XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

BRUNELLO SOUZA STANCIOLI

LETÍCIA ALBUQUERQUE

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Brunello Souza Stancioli, Letícia Albuquerque, Riva Sobrado De Freitas Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-078-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

O Biodireito tem sido um dos ramos mais proeminentes da Ciência Jurídica atual. Seus primeiros estudos, em âmbito de mestrado e doutorado, deram-se na década de 1990, tratando principalmente sobre relação médico-paciente, eutanásia e tratamentos paliativos. Hoje, são desenvolvidos assuntos bastante diferentes e complexos. Suicídio assistido, aborto, seleção embrionária, inseminação artificial, pesquisas com células-tronco são alguns exemplos. Outro campo de conhecimento que tem ganhado proeminência é o estatuto jurídico dos animais, o qual tem demandado estudos acerca de pesquisas com animais, indústria de cosméticos e alimentos.

Os debates sempre são acirrados, o que, de fato, aconteceu na sessão deste Grupo de Estudos.

Apresenta-se aos leitores uma vasta gama de argumentos que, longe de se encerrarem, consistem em pontos instigantes para grandes trabalhos futuros.

O SER HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: A CONFORMAÇÃO PROTETIVA DO EMBRIÃO, DO NASCITURO E DA PESSOA

THE HUMAN BEING AS LEGAL SUBJECT IN BRAZILIAN LAWS: THE EMBRYO PROTECTION, THE UNBORN AND PERSON

Ana Thereza Meireles Araújo

Resumo

Artigo destinado à análise do ser humano como sujeito de direito, considerando os seus diferentes estágios de vida: o embrião, o feto e o indivíduo já nascido. A partir disso, surge a necessidade de avaliar os conceitos, categorias e classificações dogmáticas delineadas precisamente pelo Direito, que são os conceitos de pessoa, sujeito de direito, personalidade e capacidade jurídica, considerando os fundamentos de ordens bioética e biojurídica. 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 do conceito de homem como sujeito de direito e, consequentemente, a condição jurídica do embrião e do nascituro, a partir, inclusive, dos aspectos ontológicos pertinentes.

Palavras-chave: Sujeito de direito, Conceito de pessoa, Embrião, Nascituro, Personalidade jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The present work intents to analyze the human being as a subject of law, taking into account his different stages of life: embryo, fetus and the already born individual. After that, its necessary to evaluate the concepts, categories and dogmatical classifications precisely outlined by the law, whatever the concepts of person, legal subject, personality and legal capability are, considering the fundamentals of bioethics order. 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 delimitation of the concept of man as a legal subject and, consequently, the legal condition of the embryo and the unborn, from and including the relevant aspects ontological.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal subject, Concept of person, Embryo, Unborn, Legal personality

INTRODUÇÃO

É difícil refutar a ideia de que os sistemas jurídicos nasceram na trilha do viés especista, pois, 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.

O presente artigo tem como objetivo analisar a delimitação, 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 configuração da proteção adequada ao embrião e ao nascituro, destituídos de personalidade jurídica, é alvo de fortes discussões nos âmbitos bioético e biojurídico, onde são apontados fundamentos de várias ordens – científicos, morais e ontológicos – relacionados ao momento em que a proteção da vida humana deve começar a ser efetivada.

Intenta-se compreender a personificação jurídica do ser humano, de modo a identificar 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. Busca-se o real conceito de sujeito de direito, partindo da premissa de que não há no direito brasileiro nenhuma determinação legal ou princípio que vincule titularidade de direitos à personalidade jurídica. A partir disso, poder-se-á identificar, tomando como base o direito positivo, a natureza jurídica do embrião extracorpóreo e do nascituro, entes destituídos de personalidade, conforme dispôs o Ordenamento, questão de grande relevância às discussões bioéticas.

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.

Deve-se partir da diferenciação dos conceitos, intimamente associados pela doutrina clássica, de “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.

O esclarecimento da questão no âmago da doutrina jurídica mantém relação direta com as dicussões bioéticas atuais em torno do aspecto ontológico inerente à vida embrionária e à vida fetal. A construção da proteção jurídica, através das categorias estudadas, deve refletir a profundidade dos fundamentos epistemológicos e metodológicos atinentes às diferentes áreas de pesquisa, sob pena de não refletir a realidade e legitimidade necessária à sua efetivação.

1 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, consequentemente, das novas possibilidades científicas foram também irradiados para o Direito, cabendo a este não se furtar das discussões vindouras.

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 biológica (SCHRÖDINGER, 1997).

O ser humano pode ser visivelmente identificado pelos estágios iniciais, de embrião, feto ou nascituro, e posterior, 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) coincide com o começo da pessoa, enquanto construção do Direito.

Sem prejuízo da ideia 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.

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 universo permite a constatação de que o fenômeno "vida" deve ser avaliado progressivamente, da perspectiva mais simplista à perspectiva humana, senhora de singularidade incontestável (MARGULIS; SAGAN, 2002). 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. O salto qualitativo e irredutível do fenômeno "vida" está, portanto, na capacidade real de um ser de ser causa e fim da própria ação: isto significa precisamente "ação imanente" (SGRECCIA, 2002, p.93).

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 ser (SGRECCIA, 2002, p.94). Conforme Erwin Schrödinger (1997, p.34), "o crescimento de um organismo é levado a efeito por divisões celulares consecutivas. Tal divisão celular é chamada mitose." 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 descrevem a vida como “um intricado padrão de crescimento e morte, aceleração e recuo, transformação e decadência”, e é, também, “a matéria desenfreada, capaz de escolher sua própria direção para adiar indefinidamente o momento inevitável do equilíbrio termodinâmico – a morte” (MARGULIS; SAGAN, 2002, p.225).

Mas qual a característica particular da vida e quando se poderia dizer que determinada matéria vive? Erwin Schrödinger (1997, p.81) afirma que é “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”.

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 moral 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 (ENGELHARDT, 2004).

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.

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 significado (DWORKIN, 2003, p.341).

A defesa incontestável da ideia 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 liberdade (DWORKIN, 2003, p.342). 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 ideia de que a vida é sempre como um bem jurídico absoluto e intangível, quando em conflito com outros bens ou valores também protegidos. A presença da vida nem 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.

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 inanimado (SGRECCIA, 2002, p.105-106).

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 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.

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 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 conferir essa proteção.

1.1 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 humana (CONTE-GRAND, 2005, p.287). *"[...] 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"*(ORDÁS, 2003, p.102).

A identificação metafísica do começo da vida humana com o momento da concepção requer homologar ser humano e pessoa em uma unidade 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 desenvolve (SANTIAGO, 2008, p.129).

Nesse caminho, sustenta-se não existir qualquer dúvida na medicina sobre ter 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 humano (MARTINS, 2005, p.23).

Segundo Eduardo de Oliveira Leite (1996, p.124), "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)" em prol de empregar, "de forma bastante significativa, a expressão pessoa ou pessoa humana com um potencial."

No entendimento de Maria Garcia (2004, p.181), 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 fundamentais.

A crítica à teoria aponta para o desconhecimento da logicidade em fazer coincidir o início da vida com a concepção, considerando a realidade inerente a todo o processo de fertilização humana *in vitro*, que pode ter como consequências a destruição ou a necessidade de se destruir embriões.

Os 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 técnica (MOORE; PERSAUD, 2004, p.31). 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 gravidez (PRANKE, 2006, p.36).

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 embriões (PRANKE, 2006, p.36).

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 ilícito (ANDORNO *apud* AÑÓN, 1999, p.233 e 243), 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. 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” (MARTINS, 2005, p.28).

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 concepto, ovo, embrião ou zigoto.

1.2 TEORIAS GENÉTICO-DESENVOLVIMENTISTAS

As teorias genético-desenvolvimentistas tomam como ponto de partida os diferentes estágios de desenvolvimento embrionário e condicionam o momento de início da vida e, consequentemente, da proteção, à verificação de determinados fatores fisiológicos (LEITE, 1996, p.26). 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” (ROCHA, 2008, p.29). 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.

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 útero de uma mulher” (MEIRELLES, 2000, p,118).

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 (ROCHA, 2008, p.81).

Defende-se 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" (ROCHA, 2008, p.81). 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.

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 espécie (SILVA, 2003, p.110).

Assim, só se deveria falar em proteção a partir do décimo quarto dia após a concepção, 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 blastômeros (MOORE; PERSAUD, 2004, p.31). 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 [...]" (SCARPARO, 1991, p.42).

A crítica às teorias desenvolvimentistas 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.

1.3 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 concepto *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 ideia 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" (LEITE, 1996, p.128).

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.

Maria Cristina Hidalgo Ordás (2002, p.186) aponta, como fases do desenvolvimento humano, as fases celular ou pré-embrionária, embrionária, 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".*

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 pessoa (ROCA i TRIAS, 2002, p.115). A teoria da potencialidade afirma ser o embrião o primeiro estágio da vida, mas não é titular da condição jurídica de pessoa.

Em sentido interpretativo contrário, o entendimento concepcionista admite a potencial capacidade embrionária 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, consequentemente, a mesma disciplina

jurídica. A 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.

2 O SER HUMANO 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", 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 ideia 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 humanos (FAVRE, 2005).

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.

Passa-se a incorrer sobre a estrutura dogmática dessa sistematização, verificando os fundamentos que atestam o reconhecimento da titularidade de direitos nos diferentes estágios da vida humana através da aposição das categorias de embrião, nascituro e pessoa no

Ordenamento jurídico.

Dentro do Direito, é possível perceber disposições que afastam o nascituro e o embrião da natureza de coisa, independentemente da sua não condição de pessoa. 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, e das condições inerentes ao embrião.

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.

Antes de compreender a necessidade de estruturar os entes através das categorias de sujeitos de direito, deve-se descrever a realidade ontológica desses sujeitos, partindo da avaliação de seu significado, para que se possa, 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 dos aspectos relacionados à vida humana em fase preliminar, expostos pelas diferentes correntes teóricas abordadas.

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 valorativa (CANARIS, 2002).

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, consequentemente, 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 imbuiu-se dessa incumbência, através da previsão das categorias “pessoa”, e “nascituro”, 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 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, pois, as categorias, os conceitos ou noções não são esparsas, mas são determinações coesas que se completam e integram uma ordem. 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 forma com que se tem interpretado a posição do nascituro e do embrião na ordem jurídica que tem gerado discussões acentuadas.

A fim de justificar a concessão de direitos a entes que não são pessoas, avalia-se a 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, consequentemente, 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 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 a esses entes.

Contrapondo esse entendimento, Clovis Bevilaqua (1929, p.63) propugnou 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 ideia 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 direito.

Pontes de Miranda (1954, p.136) afirmou que “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”. Pontes de Miranda também primou pelo afastamento da ideia de que possam haver direitos sem um sujeito aos quais aqueles estejam destinados.

Miguel Serpa Lopes (1998, p.198), descrevendo a possibilidade da existência de direitos sem sujeitos, sintetizou o posicionamento dos autores que defenderam a teoria. A ideia 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”. 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 está habilitado a exercer a sua vontade, nada impedindo de reconhecer-lhe o direito subjetivo em consideração ao futuro, como ocorre no caso do nascituro, o que afasta a possibilidade de que existam direitos sem sujeitos titulares. Estes são sujeitos ainda que não possuam capacidade de manifestação em situações concretas.

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 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.

2.1 A ESTRUTURAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

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 ideias do liberalismo econômico e fincado na defesa e no valor da propriedade. Para o presente cenário, contribuem também os postulados bioéticos personalistas, que agregam aspectos filosóficos atinentes ao valor da existência humana à letra fria da lei.

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 Civil 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 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.

2.1.1 A incidência do prestígio do valor ontológico da vida humana na construção da proteção

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 (2008, p.2), "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- se o *status* pessoal do ser humano vivo, independentemente dos acidentes e vicissitudes de ordem somática, psíquica e espiritual".

Mônica Aguiar (2005, p.32) preleciona que o conceito de pessoa, em sentido jurídico não depende da preexistência de legislação, mas, sim da condição natural de ser apenas ser humano, pois, ser pessoa é o pressuposto ontológico necessário.

O surgimento 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 estar 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 de violência sexual.

Não há dúvidas sobre o valor ontológico da vida humana em fase inicial, o problema é que "a substância normativa da necessidade de proteger a vida humana pré-pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos nem na linguagem objetivante do empirismo, nem na da religião". Para solucionar a questão, Habermas (2010, p.46-47) propõe diferenciar a dignidade da vida humana da dignidade humana, inerente à condição de pessoa, por só ter significado nas relações biográficas e de reconhecimento recíproco.

A partir disso, é possível entender que a vida humana prematura e a vida da pessoa gozam de proteção jurídica. No entanto, essa proteção adquire formas diferentes porque refletem, em sua essência, realidades culturais e morais também diferenciadas.

Habermas (2010) propõe, nesse caminho, a distinção entre o conceito de inviolabilidade da vida, aplicável às pessoas, e o conceito de indisponibilidade da vida, próprio da realidade embrionária e fetal. Dessa forma, a inviolabilidade tem caráter absoluto e a indisponibilidade esbarraria em situações concretas como o conflito de bens jurídicos, que envolve, por exemplo, o diagnóstico pré-implantacional em embriões para fins seletivos e o aborto terapêutico, estando aberta à relativização.

2.1.2 O reconhecimento da condição de sujeito de direito: o afastamento da equiparação ao conceito de pessoa

O pensamento dominante na doutrina brasileira tradicional é baseado na estreita vinculação entre a titularidade de direitos e o conceito de pessoa.

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.

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 o possua (MELLO, 2014, p.144-145). 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 dominante, a doutrina privatista afirma a existência de duas espécies de sujeitos de direito, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, o que, consequentemente, desemboca na afirmação de que sujeito de direito é sinônimo de ente personalizado.

Dentre as consequências 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 (2005, p.116) 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".

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. No entanto, 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 dispositivo (MOREIRA, 2005, p.115-116).

Marcos Bernardes de Mello (2014, p.150) afirma que há mais sujeitos de direito que pessoas. Se a norma atribui algum direito ou uma simples situação jurídica de capacidade, mesmo que não seja pessoa, o ente figura no mundo jurídico como sujeito, ainda que limitadamente à situação lhe é atribuída. É o caso do nascido, do não concebido, da herança jacente e vacante, da massa falida, e do condomínio.

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. Ainda que se trate de normas jurídicas que não criem direitos, mas, e apenas disponham sobre possibilidades de titularidade de direitos, deve-se atentar que o sujeito é sempre o pressuposto dessa relação. 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 explícito (MELLO, 2014).

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo (2007, p.13), 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”.

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.

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.

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 direito (MELLO, 2014, p,145-146).

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, o embrião e o nascituro são detentores desta qualificação.

2.2 A POSIÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO, DO NASCITURO E DA PESSOA NATURAL

Um olhar para a codificação civil brasileira aponta para a existência de três entes centrais, ligados ao ser humano: pessoa natural, nascituro e embrião. O Código Civil de 2002 não fez nenhum tipo de menção aprofundada ou 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 (2000, p.63) 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 concepto. O concebido presente no ventre materno não é juridicamente pessoa, este conceito é diverso do conceito filosófico puro de vida humana. 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 leitura da legislação em comento, este ente é sujeito de direito. Marcos Bernardes de Mello (2014, p.156) 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".

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.

Marcos Bernardes de Mello (2014, p.147) prossegue afirmando:

> Uma análise, mesmo perfunctória, dessas situações faz ressaltar, à evidência, que não se pode, do ponto-de-vista científico, dar 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 (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 pessoa.

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 (2000, p.57) que o embrião concebido e mantido em laboratório é estranho ao modelo clássico. Ele não é pessoa natural ou física, pois inexiste 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 concepção.

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 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 voto 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, 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.

A previsão de direitos específicos destinados ao nascituro e ao embrião 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.

É certo que, no que tange ao embrião humano extracorpóreo, a possibilidade de descartá-los ou destiná-los à pesquisa afasta, obviamente, a titularidade do direito à vida, opção confirmada pelo julgamento da ADI 3510 pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se que, a título de filiação e sucessão, o Código Civil asseguraou prerrogativas ao embrião humano (ente concebido), afastando-o, concedendo-lhe tratamento especicializado.

CONCLUSÕES

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.

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 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 atribuísse, 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 o 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.

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 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.

A compreensão da delimitação conceitual 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

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1929, p.63.

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.

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.

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.

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

ENGELHARDT JR., H. Tristam. *Fundamentos da bioética.* Tradução de José A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

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

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

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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.

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.

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.

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.

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.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

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

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.

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

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.

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.

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

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

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. Traduçao 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.

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

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