gomes e Miguel Serpa Lopes, é baseado na estreita vinculação entre a titularidade de direitos e o conceito de pessoa⁴²⁷.

Como visto no decorrer do trabalho, as infinitas discussões doutrinárias sobre a condição jurídica do embrião extracorpóreo e do nascituro podem ser visualizadas pela insistente equiparação do conceito de sujeito de direito ao conceito de pessoa. Para refutar essa postura e identificar quais os critérios eleitos pelo sistema jurídico para que um ente passe a ser dotado da condição de sujeito de direito, é necessário encarar as preleções doutrinárias que condicionam a existência do sujeito à existência da pessoa.

⁴²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p.220 *et seq.*

⁴²⁷ Nesse sentido autores como: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975; FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil. Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores, 1952; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

Conforme discorrido anteriormente, é evidente a necessidade de afastamento da existência de direitos sem sujeitos, considerando a natureza intrínseca desses direitos, naturalmente nascidos e continuamente existentes por conta de um destinatário, por conta de um indivíduo ou ente que os possuam⁴²⁸. Todo direito pressupõe a necessidade de uma relação jurídica, que se dá somente quando presente o sujeito, como titular de um direito ou de um dever.

Tecnicamente, conforme a legislação civil, a aquisição do *status* de pessoa física ou natural condiciona-se à incidência do atributo da personalidade. A partir disso, questiona-se se a aquisição de direitos está condicionada ao referido atributo, considerando a existência de entes, como o nascituro, a prole eventual, o condomínio, a massa falida, a herança e as sociedades de fato, destituídos de personalidade e, visivelmente, titulares de direitos e de deveres.

Viu-se que, no entendimento dominante⁴²⁹, a doutrina privatista afirma a existência de duas espécies de sujeitos de direito, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, o que, conseqüentemente, desemboca na afirmação de que sujeito de direito é sinônimo de ente personalizado.

Dentre as conseqüências geradas pela equiparação dos conceitos de pessoa e de sujeito de direito, pela doutrina, destacam-se os esforços contínuos para explicar a natureza jurídica do nascituro a partir da avaliação da teoria que possa explicar, coerentemente, a aquisição de sua personalidade. Para a solução da aparente antinomia jurídica que envolve a concessão de direitos ao não nascido, a doutrina se divide na adoção das teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

José Carlos Barboza Moreira afirma que nenhum princípio, *a priori*, “exige que se identifiquem “personalidade” e “possibilidade de ser titular de direitos”. É questão deixada a critério do legislador, que pode optar pela identificação ou pela separação conceitual”⁴³⁰.

⁴²⁸ Esse é o entendimento de MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.125 *et seq.* Vários autores afastam essa possibilidade com fulcro na afirmativa de que todo direito pressupõe um destinatário, um ente possuidor.

⁴²⁹ Nesse sentido, a doutrina clássica e boa parte da doutrina moderna: MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Ensaio de psicologia jurídica. Campinas, SP: Bookseller, 2002; BEVILÁQUA, Clóvis. *Op.cit.*, 1975; FREITAS, A. Teixeira de. *Op.cit.*, 1952; GOMES, Orlando. *Op.cit.*, 2002; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op.cit.*, 1998; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1. 41.ed. rev. e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. De acordo com o Código Civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.116.

Disso resulta a assertiva de que não há nenhuma pré-determinação legal que afirme que somente pessoas podem ser sujeitos de direitos.

Na realidade, reduzir a análise do tratamento devido ao nascituro à tentativa da adoção de uma teoria que explique verdadeiramente a sua condição jurídica é consequência da equiparação doutrinária dos conceitos de pessoa e sujeito de direito. As teorias versam sobre o começo e a existência da personalidade jurídica do nascituro, o que, de fato, pelo disposto no art. 2º do Código Civil, não se configura. A disciplina do nascituro pode prescindir das discussões sobre a melhor teoria que determine a sua condição, quando se comece a percebê-lo como ente despersonalizado, e, portanto, diferente da categoria jurídica “pessoa”, mas sujeito de direito, conforme optou o Ordenamento jurídico.

É oportuno também salientar que as teorias que versam sobre o início da personalidade partem de uma mesma e equivocada premissa fundamental: a equiparação. Esse entendimento pode ser refutado quando se comece a perceber que sujeito de direitos é o gênero, por abranger características mais gerais, cujas espécies são a pessoa e o ente despersonalizado.

Se se começar a pensar na possibilidade de que ser sujeito de direito não é necessariamente ser pessoa, pode-se começar a repensar as controvérsias que, há muito tempo, permeiam a determinação da condição jurídica dos entes despersonalizados. A avaliação da proteção específica do nascituro supera a discussão sobre qual teoria foi adotada pelo Código se se admitir a sua condição de sujeito de direito, mesmo não sendo pessoa física ou natural. É preponderante na doutrina a opinião segundo a qual sujeitos de direitos sejam somente as pessoas.

Esse *status* de sujeito de direito do nascituro deriva da sua natureza, manifestada como um dos estados de desenvolvimento da vida humana. Sob o ponto de vista normativo, não se deve ignorar a precisão terminológica ou a linguagem técnico-científica da lei, mais especificamente, o que diz o art. 2º do Código Civil. Há um significado eminente em por a salvo direitos, desde a concepção.

O uso da palavra “direitos”, dentro da sistemática jurídica, tem significação. Esse fato é ponto de partida para a constatação de que há duas possibilidades contidas no artigo 2º do referido Código: Ou se aceita a possibilidade de que um ente seja considerado sujeito de direito, ainda que não detenha personalidade jurídica, ou se afirma a contradição insolúvel do dispositivo⁴³¹.

⁴³¹ Cf. entende MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005,

Assim, entende Marcos Bernardes de Mello:

[...] Há mais sujeitos de direito que pessoas. Todo ente, independentemente de que seja pessoa, a que normas jurídicas atribuem algum direito, ou uma simples situação jurídica de capacidade, como uma qualidade, qualificação ou capacidade qualquer [...], tem entrada no mundo jurídico como sujeito, mesmo limitadamente à situação jurídica que lhe é atribuída. Nessa condição de sujeito de direito, que não é pessoa, citamos: o nascituro, o *nondum conceptus*, a herança jacente e vacante, a massa falida, o condomínio etc⁴³².

O autor prossegue afirmando que todo fato jurídico refere-se naturalmente a um sujeito de direito, porque a sua eficácia se liga a alguém ou a algum ente a que o Ordenamento outorga capacidade de direito. “Mesmo as normas jurídicas que não criam direitos, pretensões, ações e exceções, mas, apenas, dispõem sobre possibilidades de titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções [...] têm como pressuposto sujeito que lhes venha a ser titular.”⁴³³ Ele completa afirmando que não há sentido um fato jurídico que não se referisse a algum sujeito de direito. Os suportes fáticos pressupõem o elemento subjetivo (a indicação de certo sujeito de direito), mesmo que isso não seja explícito⁴³⁴.

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, a expressão “sujeito de direito” é um conceito mais abstrato do que pessoa, por abranger um número maior do que as situações que possam se referir à pessoa. Pode-se dizer que toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito é pessoa. Assim, conclui que quando se fala em direito, obrigação, pretensão e ação, “mencionam-se situações jurídicas que não podem ficar soltas sem um suporte. Continua correto dizer que todo direito e obrigação (em sentido amplo) necessita ser referenciado a um sujeito. O equívoco encontra-se em limitar a noção de sujeito de direito à pessoa”⁴³⁵.

É necessário, ainda, atentar para o fato de que a discussão doutrinária sobre a equiparação dos conceitos de personalidade e capacidade de direito em nada muda a possibilidade de um ente despersonalizado ser considerado um sujeito de direito. Ainda que se afirme que a lei confere tão somente capacidade de direito ou subjetividade ao nascituro, não há mudanças quanto à sua condição de titular de direitos, considerando o fato de que, para gozar deles, não há necessidade de personalidade jurídica.

p.115-116.

⁴³² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.47.

⁴³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.47.

⁴³⁴ *Ibidem*, p.47 e 61.

⁴³⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.13.

Passa-se, então, a refletir sobre a diferença entre personalidade jurídica e capacidade de direito, necessária à compreensão da diferenciação entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito. Desde logo, deve-se atentar para o fato de que a confusão entre os referidos conceitos se dá também pela confusão entre os conceitos de personalidade e capacidade, já mencionada em seção específica.

A primeira constatação sobre esta diferença parte da afirmação de que é matéria pacífica, sob o ponto de vista jurídico-científico, que pessoas são os seres humanos nascidos, denominados pessoas naturais ou físicas e certos entes criados para determinados fins explicitados em lei, denominados pessoas jurídicas, donde se conclui que as pessoas são *numerus clausus*. No entanto, também é verdade que a titularidade de direitos não cabe somente às pessoas, prerrogativas concedidas, também, aos entes despersonalizados. Daí se extrai a diferença entre ter personalidade e ser pessoa e ter capacidade jurídica e ser sujeito de direito⁴³⁶.

A diferença entre ser sujeito de direito e ser pessoa pode ser visualizada quando se avalia a posição de entes despersonalizados como o nascituro, a massa falida, o espólio entre outros. O nascituro e os demais entes destituídos de personalidade não são pessoas, porém são titulares de direitos, eis, então, o substrato fático para comprovação da distinção dos conceitos.

Dessa maneira, é possível afirmar que, no Ordenamento jurídico brasileiro, a aquisição da personalidade não foi o critério recepcionado por lei para que um ente pudesse ser considerado sujeito de direito. Ainda que dogmaticamente tal afirmação desconfigure o pensamento tradicional e dominante em torno da idéia de que somente as pessoas são sujeitos de direito, consoante se depreende do Código Civil e das leis 11.105/2005 e 11.804/2008, a prole eventual, o embrião e o nascituro são detentores desta qualificação.

5.4 A ESTRUTURAÇÃO DE *LEGE DATA*: A POSIÇÃO JURÍDICA DA PROLE EVENTUAL, DO EMBRIÃO, DO NASCITURO E DA PESSOA NATURAL

Um olhar para a codificação civil brasileira aponta para a existência de quatro entes ou categorias centrais, ligados ao ser humano: pessoa natural, nascituro, embrião e prole eventual. Conforme discorrido anteriormente, há, seguramente, diferença substancial entre o embrião humano em estado extracorpóreo e o que a referida codificação chama de prole

⁴³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.126-129.

eventual. O Código Civil de 2002 não fez menção específica ao embrião humano fertilizado e mantido em laboratório, deixando de tutelar oportunamente a questão, apenas assegurou, no art.1.798, o seu direito à sucessão.

Pois bem. A pessoa natural, no Código Civil, é o ente provido de personalidade jurídica que titulariza uma extensão de direitos e obrigações, o que a caracteriza, indubitavelmente, como um sujeito de direito. Na mesma condição, encontra-se a pessoa jurídica.

A pessoa natural, cuja expressão é o homem nascido, individual e existente, é a destinatária sublime dos direitos que integram a essência de qualquer ordem jurídica. É, de fato, razão e fundamento para essa ordem, afirmativa comprovada pela posição ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cujos efeitos são irradiados para toda a sistemática do direito civil. Os direitos que lhe são salvaguardados são, em essência, os chamados direitos fundamentais, os direitos da personalidade, bem como os que estão explicitamente prescritos em lei ou os que são fruto da interpretação e atividade jurisdicional dos tribunais.

A apresentação taxativa dos direitos do nascituro corrobora o fato de que a sua natureza não é a de pessoa, pois todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem a necessidade da lei mencioná-los um a um. A opção da legislação em determinar precisamente quais seriam estes direitos implica na presença de um tratamento específico, diferente do destinado à pessoa, cujos direitos não precisam ser tecnicamente taxados por lei.

O Código Civil, especificamente em seu art. 2º, não assegura personalidade jurídica ao nascituro mas salvaguarda-lhe direitos, explicitados em outros dispositivos, como o direito à vida, o direito de ser adotado, o de ser alimentado e o de obter a reparação de danos que porventura possam lhe ser causados.

Sérgio Abdalla Semião afirma que, ontologicamente, não há dúvidas sobre a existência da vida humana tão logo ocorra a concepção. A discordância é quanto ao tratamento jurídico do conceito. O concebido presente no ventre materno não é juridicamente pessoa, este conceito é diverso do conceito filosófico puro de vida humana⁴³⁷. Tal assertiva parte, visivelmente, da opção legislativa em tratar o nascituro como categoria própria, não lhe imputando a natureza jurídica de pessoa e nem por isso o aproximando de coisa.

A previsão de direitos específicos ao nascituro é a primeira justificativa para a afirmação de que, mesmo não sendo pessoa e possuindo natureza jurídica autônoma – a de nascituro, da

⁴³⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.63.

leitura da legislação em comento, este ente é sujeito de direito. Marcos Bernardes de Mello afirma que o nascituro “tem a capacidade de ser parte e titularidade de pretensões de direito material, o que o caracteriza, sem dúvida, como sujeito de direito, sem ser pessoa”⁴³⁸.

O nascituro, enquanto sujeito de direito dentro do Ordenamento jurídico, é detentor dos direitos que estão definidos em lei, que são o direito à vida, à herança, à adoção, a alimentos, à reparação em caso de danos.

Sobre a prole eventual, no Código, resta evidente a previsão, no art. 1.799, de que são legitimadas a suceder filhos ainda não concebidos, portanto, indivíduos frutos de uma prole futura, que, de fato, não existe no momento, podendo existir futuramente ou não. Consoante a previsão do citado artigo, à prole eventual foram destinados direitos, mesmo que ela seja, indubitavelmente, destituída de personalidade.

Cumpra compreender o sentido dessa previsão. Os direitos são destinados a um ente que ainda não existe. Ele não é parte de uma realidade, o que a afasta concretamente de um homem nascido, de um feto ou de um embrião. Entretanto, não há óbices em imputar à prole eventual a característica de sujeito de direito⁴³⁹, sem perder de vista o fato de que ela pode ou não vir a existir.

Oportuno, agora, trazer o posicionamento de Marcos Bernardes de Mello sobre a condição do nascituro e da prole eventual dentro do Direito. O autor afirma que a titularidade de direitos e deveres cabe às pessoas, mas não em caráter de exclusividade. O Ordenamento jurídico atribui a quem não é pessoa direitos. “É o que se verifica quanto aos seres humanos não nascidos (nascituros) ou mesmo não concebidos (*nondum concepti*), a alguns entes formados por grupos de pessoas [...] e a certas universalidades patrimoniais”⁴⁴⁰. O autor prossegue afirmando:

Uma análise, mesmo perfunctória, dessas situações faz ressaltar, à evidência, que não se pode, do ponto-de-vista científico, das a esses entes outro tratamento senão o de sujeitos de direito. Sem dúvida, ao receberem a outorga, pelas normas jurídicas, de titularidade de direitos, pretensões, deveres e obrigações e, em especial, da possibilidade de integrarem uma posição, ativa ou passiva, em relação jurídica, mesmo apenas processual (=

⁴³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.138.

⁴³⁹ Marcos Bernardes de Mello afirma que o não concebido, portanto a prole eventual também pode ser considerada sujeito de direito, tendo em vista a titularidade de direitos que lhe foi concebida pelo Código Civil. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.47).

⁴⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p.127.

capacidade de ser parte), esses entes, efetivamente, recebem a qualidade de sujeitos de direito. A lei, sem dúvida, os fez sujeitos de direito, sem deles fazer pessoa⁴⁴¹.

Assim, a prole eventual, como sujeito de direito no Ordenamento jurídico, tem, explicitamente direito à herança.

Reiterando a diferença entre embrião e prole eventual, afirma-se configurada a concepção (junção do óvulo com o espermatozóide) no embrião, o que não ocorre quando se fala em prole eventual.

Sobre a disciplina jurídica do embrião no Código, é sabido que o art. 1.798 determina a possibilidade da sucessão de pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O uso do termo “pessoa concebida” pode ser encarado como referência ao embrião, em estado de implantação uterina ou não, o que atesta a constatação de que ele, conforme tal dispositivo, também é sujeito de direito, já que está legitimado a suceder.

No entanto, o supracitado artigo é por demais insuficiente para assegurar a real disciplina do embrião dentro da sistemática dos titulares de direitos, o que, de fato, deveria ter sido repensado, quando da reformulação do instrumento normativo. Sobre essa falta de tratamento pelo Código Civil, entende Jussara Maria Leal de Meirelles que o embrião concebido e mantido em laboratório é estranho ao modelo clássico. Ele não é pessoa natural ou física, pois inexistente o nascimento com vida, não é nascituro, porquanto à época do Código, por não estar em desenvolvimento no ventre materno, e também não é prole eventual, considerando a existência da concepção⁴⁴².

Tal tratamento pode ser realmente constatado quando se parte para a análise da Lei 11.105/2005 que disciplinou o destino de embriões concebidos *in vitro* e excedentes à fertilização extracorpórea.

O art. 5º da referida lei afirma a possibilidade de que embriões humanos excedentes sejam revertidos à pesquisa científica com células-tronco desde que seja obtido o consentimento dos seus genitores. Essa previsão afastou qualquer tentativa de conferir ao embrião o mesmo *status* jurídico de pessoa, uma vez que a possibilidade de realizar pesquisas científicas neles implica na sua destruição. O tratamento jurídico dado pela lei ao embrião em situação extracorpórea o afasta da condição jurídica de pessoa, o que corrobora o disposto no art. 2º do

⁴⁴¹ *Ibidem*, p.128-129.

⁴⁴² Cf. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.57.

Código Civil, quando previu que a personalidade é um atributo somente alcançado por entes nascidos com vida, vinculando-a a pessoa.

A partir do disposto na lei, foi possível perceber que o embrião não goza da natureza jurídica de pessoa, estando, pois, subordinado à anuência dos genitores para a sua destinação. A vedação de sua comercialização ou qualquer tipo de negociação onerosa que o envolva atesta o seu afastamento da condição de coisa, uma vez não ser objeto passível de compra e venda. Ao embrião, manteve-se a natureza jurídica de embrião, posicionamento reafirmado pelo voto⁴⁴³ do relator que julgou pela constitucionalidade da lei 11.105/2005.

Tais afirmações desembocam na constatação de que o Ordenamento jurídico brasileiro previu direitos distintos à pessoa, ao nascituro, à prole eventual e, mesmo, ao embrião extracorpóreo. Disso resulta que lei atribuiu naturezas distintas a tais entes, colocando-os como sujeitos de determinados direitos, portanto, aqueles que estão previstos especificamente em lei, de modo a não importar que, para tanto, sejam eles providos de personalidade jurídica.

Urge também esclarecer que a atribuição da qualificação “sujeito de direito” à prole eventual não deve se afastar do fato de tratar-se de um ente futuro, onde há o resguardo de direitos específicos. O embrião, o nascituro e a pessoa são entes existentes e, é claro, merecem proteções concretas específicas, consoante a realidade que os diferenciam.

A previsão de direitos específicos destinados ao nascituro, ao embrião e à prole eventual corrobora a desvinculação do conceito de pessoa ao conceito de sujeito de direito, que deve ser encarado como o gênero de várias espécies. A equiparação dos conceitos contradiz a estruturação dogmática delineada pelo Ordenamento, pondo à prova a destinação de direitos que, como visto, não pode ser ignorada.

⁴⁴³ Vide o trecho do voto do relator que esmiúça essa diferenciação: “[...] Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VOTO do Min. Rel. Carlos Ayres de Brito no julgamento da ADIN 3510-0 contra a Lei 11.105/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 jul. 2008, p.34) (Grifos no original).

6 CONCLUSÕES

A contribuição filosófica para a delimitação conceitual dogmática da categoria (ou do conceito) “sujeito de direito” parte da ontologia, consoante a verificação dos fundamentos essenciais apontados como indispensáveis à proteção do homem e que, portanto, ultrapassam pré-disposições legais. Os fundamentos que afirmam a necessidade de proteger o homem, através da aposição da categoria em questão, são ontológicos, pois precedem qualquer construção dogmática do Direito, cuja origem está no conteúdo das leis.

Notoriamente, não há dúvidas sobre a existência de vida, ainda que manifestada de forma primitiva, nas fases antecedentes ao nascimento do ser humano. Há vida no embrião e no feto, indubitavelmente. A discussão cinge-se à maneira com que cada forma assumida por essa vida deve ser tratada, eis, então, a tarefa da ciência jurídica. Não cabe ao Direito o complexo e delicado dever de determinar o exato momento em que a vida se inicia, mas, diferentemente, o momento em que a lei deve começar a protegê-la e quais formas essa proteção assume. Não parece legítimo dar apenas ao Direito a delicadíssima tarefa de determinar a partir de quando a vida humana pode ser verificada, missão que engloba outras áreas científicas, a religião e a filosofia.

De fato, todo sistema jurídico está naturalmente cercado por idéias que refletem a necessidade de proteger incondicionalmente o homem, a espécie humana. Seguindo esse liame, todas as formas de tutela jurídica devem manifestar a proteção dos diferentes estágios da vida, seja ela fetal ou embrionária. Ontologicamente, embrião e nascituro são formas de vida que merecem a proteção jurídica por serem diferentes de coisa, cuja disponibilidade está submetida à autonomia dos indivíduos, conforme franqueou a lei.

A proteção do ser humano pode ser pensada sobre duas óticas distintas: a primeira, fincada no seu valor ontológico absoluto, independentemente das suas fases de vida. A segunda, considerando esse valor, mas partindo da necessidade de diferenciar essas fases através de

conceitos e naturezas específicas, opção acertadamente adotada pelo regramento pátrio.

Assim sendo, com base na idéia da preservação do valor ontológico de forma absoluta, o Ordenamento jurídico brasileiro pode optar pela preservação incondicional e indiferenciada da vida humana, manifestada pelos seus diferentes estágios, seja de embrião ou de feto. Essa opção, naturalmente, tem consequências práticas, a primeira delas seria a atribuição do *status* jurídico de pessoa aos entes supracitados, o que, evidentemente, os tornam, sem dúvidas, sujeitos de direito. Logo, considerando essa perspectiva, a manifestação da vida, em formas distintas, não legitimará proteções também distintas, tendo em vista o fato inegável de que, de maneira ontológica, referem-se a uma mesma natureza, detém o mesmo significado e são partes de uma mesma realidade.

A atribuição do *status* jurídico de pessoa ao embrião e ao feto, em prol de preservar de forma absoluta o seu valor ontológico, significa a concessão dos mesmos direitos e prerrogativas de entes nascidos, portanto, detentores de personalidade jurídica. A extensão da condição de pessoa a tais entes implica no repensar da legalidade de vários atos e procedimentos permitidos pelo Ordenamento, com vistas ao fato de que embriões, em estado extracorpóreo ou corpóreo e fetos, juridicamente chamados de nascituro, são pessoas.

Passa-se a avaliar que condutas ou procedimentos humanos devem ser repensados considerando tal condição ou *status* jurídico do ente embrionário e do nascituro. Para isso, deve-se ponderar os bens jurídicos envolvidos consoantes as situações específicas.

Para proteger a vida da “pessoa embrionária”, primeiramente, tem-se que proibir o uso de métodos contraceptivos cuja ação atente contra ela. Viu-se que, por meio de conhecimento científico especializado, a atuação dos métodos dispositivo intra-uterino e pílula do dia seguinte, que visam impedir a gravidez, pode se dar após a concepção, cujo fruto é a presença do embrião, zigoto ou ovo. O livre arbítrio de não engravidar, utilizando tais métodos, não pode preponderar sobre a preservação da vida de uma pessoa, enquanto condição conferida ao ente concebido. A opção pela preservação do valor ontológico da vida do homem, em qualquer momento, retira a legitimidade desse ato humano de utilizar contraceptivos que atentem contra essa proteção.

O desenrolar das fases do processo de fertilização artificial ou em laboratório provou a delicadeza e a complexidade do procedimento. A fecundação extracorpórea pressupõe riscos e pode culminar em consequências não favoráveis ao desenvolvimento e à vida embrionária. Especialistas na área afirmam que a reprodução humana artificial em si é um processo que

tem como resultado a destruição embrionária, na maior parte das vezes, considerando o alto índice de tentativas frustradas de gravidez. Durante a realização da fertilização em laboratório, há perdas sucessivas de embriões, por motivos fisiológicos e biotecnológicos diversos. A vontade de procriar, buscando métodos de reprodução artificial por problemas de fertilidade, não pode também preponderar sobre a preservação da vida do embrião, enquanto a ele for conferida a natureza de pessoa.

As pesquisas com células-tronco provenientes de embriões humanos excedentes à fertilização artificial inviabilizam e destroem esses embriões. Igualmente, não há legitimidade em liberar pesquisas em pessoas humanas cuja consequência seja a destruição da vida delas. Seguindo o liame do valor ontológico absoluto, o art. 5º da Lei 11.105/2005 é manifestação jurídica que atenta contra a preservação da vida da “pessoa embrionária”.

Deve-se, também, começar a repensar as motivações para a interrupção da gestação, presentes no Código Penal, visto que, para preservar a dimensão ontológica da pessoa humana, as exceções do aborto terapêutico e sentimental passam a não serem mais legítimas, considerando o fato de que, no caso em questão, estar-se-á diante de duas pessoas naturais ou físicas. Há, ainda, que se avaliar se há possibilidade lícita de interromper a gestação nos casos de fetos portadores de anencefalia, tendência dos Tribunais, quando concedem liminares que autorizam o ato.

Dessa maneira, para preservar o valor ontológico da vida humana, o tratamento jurídico a ser concedido pelo Ordenamento a todos os seus estados sucessivos de desenvolvimento seria o de pessoa. Partir do sentido exclusivamente ontológico e adotá-lo incondicionalmente é afirmar que o ser humano tem um único valor e significado, esteja ele em qualquer fase da sua vida, enquanto embrião (implantado ou não implantado), feto (ou nascituro) ou pessoa (nascida). Se a opção do Ordenamento jurídico passar a ser esta, eis a necessidade de repensar as questões acima aventadas.

Pois bem. Assim como acontece em vários lugares do mundo, de forma acertada, esta não foi a postura do Ordenamento jurídico brasileiro. Na lei e segundo entendimento do STF, é possível perceber os fundamentos que apontam para a necessidade de efetivar a proteção conforme as fases de manifestação da vida, o que influencia diretamente a delimitação do conceito de homem como sujeito de direito.

A primeira questão a ser reafirmada, como um pressuposto conclusivo, é que, evidentemente, há vida nas fases humanas que antecedem o nascimento, no entanto, o que diferencia um

momento do outro não é a sua dimensão ontológica ou aquilo que cada um representa na sua essência, mas a maneira com que devem ser tratados juridicamente. Diversas passagens no Ordenamento jurídico concorrem para a afirmação de que a vida, do embrião fecundado e mantido em laboratório, do embrião implantado, do feto, do nascituro, e, por fim, da pessoa, nascida e individual, recebe tratamentos distintos porque possuem características e especificidades distintas.

Pessoa, feto e embrião assumem peculiaridades e evidenciam realidades diferenciadas, o que fez com que o regramento jurídico atribuisse, a cada um, naturezas jurídicas distintas e autônomas. A sistemática jurídica optou por contemplar os momentos sucessivos da vida humana através de tutelas específicas que se diferenciam, por isso não os equiparou à condição jurídica de pessoa. Na realidade, esforços doutrinários no sentido de agrupá-los em uma mesma natureza jurídica contradizem a necessidade de tratá-los como revelações distintas da vida humana.

Eis, então, a primeira constatação necessária à conclusão que define o conceito dogmático do homem como sujeito de direito na normatização brasileira: a de que prole eventual (os entes não concebidos), embrião (entes já concebidos), feto ou nascituro (entes concebidos implantados no útero) e pessoa natural ou física possuem disciplinas distintas.

A construção do conceito de sujeito de direito deve ser desvinculada da equiparação ao conceito de pessoa. Não há no Ordenamento jurídico nenhuma prescrição normativa ou princípio que vincule “titularidade de direitos” à “personalidade jurídica”, atributo próprio da pessoa, conforme dispôs o art. 2º do Código Civil. O posicionamento tradicional e majoritário na doutrina é de que somente pessoas, físicas ou jurídicas, podem titularizar direitos, posto que são detentoras do atributo da personalidade. Tal entendimento parte de uma premissa equivocada que é a junção dos conceitos de pessoa e sujeito de direito, visivelmente independentes no Ordenamento jurídico.

Sujeito de direito é todo ente a que o Ordenamento jurídico atribuiu capacidade de direito e que, portanto, é titular de posição numa relação jurídica, independentemente da sua capacidade de fato. Disso resulta que ser pessoa, física ou jurídica, não é condição essencial para ser sujeito de direito; há mais sujeitos de direitos do que pessoas. Também conclui-se que personalidade jurídica é atributo específico das pessoas e se diferencia da capacidade de direito, por ser mais ampla e encerrar âmbito ilimitado de direitos.

A tentativa de justificar os direitos concedidos pelo Ordenamento a entes que não são pessoas,

por serem destituídos de personalidade, através da afirmativa de que podem existir direitos sem sujeitos, não detém respaldo jurídico. Todo direito é, naturalmente direito de alguém ou de algum ente, conquanto faça parte de uma relação jurídica que não pode prescindir dos sujeitos que a integram.

No Ordenamento jurídico brasileiro, os entes destituídos de personalidade e titulares de direitos e obrigações, ainda que mínimos, são a prole eventual, o embrião, o nascituro, a herança, o condomínio, a massa falida, o espólio e as sociedades de fato. A pesquisa cinge-se à verificação da condição jurídica do embrião, do nascituro e da pessoa natural, que são espécies do gênero “sujeito de direito”, se pensados a partir de disposições legais específicas.

Tais entes despersonalizados não são pessoas, uma vez que são destituídos de personalidade por não possuírem a condição pré-determinada por lei para tanto. Conforme a vontade do legislador, a ausência dessa personalidade não os impediu de titularizar direitos e obrigações, o que os torna, sem dúvidas, sujeitos de alguns direitos. Essa possibilidade, já apontada por uma parcela tímida da doutrina especializada, revela a necessidade de reavaliar os fundamentos jurídicos que determinam o critério científico para que um ente passe a ser considerado titular de determinados direitos e obrigações.

A afirmação de que a prole eventual, o embrião e o nascituro são sujeitos de direitos é comprovada pelos direitos que lhes foram salvaguardados pela Constituição Federal, Código Penal, Código Civil e pelas Leis 11.105/2005 e 11.804/2008.

A prole eventual tem direito à sucessão, assim como o embrião, conforme dispôs o Código Civil, que também não pode ser comercializado ou negociado onerosamente, como determinou a Lei 11.105/2005. Ainda que se tenha permitido a realização de pesquisas em embriões humanos, nas condições determinadas na lei, não se deve pensar que a eles foi resguardada a condição de coisa. A sua condição jurídica é autônoma, posto não ser coisa, nem de pessoa.

O nascituro é destinatário de vários direitos, como o direito à vida, assegurado pelo Código Penal, o direito à sucessão, à adoção e a alimentos, à doação, à reparação dos danos que lhe possam ser causados, conforme dispôs o Código Civil. Aqui, não impende a verificação da legitimidade de cada direito conferido aos entes despersonalizados ou à necessidade de que algum direito não concedido passe a sê-lo, mas atem-se à efetivação da constatação dessa premissa.

É certo que não são poucas as críticas pertinentes à lei 11.105/2005, consoante ter ela

estatuído lacunas, prazos e procedimentos questionáveis no que tange à proteção embrionária.

Importa ainda salientar que embrião, nascituro e pessoa estão afastados ontologicamente do que se chama de prole eventual, consoante expressarem uma realidade fática, são, de fato, revelações concretas dos estágios da vida humana. Prole eventual é um ente futuro, cujo direito à sucessão foi resguardado mas carente de dimensão ontológica concreta.

A compreensão da delimitação conceitual dogmática do homem como sujeito de direito é revelada pela constatação de que o embrião e o nascituro são sujeitos de direitos mesmo carentes da condição de pessoa. Essa opção legislativa traçada no Ordenamento jurídico brasileiro não pode ser ignorada na identificação da delimitação do conceito de sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALONSO, Félix Ruiz. A inviolabilidade da vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.397-418.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.229-247.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona. Versión española del propio autor*. Madrid: Tecnos, 1998.

AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à filosofia*. 3.ed. rev. São Paulo: Moderna, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria geral*. v.1. Introdução. As pessoas. Os bens. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. *Nova Atlântida*. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1997, (Coleção Os pensadores).

- BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O estatuto ético do embrião humano. *In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.527-549.
- BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: os limites da bioética. *In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.219-257.
- BARROSO, Luis Roberto. Gestaçã de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.669-708.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética*. Aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru, SP: EDUSC, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975.
- _____. *Theoria geral do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1929.
- BITAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000.
- BRASIL. *Código Civil Código de Processo Civil Constituição Federal*. Organizador: Yussef Said Cahali. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 1..811/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1811_2006.htm>. Acesso em: 05 mar. 2009
- _____. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução n.01/1988*. 13 jun./1988. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/r01-88.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2009.
- _____. *Lei 11.105 de 24 de março de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2008.

_____. *Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008*. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 18 maio 2009.

_____. *Novo Código Civil*. Texto comparado. Código Civil de 2002. Código Civil de 1916. Org. Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VOTO do Min. Rel. Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADIN 3510-0 contra a Lei 11.105/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNEIRO, F (Org.). *A moralidade dos atos científicos*. Questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

CARNEIRO, Maria Francisca; PEREIRA, Potiguara Acácio. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.30, n.30, 1998, p.235-256.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva & C. A. Editores, 1942.

CASABONA, Carlos María Romeo. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p.50-65.

_____. (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

_____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, Ariadne Mansu de. *Antropocentrismo, Biocentrismo e Direito dos Animais*. Disponível em: <<http://www.cenedcursos.com.br/antropocentrismo-biocentrismo-direito-animais.html>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Ltr, 2000.

CHORÃO, Mario Emilio Forte Bigotte. *Bioética, pessoa e Direito*. Para uma recapitulação do

estatuto do embrião humano. Disponível em:

<<http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CONTE-GRAND, Julio. *Un aporte desde la metodología jurídica a la defensa de la vida*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.283-396.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos sucessórios da procriação medicamente assistida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p.93-112.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.31-56.

COSTA, José Silveira da. *Tomás de Aquino. A razão a serviço da fé*. São Paulo: Moderna, 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. *Meditações metafísicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. v.1. 25.ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n.267/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Edson Cesar Cardoso de Souza. 20.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ELORRIO, Aurélio García; SCALA, Jorge. *La tutela de la vida “Desde el momento de la concepción”, pilar Del Sistema Americano de Derechos Humanos*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.93-111.

ENGELHARDT JR., H. Tristam. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v.35, jul./set. 2008, p.111-119.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- FAVRE, David. *Judicial recognition of the interests of animals-a new tort*. *Michigan State Law Review*, 2005.
- FERNANDES, Silvia Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética*. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil. Esboço*. Local: Editora, 1952.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4.ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GANTHALER, Heinrich. *O direito à vida na medicina*. Uma investigação moral e filosófica. (*Das Recht auf Leben in der Medizin. Eine moralphilosophische Untersuchung*). Tradução original alemão de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.301-308
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste

Gulbenkian, 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HRYNIEWICZ, Severo. *Para filosofar hoje*. Introdução à filosofia. História da filosofia. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006 (Coleção Subjetividade Contemporânea).

JOHNSON, Paul. *O livro de ouro dos papas*. A vida e a obra dos principais líderes da Igreja. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 2.ed. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. O direito fundamental à vida dos embriões e dos anencéfalos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.215-258.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p.121-146.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1-26.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Elementos de teoria geral do direito*: para os cursos de introdução ao estudo do direito. 4.ed. rev. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MACHADO NETO, A. L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1966.

MACIEL, Fernando Antônio Barbosa Maciel. *Capacidade & Entes não Personificados*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. *O nascituro no direito romano*: conceito, terminologia e princípios. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*: Perspectiva em Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p.185-193.

MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorion. *O que é vida?* Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e apresentação Francisco M. Salzano. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas* aspectos científicos, éticos e jurídicos. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito do ser humano à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.21-34.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.87-114.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MINTIER, Brigitte Feuillet-le. Células-tronco embrionárias e direito francês. *In*: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas* aspectos científicos, éticos e jurídicos. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.145-154.
- MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Ensaio de psicologia jurídica. Campinas, SP: Bookseller, 2002.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.
- MONDIN, Batista. *Definição filosófica da pessoa humana*. Tradução de Ir. Jacinta Turolo Garcia. Bauru, SP: EDUSC, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1. 41.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales *et al*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.113-122.
- MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2004.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem Os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.
- ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente El marco de la experimentación génica*. Barcelona: Bosch, 2002.
- PALAZZANI, Laura. O debate sobre as células-tronco na Itália: problemas biojurídicos e desenvolvimento normativo. *In*: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas* aspectos científicos, éticos e jurídicos. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.167-189.

- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v.30, abr./jun. 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p.159-174.
- PEGORARO, Olinto A. O que é ser humano? In: CARNEIRO, F (Org.). *A moralidade dos atos científicos*. Questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999, p.1-9.
- PLETTENBERG, Walther Von. Células-tronco: legislação, jurisprudência e doutrina na Alemanha. In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas aspectos científicos, éticos e jurídicos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.191-215.
- PRANKE, Patrícia. A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Set. 2004. *Rev. Ciência e Cultura*. Disponível em: < www.cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n3/a17v56n3.pdf >. Acesso em: 11 fev. 2006.
- PUSSE, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 2.ed. Curitiba, Juruá, 2008.
- RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.3-29.
- RÁO, Vicente *O direito e a vida dos direitos*. 5.ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Tradução de Elena Gaidano. 2.ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php >. Acesso em: 18 maio 2009.
- _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 194026779, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 17/11/1994. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php >. Acesso em: 18 maio 2009.
- ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p.100-126.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: Da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.1-34.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. De acordo com o Código Civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Sobre regulação da pesquisa com células-tronco, clonagem de embriões humanos e utilização de embriões congelados excedentes da FIV na Espanha. In: MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas aspectos científicos, éticos e jurídicos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.217-246.

SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, n.36, p.85-116.

SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p.119-143.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p.209-240.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. In: *Os pensadores*. Tradução e notas de Virgílio Ferreira. 1.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida* Questão aberta. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SCHRÖDINGER, Erwin. *O que é vida? O aspecto físico da célula viva. Mente e Matéria. Fragmentos autobiográficos*. Tradução de Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997 (UNESP/ Cambridge).

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Pessoa e existência: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier*. São Paulo: Autores Associado, Cortez, 1983.

- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Paulo Cesar da. *A antropologia personalista de Karol Wojtyła: pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr, 2003.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XV-XXXIII
- TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. atual. São Paulo Jurídica Brasileira, 2003.
- VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- _____. *Direito romano*. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Portugal, Porto: Rés-Editora, 1991.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil: Introdução e parte geral*. Com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. 9.ed. rev., ampl.e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). *In:*
WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2.ed. rev. e ampl.
Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373-395.