

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS TEORIAS RELATIVAS AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICABILIDADE À PROTEÇÃO DO SER HUMANO EM GESTAÇÃO

BRIEF OBSERVATIONS ABOUT THE THEORIES ON THE RECOGNITION OF LEGAL PERSONALITY AND ITS APPLICABILITY TO THE PROTECTION OF HUMAN BEING IN PREGNANCY*

LIZ HELENA SILVEIRA DO AMARAL RODRIGUES**
FACULDADES SANTO AGOSTINHO, BRASIL

Resumo: O reconhecimento como pessoa é condição essencial para que o indivíduo seja protegido pelo ordenamento jurídico. Discute-se, com base nas categorias de pessoa, personalidade, e capacidade, a possibilidade de inclusão, no rol de sujeitos protegidos, do ser humano em processo de gestação. Após análise das teorias civilistas dedicadas ao tema - natalista, concepcionista e personalidade condicional - e, com o auxílio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, são estabelecidas as bases para a solução da questão proposta, qual seja, a coincidência do início da proteção jurídica ao início da existência física do indivíduo, aqui entendido como o momento da concepção. Conclui-se que a opção por momento diverso tornaria o início da proteção jurídica do ser humano um evento arbitrário e equivaleria a tornar possível a divisão dos seres humanos entre os seres pessoais e os não-pessoais.

Palavras-chave: Embrião humano; natalista; concepcionista; personalidade jurídica; dignidade humana.

Abstract: Be recognized as a person is a condition that allows the individual to be protected by the law. It is argued, based on the categories of person, personality, and capacity, the possibility of inclusion in the list of protected individuals, the human being in the process of gestation. After analysis of the private law theories about the theme – natalist, conceptionist and conditional personality – and, with the help of the deductive method and literary research, have laid the foundations for the answer of the proposed question, namely, the coincidence of the start of the legal protection as the same as the physical existence of the individual, here understood as the moment of conception. We conclude that the choice of a different moment would become the beginning of the legal protection of the human being an arbitrary event and would make possible the division between human beings personal and non-personal.

* Artigo recebido em 24/02/2013 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 26/04/2013.

** Professora das Faculdades Santo Agostinho (FASA), Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9516634196588067>. E-mail: amaral_liz@hotmail.com.

Keywords: Human embryo; natalist; conceptionist; legal personality; human dignity.

1. Introdução

O reconhecimento de um ente como sujeito de direitos implica, necessariamente, no reconhecimento de sua posição de titular de sujeitos e obrigações. Considerando a evolução histórica deste instituto, tem-se que, durante boa parte da história do desenvolvimento jurídico, nem todos os seres humanos foram reconhecidos como pessoas, sujeitos de direito e, conseqüentemente, nem todos eram considerados titulares de proteções juridicamente estabelecidas – destaca-se, por exemplo, a permissão da escravidão humana, que, desde a Antiguidade e até o sec. XIX, recusava a determinados indivíduos da espécie humana o reconhecimento como seres pessoais, reduzindo-os, então, à condição de coisas e objetos de mercancia.

A evolução da ideia de dignidade humana, especialmente em se considerando uma percepção de dignidade de matriz kantiana¹, em muito contribuiu para o reconhecimento de um valor essencial a todos os seres humanos que, por esta razão, distinguem-se das coisas - que não possuem valor intrínseco e podem ser compensadas em termos pecuniários. Deste modo, os seres detentores deste valor intrínseco, diferenciador, passam a ser entendidos como pessoas e, passando-se de uma perspectiva filosófica para uma abordagem jurídica, tornam-se reconhecidos como sujeitos de direito, detentores de personalidade jurídica e titulares de determinadas proteções. Observa-se, portanto, a ampliação do universo dos seres que são reconhecidos como pessoas e, por fim, a vedação de classificação de seres humanos como seres não-pessoais (ou, segundo as categorias kantianas, como coisas, passíveis de serem substituídas e instrumentalizadas). Esta percepção firma-se a partir do séc. XVIII e se consolida ao longo do séc. XX.

Em relação aos ordenamentos nacionais, seu rol de indivíduos protegidos e seus respectivos catálogos de direitos fundamentais, há que se reconhecer uma certa discricionariedade ao ente soberano, relativa ao estabelecimento do marco inicial da incidência da proteção jurídica aos seus jurisdicionados. Em outras palavras, cabe ao Estado estabelecer que é pessoa. Porém, tendo-se em vista a universalização da proteção dos direitos humanos,

¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

especialmente pós-1948, percebe-se uma homogeneização em relação ao reconhecimento deste *status* a todos os seres humanos já nascidos. Porém, resta discutir se é possível estender-se esta proteção ao período pré-natal, durante o qual o ser ainda encontra-se em processo de formação.

Trata-se, portanto, de questão assaz relevante: é possível incluir na categoria "pessoa", seres humanos ainda não nascidos, durante o seu processo de gestação, colocando-os sob o manto da proteção jurídica conferida aos sujeitos de direito?

Deste modo, tem-se que a análise das teorias jurídicas relativas à definição da personalidade pode ser um fator determinante para o estabelecimento de marcos jurídicos protetivos e regulatórios do tratamento do embrião humano e do ser em gestação, bem como de seu efetivo reconhecimento como sujeito de direitos. É necessário, portanto, analisar as teorias existentes e adotar aquela que vier a mostrar-se mais adequada, menos arbitrária à abordagem desta questão.

Tendo em vista a problemática acima mencionada, o presente artigo foi organizado em três partes, sendo a primeira destinada a uma análise geral dos conceitos de pessoa, personalidade e capacidade jurídica, a segunda, às teorias relativas ao reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo e a terceira, ao estabelecimento de um posicionamento quanto à melhor adequação entre o problema estabelecido e as teorias analisadas. Mantendo-se a discussão em campo exclusivamente teórico, deixa-se a análise da evolução jurisprudencial pátria a respeito do assunto para momento mais oportuno.

Trata-se de um artigo fundado em pesquisa bibliográfica e documental, tendo sido adotado o método dedutivo para a construção da argumentação, partindo-se da análise das teorias relativas ao reconhecimento da personalidade jurídica e avaliando a sua aplicabilidade à análise da condição jurídica do ser humano em fase de desenvolvimento.

2. Pessoa, personalidade e capacidade jurídica

Pontes de Miranda² afirma que o conceito de “pessoa” surgiu no mundo jurídico quando se percebeu que, devido a algum fato jurídico³, nasceu uma pretensão, efeito ou direito

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 207

³ *Fato jurídico*, para este autor, são os fatos do mundo real sobre os quais a lei incide, tornando-os relevantes para o direito. “Os fatos do mundo ou interessam ao direito ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos pela incidência das regras jurídicas que

que pôde ser exigido por alguém que se tornou o “termo ativo de uma relação jurídica”. Assim, ser pessoa, no âmbito jurídico, significa ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito “é estar na posição de titular de direito [...]. Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter *quaisquer* direitos; basta que se possa ter *um* direito. Quem pode ter um direito é pessoa”⁴ (grifo no original).

Limongi França explica a origem do termo:

Pessoa vem do latim *persona-ae*, que por sua vez tem a origem no verbo *personare* (*per* + *sonare*), que quer dizer *soar com intensidade*. Servia aquele vocábulo inicialmente para designar a máscara usada pelos atores teatrais, graças à qual lhes era assegurado o aumento do volume da voz. Por analogia, passou a palavra a ser utilizada no direito para designar o ser humano enquanto desempenha o seu papel no teatro da vida jurídica (grifo no original)⁵.

Pontes de Miranda explica que o sistema jurídico determina quais são os entes que são considerados pessoas, por ser o primeiro quem declara a existência dos direitos que serão titularizados pelos segundos. Como bem lembra o autor, nem sempre todos os homens foram considerados pessoas, pois os escravos e mulheres, em alguns sistemas jurídicos, não podiam ser titulares de direitos e, conseqüentemente, não eram pessoas. Foi “a evolução social que impôs o princípio da personalidade a todos os entes humanos”⁶. Hoje em dia, portanto, abolidos os institutos da escravidão e da morte civil – cuja decretação despojava o indivíduo deste *status*, no que se refere às suas relações jurídicas⁷ - todo o ser humano é pessoa.

Personalidade jurídica, por sua vez, segundo a percepção de Rizzardo, “corresponde à aptidão da pessoa natural adquirir direitos e contrair obrigações, de exercer ou praticar os atos da vida civil, por si ou por outrem”⁸. Nas palavras de Pontes de Miranda, ter “personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito”⁹. Limongi França, por sua vez, afirma que “personalidade é a *qualidade do ente que se considera pessoa*. A pessoa a possui desde o início até o fim de sua existência”¹⁰. Quem é pessoa, portanto, tem personalidade jurídica.

assim os assinalam” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 52).

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 207.

⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 139.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 210.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 139.

⁸ RIZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 208.

¹⁰ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**, p. 147.

Para Almeida¹¹, a capacidade pode ser entendida como a medida da personalidade, a sua extensão, pois determina até onde a pessoa pode exercer seus direitos por si, sem o auxílio de um representante ou assistente. Isso não significa, evidentemente, que o absolutamente incapaz esteja despojado de sua qualidade de pessoa. Como lembra Francisco Amaral, citado pela mesma autora “pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”¹². Pontes de Miranda separa a “capacidade de direito”, que é a capacidade de ter direitos, a possibilidade que todo o ser humano tem de ser titular de direitos¹³, capacidade esta inerente a todo o ser humano em virtude exclusiva de sua condição de pessoa, da “capacidade de obrar”, também chamada, por Limongi França, de capacidade de fato ou de exercício, que é “a faculdade que tem a pessoa, por si mesma, de levar a efeito o uso e gozo dos diversos direitos”¹⁴.

A capacidade de obrar, segundo Pontes de Miranda, inclui:

(a) capacidade de praticar ato-fato jurídico; b) a de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; c) a de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); d) a de praticar atos ilícitos em geral [...] ¹⁵

Limongi França lembra que esta capacidade o ser humano possui ou não, dependendo da situação em que se encontra: por exemplo, o menor de dezesseis anos é, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, absolutamente incapaz de fato, apesar de possuir capacidade de direito; o pródigo declarado possui limitada capacidade para gerir os próprios bens, mas é completamente capaz para outros atos da vida civil¹⁶.

Para esclarecer a diferença entre os conceitos de personalidade e capacidade jurídicas, Chorão ensina:

O primeiro é puramente qualitativo, designando, como se disse, a susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas. O segundo, ao contrário, comporta uma valência quantitativa, um *quantum*, expressando a medida variável dos direitos e vinculações de que a pessoa pode ser titular ou destinatária (capacidade de gozo), ou pode exercer pessoal e livremente (capacidade de exercício ou capacidade de agir).

Assim, pessoa jurídica, ou se é, ou não: *to be or not to be*. Não há meio termo. A capacidade jurídica, por seu turno, tem-se numa extensão maior ou menor: a pessoa pode ser mais ou menos capaz¹⁷.

¹¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato de. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

¹² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato de. **Tutela Civil do Nascituro**, p. 168.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 209-211.

¹⁴ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**, p. 148-149.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 211.

¹⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**, p. 151-153.

¹⁷ CHORÃO, Mario Emílio Bigotte. Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n 17, p. 261-296, Rio de Janeiro, 1999, p. 262.

Por fim, sendo o “sujeito de direito” a pessoa que está em um dos polos de uma relação jurídica, como titular de um direito específico, o “objeto de direito” é aquilo sobre o que recai a obrigação ou o poder definidos pela relação jurídica¹⁸. Nas palavras de Silva,

As pessoas são os únicos entes capazes de ser sujeito de uma relação de direito, constituindo-se um fim em si mesmas, e os bens são os meios que se prestam a satisfazer as necessidades das pessoas que se relacionam entre si. De acordo com Djacir Menezes, ‘tudo aquilo sobre que se está apto a exercer o poder conferido pela ordem jurídica constitui objeto de direito’¹⁹.

É possível afirmar, portanto, que ou se é sujeito de uma relação jurídica ou se é o objeto dela. Ou se é pessoa, ou se é coisa – ou, conforme as precisas palavras de Kant,

*No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade*²⁰.

Considerando os fins deste artigo e a conceituação acima elaborada, impõem-se a discussão a respeito da classificação do ser humano em processo de gestação – como pessoa ou coisa, sujeito ou objeto de uma relação jurídica, haja vista, em especial, as repercussões e discussões relativas ao seu reconhecimento ou não como um ser pessoal. Porém, além de se fazer a análise da normatização brasileira aplicável ao tema, é preciso verificar como este tema vem sendo discutido na doutrina nacional.

3. Teorias relativas ao reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana

Esclarecidos os conceitos acima mencionados, torna-se necessário especificar a discussão em objeto deste artigo. Constata-se que, no Brasil, duas das principais teorias sobre o tema adotam visões radicalmente opostas: a teoria natalista defende que a personalidade tem início com o nascimento com vida e, por outro lado, a teoria concepcionista afirma que, desde a fusão dos gametas (fertilização), o novo ser humano é reconhecido como pessoa. Para além destas posições antagônicas, outras correntes se desenvolveram, procurando, de certo modo, conciliar argumentos de uma e de outra.

¹⁸ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**, p. 211.

¹⁹ SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTr, 2002, p. 219

²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, p. 58-59.

Pontes de Miranda explica que desde a era romana já havia uma preocupação relativa aos direitos e o futuro do ser já concebido e ainda não nascido: *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, ou seja, o nascituro era tido por nascido quando se tratasse de seus interesses²¹. Na doutrina, o confronto de ideias diversas a respeito da existência ou não de personalidade do ser ainda não nascido frente à necessidade de se resguardar seus interesses resultou em um significativo rol de teorias, sendo que as mais relevantes foram elencadas pelo referido autor²²:

- *Teoria Ficcionalista*: constrói a proteção do nascituro com a ficção de que este já nasceu. O nascituro, para o direito, seria uma pessoa fictícia.
- *Teoria dos Direitos sem Sujeito*: o direito já existe, mas o seu titular não. Assim, os direitos que coubessem ao nascituro permaneceriam sem sujeito até seu nascimento.
- *Teoria da Hereditas Iacens*: a herança permaneceria sem titular até que o nascituro viesse à luz. Esta teoria limita-se ao direito sucessório.
- *Teoria da Eficácia Passiva*: defendida por apenas um autor, foi rapidamente substituída pela teoria dos direitos futuros, que seriam adquiridos sob a forma *ex tunc* (desde sempre). Apesar de o fato jurídico já ter ocorrido, os direitos dele resultantes ainda não surgiram – não havendo direito, não há sujeito.
- *Teoria da Aparência de Condição*: a aquisição de direitos se daria como se houvesse uma condição (nascimento com vida) para isto.
- *Teoria da Condição (em sentido próprio)*: a aquisição dos direitos seria realmente condicionada ao nascimento com vida.
- *Teoria do Análogo à Condição*: afirma que não existem “direitos do nascituro”; ele é que será, se nascer vivo, titular de direitos que já existem.
- *Teoria da Personalidade “Jurídica” do Nascituro*: antes da personalidade física (que só terá com o nascimento), o nascituro teria a personalidade jurídica.
- *Teoria do Patrimônio Destinado a Fim como Pessoa Jurídica*: o patrimônio (e não o nascituro) adquire personalidade jurídica até o nascimento do seu titular.
- *Teoria da Eficácia Retroativa do Nascimento*: enquanto não nascido, o novo ser tem apenas expectativas de direito, mas se nascer, os seus direitos estarão constituídos, retroagindo sua eficácia à data da concepção.

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 221.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 221.

- *Teoria da Representação*: um curador representaria o nascituro, mas esta teoria não se manifesta sobre a existência ou inexistência do representado.
- *Teoria do Sujeito Indeterminado*: o ser humano vivo, que ainda não nasceu, já é ser humano; o que é indeterminado é o sujeito do direito. O direito não é futuro; por isso, só quanto ao seu titular há indeterminação²³.

Pontes de Miranda considera que a teoria do sujeito indeterminado é que mais se mostra adequada e próxima da realidade. O autor afirma que, em se considerando esta opção, haveria a *transmissão* de eventuais direitos, mas esta transmissão ainda não produziria seus efeitos práticos porque ainda não se saberia, com certeza, quem é o novo titular, de modo que, se o nascituro vier a nascer com vida, ele será o titular dos direitos; se nascer morto, o titular será outra pessoa, a ser determinada no caso concreto. Pode, ainda, ocorrer o nascimento de duas ou mais pessoas, e que ambas se tornem titulares do direito em questão ou que apenas uma delas o seja. Nas palavras do autor

a ignorância – nossa - é quanto a fatos presentes (se está em situação de nascer com vida). A antinomia é entre o mundo fático, no tempo, e o alcance de nossa inteligência e meios de ciência e de investigação. Para o mundo do direito, que é obra do espírito, não há indeterminação²⁴.

Destaca-se que todas as teorias apresentadas enfocam principalmente os direitos *patrimoniais*, fato que se supõe poder ser imputado à pouca relevância conferida, à época em que o texto original foi escrito, aos direitos extra-patrimoniais (direitos fundamentais, direitos da personalidade), cuja proteção obteve maior impulso apenas em tempos recentes. Evolução, aliás, típica da lógica de proteção de direitos fundamentais, pois, como bem lembra Bobbio,

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas²⁵

A relevância que hoje se atribui ao tema é, sem dúvida, resultado direto do avanço biomédico e das tecnologias reprodutivas. Há pouco mais de 30 anos, este tipo de discussão - se embriões humanos e seres humanos em processo de gestação possuem ou não direitos - seria mantido em âmbito exclusivamente teórico, por ser impossível vislumbrar as nuances que hoje

²³ Sobre o assunto, vejam-se também Pontes de Miranda (1999, p. 221-223), Almeida (2000, p. 135-137), Maia (1977, p. 41-43) e Santana (1999, p. 28-34).

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**, p. 223.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05.

estão ao alcance de qualquer profissional habilitado. A importância que os direitos extra-patrimoniais/direitos da personalidade adquiriram nos últimos tempos e o avanço tecnológico verificado, especialmente, na área da terapia pré-natal (que informam, com certeza, a quantidade, o sexo e a idade dos embriões e suas características morfológicas, desde seus momentos iniciais de existência), permitem dizer que a única incerteza relevante que subsiste quanto ao nascituro e seus direitos está em saber se ele realmente vai sobreviver até o nascimento.

4. As teorias sobre a personalidade jurídica e a percepção do ser humano ainda não nascido – argumentações teórico-normativas.

A discussão brasileira relativa ao reconhecimento da personalidade do ser humano antes de seu nascimento ramifica-se, em termos doutrinários, em duas correntes principais, cujos fundamentos dizem respeito à primeira ou à segunda parte do art. 2º do Código Civil (Lei nº 10.406/02), caso sejam, respectivamente, natalistas ou concepcionistas. Merece breve menção, ainda, a teoria da personalidade condicional, fundada na contemporização dos dois posicionamentos já mencionados. Observa-se, contudo, que a questão é tormentosa, pois, para além do Código Civil, há normatizações produtoras de reflexos jurídicos na tutela do embrião humano e que, além de não estabelecer um posicionamento expreso relativo à incidência ou não de proteção jurídica ao ser humano em processo de formação, regem o tema de modo divergente; em breve menção, por um lado a Lei nº 11.105/05 permite a extração de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa - o que, naturalmente, resulta na sua destruição, enquanto entidade viva - e, em direção diametralmente oposta, a Lei nº 8.069/90 estabelece proteções relativas ao ser humano desde o início de seu processo de desenvolvimento, ou seja, da fecundação ao final da gestação.

Em relação à análise da questão, tem-se que o art. 2º do Código Civil é um exemplo peculiar da divergência normativa brasileira em relação ao assunto. Ao afirmar que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, o texto legal coloca lado a lado, em um mesmo artigo, argumentos de impossível conciliação. Assim, de acordo com a segunda parte do texto citado, o nascituro²⁶ possui direitos; logo, como já se verificou em tópico anterior, depreende-se que é

²⁶ “Nascituro” significa aquele que já está concebido mas que ainda não nasceu. É o embrião que vem sendo gerado, mas que ainda não é apto a vir à luz. MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro I. In LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 38-52.

entendido como pessoa. Porém, verifica-se que a primeira parte do comando normativo é taxativa ao excluir esta possibilidade, afirmando que somente se é pessoa após o nascimento com vida. Trata-se, portanto, de um paradoxo – o artigo menciona, ao mesmo tempo, elementos das teorias natalista e concepcionista, que, por essência, são incompatíveis entre si.

Por outro lado, ao se observar a já mencionada Lei nº 8.069/90, percebe-se, claramente, a opção normativa por um viés mais inclusivo. Ao não estabelecer um marco inicial para a proteção da criança (art. 2º: “criança, para os efeitos desta lei, é a pessoa de até doze anos de idade incompletos”) e ao determinar uma série de proteções e cuidados assegurados à gestante, em prol do filho que em seu corpo se desenvolve, o Estatuto da Criança e do Adolescente assume que o ser humano em processo de gestação está incluso em seu âmbito de proteção e escudado pela doutrina da proteção integral.

4.1. Teoria Natalista

A teoria natalista, em termos diretos, afirma que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, em uma interpretação essencialmente gramatical da primeira parte do art. 2º do Código Civil. Ao nascituro não é atribuída personalidade, mas, afirma Rodrigues, “como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”²⁷. Pereira, por sua vez, defende que:

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito *potencial* ao ente concebido, com a legitimação por subsequente matrimônio que abrange o *infans iam conceptus nondum natus*; o reconhecimento do filho natural; [...] Mas em qualquer destes casos não se pode falar em ‘pessoa’ do nascituro, pois o resguardo dos seus interesses equipara-se à doação à prole eventual de determinado casal ou à substituição fideicomissária nas quais o direito assegura os interesses de quem não se acha ao menos concebido, e, se ao nascituro, porque se lhe assegura um direito potencial, fosse preciso reconhecer personalidade, dotado de personalidade seria igualmente um donatário ainda nem concebido ou um fideicomissário não gerado²⁸

Outra visão tem Gomes, pois, além de afirmar que a existência da personalidade

²⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v 1. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 38.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 45).

coincide com a duração da vida humana (vai do nascimento à morte), defende que “a ordem jurídica admite a existência de personalidade em hipóteses nas quais a coincidência não se verifica. O processo técnico empregado para este fim é o da *ficção*”²⁹. Seriam pessoas fictícias o nascituro, o ausente e a prole eventual. Estas ficções atribuiriam personalidade, pois, nas palavras deste autor, “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”³⁰. Trata-se de posicionamento tradicional, pouco questionado durante a vigência do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16) e, mesmo hoje, capaz de angariar muitos adeptos.

4.2. Teoria da Personalidade Condicional

Esta teoria coloca o nascituro como titular de direitos que estão sob a condição suspensiva do nascimento com vida de seu titular. Esta condição determina que os efeitos dos direitos adquiridos pelo nascituro só se verificarão após a ocorrência de determinado evento futuro e incerto - o nascimento com vida, no caso³¹.

Saraiva, citado por Almeida, explica:

o evento futuro e incerto a que está subordinada a eficácia do ato jurídico tendo por sujeito o nascituro é o nascimento com vida; enquanto essa condição não se verificar, não terá o seu titular adquirido o direito colimado pelo ato jurídico. Durante a gestação o nascituro tem a proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais, sujeitos a uma condição suspensiva. O curador o representará nos atos destinados a conservar o direito eventual. Nascendo com vida, verifica-se o implemento da condição, e os direitos que adquirira, por atos cuja eficácia dependeria do seu nascimento com vida, integrarão definitivamente o seu patrimônio, mesmo se vier a falecer logo a seguir. Nascendo sem vida, nada adquire, por serem nulos de pleno direito os atos praticados em seu benefício e pelo que nada transmite³².

Wald, também adepto desta teoria, detalha o seu posicionamento, afirmando que “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”³³.

²⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 143)

³⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, p. 143.

³¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, p. 389.

³² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato de. **Tutela Civil do Nascituro**, p. 155.

³³ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 120.

Observa-se, neste posicionamento, uma preocupação em se adaptar a rigidez do texto legal à percepção prática da existência de um ser em gestação, cuja existência pode vir a produzir efeitos jurídicos, fato que, por sua relevância, não pode ser ignorado.

4.3. Teoria Conceptionista ou Concepção Realista da Pessoa³⁴

Por sua vez, a teoria conceptionista advoga, essencialmente, que o ser humano adquire personalidade plena desde o início da vida – desde a concepção - ficando apenas alguns direitos (os patrimoniais) condicionados resolutivamente ao nascimento *sem vida*. A diferença da condição resolutive para a condição suspensiva é que esta condiciona o aperfeiçoamento da aquisição de um direito a um evento futuro e incerto (o nascimento *com vida*) e aquela permite que o titular de um direito assim condicionado o gozo imediato de todos os efeitos desde o momento de sua aquisição; porém, se a condição resolutive (o nascimento *sem vida*) se verificar, “extingue-se o direito, resolvem-se as faculdades que o compõe [...] verificada a *conditio*, restituem-se as partes ao *status quo ante*”³⁵.

Esta condição resolutive - a que os direitos patrimoniais estão submetidos - não se aplica aos direitos da personalidade, pois o embrião os possuiria, de modo pleno, desde o início de sua existência (a concepção) e o fato de nascer vivo ou morto não teria o condão de alterar – por exemplo, tem-se o *status* de filho³⁶.

Deste modo, é possível afirmar que a teoria conceptionista faz coincidir o início da proteção jurídica do sujeito ao início de sua existência como indivíduo, ainda que, neste momento, este ser esteja em processo de desenvolvimento e não seja capaz de vida independente. Fundamenta-se, portanto, a proteção jurídica em um fato biológico, a ocorrência da concepção humana.

Porém, a teoria conceptionista não é imune à críticas. Limongi França, um dos principais defensores do posicionamento ora em estudo, arrola e ataca os principais argumentos usualmente utilizados para a desqualificação da teoria conceptionista, a saber:

- (a) o embrião, nem jurídica nem filosoficamente é pessoa; (b) é difícil atribuir capacidade se inexistente pessoa; (c) a teoria conceptionista encerra o inconveniente de implicar que a simples alegação infundada de gravidez possa

³⁴ A esta teoria filiam-se tanto autores que defendem que a vida começa no momento da fertilização (singamia) quanto autores que sustentam que esta começa no momento da fusão dos pronúcleos (cariogamia).

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, p. 362.

³⁶ Neste sentido, veja-se também Silva (2002, p. 242), Almeida (2000, p. 155) e Ghisolfi (2002, p. 39).

modificar o rumo das relações jurídicas³⁷.

Porém, em sua perspectiva, estes argumentos são de possível contestação. Em primeiro lugar, destaca o autor ser inadmissível supor que uma mera alegação infundada de gravidez viesse a ter relevância para a ciência do direito, visto que esta somente teria o condão de “modificar o rumo das relações jurídicas” caso viesse acompanhada de perícia médica, que lhe desse suporte. Quanto à questão da personalidade e da capacidade (argumentos ‘a’ e ‘b’), Limongi França afirma que a personalidade, para o Direito, tem início na concepção e que o nascimento apenas consolida a capacidade jurídica. A capacidade supõe a existência da personalidade e esta, tanto do ponto de vista filosófico quanto do ponto de vista jurídico, existe desde a concepção: filosoficamente, porque o embrião “já traz em si o germe de todas as características do ser racional”³⁸ e estaria para a criança assim como esta está para o adulto, sendo todos estes estágios diversos do desenvolvimento mesmo ser; juridicamente, porque quem possui direitos tem capacidade e só tem capacidade aquele que tem personalidade jurídica.

Pode-se afirmar, portanto, que a teoria concepcionista tem seu fundamento na realidade biológica, pois, com a fertilização, tem-se o marco inicial do desenvolvimento do novo ser e este fato biológico independe de convicções pessoais. Sem a fusão dos gametas, não há possibilidade do surgimento de um novo indivíduo; após, trata-se de processo de desenvolvimento contínuo, cuja interrupção significa morte. Se o desenvolvimento da vida começa na concepção, e, conforme visto acima, desde então o embrião possui alguns direitos, a partir deste momento e preciso reconhece-lhe também a existência da personalidade jurídica. Chorão, discorrendo sobre os fundamentos da personalidade jurídica do nascituro, afirma que, sobre este tema, defrontam-se duas concepções opostas, uma realista e outra idealista. A concepção realista, para o autor:

situa o direito na realidade (*jus in re*) e na natureza das coisas (*in rerum natura*): ele é, primária e principalmente, a própria coisa justa (*ipsa res justa*), objecto da justiça. Nesta perspectiva, a personalidade jurídica singular tem o seu fundamento na personalidade ontológica ou natural do indivíduo humano (*fundamentum in re*)³⁹.

Assim, torna-se possível coincidir o início da proteção jurídica e o início da vida biológica, afirmando-se que, com base nesta teoria, desde o início do seu processo de

³⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**, p. 143.

³⁸ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**, p. 144.

³⁹ CHORÃO, Mario Emílio Bigotte. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, p. 265.

desenvolvimento vital o novo indivíduo é pessoa. Deste modo,

todo o indivíduo da espécie humana tem a natureza de pessoa (*ubi homo sapiens, ibi persona*), enquanto reúne em si todos os referidos caracteres essenciais inerentes a essa condição ontológica, independentemente das circunstâncias acidentais do desenvolvimento biopsíquico ou da operatividade. Não é concebível a existência de seres de natureza humana que não sejam seres pessoais⁴⁰.

Sob esta perspectiva, o referido autor português indica que a opção por uma concepção realista da pessoa resulta em algumas implicações jurídicas, tais como colocar a pessoa no centro da ordem jurídica (o direito existe para os homens, que protagonizam as relações jurídicas), reconhecer a existência de personalidade jurídica em todos os seres humanos (pois a noção jurídica de pessoa está contida no conceito ontológico, sendo toda a pessoa natural, necessariamente, polo de relações jurídicas), reconhecer que todos os indivíduos humanos possuem capacidade genérica de gozo de direitos, apesar de nem todos possuírem a capacidade de exercício, e garantir a efetividade dos direitos, pois já que não basta reconhecer a personalidade e a capacidade de gozo, sendo preciso, também, que hajam condições legais mínimas para que a efetivação dos direitos⁴¹.

Portanto, sob esta perspectiva, o embrião humano, ainda em gestação - e todos os indivíduos humanos - é pessoa, “remontando a condição pessoal à origem biológica do seu corpo”⁴². Possui, portanto, capacidade de direito, ainda que, por outro lado, seja absolutamente incapaz de fato ou de exercício. Deste modo, o *dever ser* jurídico tem a sua base de apoio no *ser* fático do embrião humano.

A opção a esta alternativa segura, de coincidência entre o início da personalidade jurídica e o início do desenvolvimento humano, é a submissão do início da personalidade jurídica ao puro arbítrio do legislador, opção que pode resultar num relativismo e insegurança que, em última instância, podem despojar o ser em desenvolvimento de seu *status* de humano, apenas porque, por convicções momentâneas, o legislador não o quis reconhecer como pessoa.

5. Considerações finais

⁴⁰ CHORÃO, Mario Emílio Bigotte. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, p. 270.

⁴¹ CHORÃO, Mario Emílio Bigotte. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, p. 279-281.

⁴² CHORÃO, Mario Emílio Bigotte. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, p. 283.

Tendo em vista a questão central deste artigo, observa-se que, nos termos de uma concepção realista da personalidade jurídica, torna-se não somente possível, mas também desejável, a extensão da proteção jurídica conferida pelo ordenamento jurídico aos sujeitos de direito já nascido aos que ainda não alcançaram este estágio de desenvolvimento. Foram discutidas categorias jurídicas básicas e as principais teorias que delas se ocupam e, neste momento, constata-se que recusar ao ser humano em gestação o mesmo nível de proteção jurídica assegurado aos seres já nascidos é mera arbitrariedade, que contradiz a ideia essencial de dignidade humana e que permite a criação, dentro de uma estrutura de proteção jurídica, de sujeitos de direito de segunda classe, a quem, apesar de assegurados alguns direitos, não é oferecida toda a amplitude de uma proteção jurídica.

Recusar o reconhecimento do *status* de sujeito de direito ao ser humano em processo de formação trata-se de discriminação indevida, posto que desprovida de fundamento fático e jurídico que a sustente. Voltando à matriz kantiana, recusar ao ser humano em processo de desenvolvimento o *status* de pessoa significa classificá-lo como coisa, ser desprovido de dignidade, sobre o qual qualquer ação humana é possível, percepção esta possível de ser equiparada à vigente durante o período de escravatura. Trata-se de uma opção essencial: ou todo o ser humano, desde o raiar do seu desenvolvimento, é reconhecido como pessoa, sujeito de direitos e merecedor da proteção jurídica ou permite-se o estabelecimento de um marco arbitrário que dividirá o conjunto dos seres humanos em duas categorias distintas - os que são pessoas e os que não o são.

Admite-se que cabe ao legislador estabelecer a partir de qual momento da evolução humana tem início a incidência da proteção jurídica; advoga-se, porém, pela coincidência deste momento, pertencente ao âmbito do dever-ser, ao ponto mais longínquo do início do desenvolvimento individual. Se, antes da concepção, tem-se apenas duas células vivas, mas separadas, após sua fusão tem-se o início de uma individualidade que se desenvolverá em processo contínuo, até o momento da cessação de suas atividades, ou seja, do fim da vida. Optar por outro momento significa definir, de modo arbitrário, que uma determinada etapa do desenvolvimento humano não é merecedora da devida atenção; em outras palavras, é afirmar que, durante um certo estágio de seu desenvolvimento, o ser humano não é, de fato, uma pessoa.

Assim, conclui-se que, tendo em vista o pensamento kantiano e a ideia de dignidade humana, o início da proteção jurídica do ser humano e o seu reconhecimento como sujeito de direitos não pode ser dar em momento outro que não o da própria concepção. Deste modo, o dever-ser passa a fundar-se no ser, sendo esta uma opção segura e condizente com a verdadeira

proteção do ser humano e reconhecimento do valor dignidade humana.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato de. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHORÃO, Mario Emílio Bigotte. Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n 17, p. 261-296, Rio de Janeiro, 1999.
- GHISOLFI, Reginaldo da Luz. **A Proteção Legal do Embrião Humano e sua Relação com a Engenharia Genética na União Europeia e no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil**. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo I**. Campinas: Bookseller, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v 1. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTANA, Ricardo. **Análise Comparativa do Início da Personalidade Jurídica da Pessoa de Existência Visível nas Legislações Infra-Constitucionais Civis do Brasil e da Argentina no Tocante aos Direitos Patrimoniais**. Monografia. (Graduação). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1999.
- SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTr, 2002.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.