

O CONCEITO DE PERSONALIDADE CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE DO *STATUS* DO NASCITURO

Gabrielle Bezerra Sales *

RESUMO

O trabalho oferece elucidacões acerca da identificacão jurídica do nascituro sob o prisma da sistemática constitucional. Há um estudo das teorias a respeito dos conceitos de pessoa humana em funçao da existênci e supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana como proteçao maior do direito à vida. Esse assunto interessa especialmente aos estudiosos da Bioética e do Direito Constitucional, pois levanta questionamentos a respeito da tutela da vida, prevista na Constituicão Federal de 1988. Trata-se de uma verificacão das teorias sobre a existênci da personalidade civil, bem como dos direitos salvaguardados por lei. Finalmente, esse artigo trata das mais relevantes teorias da bioética sobre a origem da vida humana, confrontando a relacão entre os direitos, constitucional e civil, para a formacão do conceito de sujeito de direito.

PALAVRAS CHAVES:

NASCITURO; PERSONALIDADE; SISTEMA CONSTITUCIONAL; BIOÉTICA.

ABSTRACT

This study comes to clear up the identification of the unborn child's juridical discipline under constitutional system view. There is a Knowledge of the extension and meaning of human being dignity principle, as state fundament, and the life rights, above anything. This subject concerns specially students of Bioethic and Constitutional Law, because it raises questions about the right to life, foreseen in the Constitution of Federative Republic of Brazil. It is a verification of people personality existence, as well

* Gabrielle Bezerra Sales é advogada, professora da graduacão e pós-graduacão em Direito das Faculdades Integradas do Ceará-FIC e da Faculdade Christus, coordenadora de pesquisa e monografia do curso de Direito da Faculdade Christus, mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará-UFC, autora do livro Teoria da norma constitucional e atualmente cursa o doutorado na Universidade de Augsburg, Alemanha.

as the rights secured by law. Finally this article explores the most important bioethic's theories about the origin of human life and compares with the relationship between Constitutional and Civil Law to construction of subject concept.

KEYWORDS

UNBORN CHILD; PERSONALITY; CONSTITUTIONAL SYSTEM;BIOETHICS.

INTRODUÇÃO

A carta constitucional de 1988 inovou ao regulamentar matérias que outrora eram confinadas nos limites do direito privado. Trata-se de uma nova tendência no constitucionalismo contemporâneo que, mediante a submissão da ordem civil à ordem constitucional, intenta uma efetiva aplicabilidade dos preceitos que asseguram os direitos fundamentais e, conseqüentemente, estruturam o Estado social constitucionalmente erigido sob a forma democrática.

Com efeito, a atual jurisdição constitucional transcende o paradigma pré-weimariano, estabelecendo parâmetros de tutela que se irradiam sistematicamente, tanto nas relações econômicas quanto nas privadas.

Tais relações se tornaram aptas a uma profunda reformulação de seus pressupostos tradicionais, alternando o paradigma anteriormente firmado na completa autonomia do sujeito e numa suposta neutralidade do Direito e do Estado, pela necessária promoção integralizante da Pessoa humana em todas as suas manifestações.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana figura atualmente no cenário jurídico brasileiro como a fonte maior de legitimação do sistema, alicerçando também a produção normativa civilística que deverá conferir a tutela máxima ao ser humano, ressaltando as novas dimensões do conceito de personalidade civil e os reflexos desse entendimento sobre todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, o processo de constitucionalização do Direito Privado consiste num dos efeitos dessa infiltração dos preceitos constitucionais na totalidade das esferas jurídicas, condicionando-as aos contornos de suas diretrizes.

1 DESENVOLVIMENTO

A rigor o processo de constitucionalização do Direito Civil é correlato ao abandono da visão individualista-formalista e com o conseqüente enfraquecimento da superada dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado¹.

”Sem embargo do patrimônio mínimo garantido, como pode se dar, em boa medida, com o bem de família e na impenhorabilidade do módulo rural, a disciplina dos defeitos nas relações jurídicas, assim redirecionada, poderá captar menos a patologia do status jurídico adstrito ao contrato e ao patrimônio e mais a tutela da vida dos reais receptores da norma civil.”²

O abandono da rigidez dessa classificação é indubitavelmente relativo às limitações da tutela civilística mediante os avanços da teoria constitucional que serve como modo de integração das lacunas do conceito de pessoa natural informado pelo Código Civil de 2002, notadamente face às inovações biotecnológicas³.

O artigo 2º do novo Código Civil brasileiro, seguindo a tendência firmada por Clóvis Beviláqua⁴, conferiu o *status* de personalidade civil somente aos nascidos vivos, resguardando, todavia, os direitos do nascituro.

Há pertinência, no entanto, em se perguntar a quem é que o legislador da revisão do Código Civil de 2002 julgou tutelar quando, perdendo a oportunidade de esclarecer os limites da juridicização da vida humana em seus primeiros estágios, reafirmou genericamente a terminologia nascituro e, conseqüentemente, restou por permanecer oculto o sentido normativo que pretendia obter.

A indagação, desta feita, acerca da delimitação conceitual do nascituro ultrapassa a latência da atual legislação civil, projetando-se na necessária discussão dos limites da tutela constitucional à vida.

¹ SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, P. 20.

² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro**, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 17.

³ CASADO, María. **La Bioética ante las nuevas tecnologías genéticas**. In: Los retos de la genética em el ssglo XXI: genética y bioética. María Casado y Roser González-Duarte(Eds.) Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 1999, p. 17.

⁴ BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil comentado**, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953, vol 1, p. 215. O autor informa que a doutrina concepcionista foi preterida em projeto de lei que culminou no Código Civil de 1916 apenas por parecer mais prática. Prossegue ainda afirmando que, no entanto, o Código de 1916 enumera várias situações em que o nascituro é reconhecido como pessoa.

A respeito, Rocha⁵ adianta: "Toda atitude, norma, sistema jurídico, social ou político que mutile física, moral ou psicologicamente e trate o homem como um ser não completo agride o princípio da dignidade humana. O homem é inteiro, é ser uno que se multiplica em sua unidade."

Incontestemente é, portanto, a vida como pressuposto basilar de toda organização social política e juridicamente organizada. Desta forma, a vida não pode sofrer quaisquer limitações decorrentes de antinomias contidas na forma escalonada de regulamentação do sistema jurídico.

Oportuno lembrar, "O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial daquela construção jurídica, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas, a fim de que elas possam assegurar a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo para realizar as suas vocações e necessidades."⁶

A tutela jurídica da vida tem, pois, assegurada sua pré-existência a todos os demais direitos, antecedendo à formação do próprio sistema⁷ e justificando todas as modalidades de proteção à espécie humana.

No entanto, a apreensão do conceito da vida, notadamente em suas fases limítrofes, é atualmente bastante controverso em função das contínuas inovações da biotecnologia⁸ e das implicações do reconhecimento da supremacia constitucional⁹ do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida digna: Direito, ética e ciência**. In: O direito à vida digna. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004, P. 45.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida digna: Direito, ética e ciência**. In: O direito à vida digna. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004, P.

⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995, p. 40. O autor entende o sistema jurídico: "[...] como uma rede uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição."

⁸ SHERWIN, Susan. **New reproductive technologies**. In: No longer patient: feminist ethics and health care. Philadelphia: Temple, 1992, p. 127.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**, Revista de Informação Legislativa, a. 36, n.141., jan./mar. 1999, p. 100. O autor adverte que atualmente a doutrina civilista não pode descuidar da interpretação tendo como base a Constituição e adianta que: "Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência."

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed. 2004, p. 27. A dignidade

Trata-se de controvérsia que, muito embora tangenciada pelo discurso científico, não se restringe somente ao âmbito de suas contribuições. Consiste em algo que não se circunscreve completamente ao olhar cientificista, já que não se restringe ao pensar utilitarista, instrumental, operacional ou técnico.

A vida é, na realidade, um conceito que escapa à mera apreciação das reações físico-químicas, pois consiste num processo que se afirma em etapas sucessivamente dispostas e que tem o seu início no instante em que há a fusão genética (pronuclear) dos gametas, masculino e feminino.

Há, a partir desse instante, a origem do genoma, “Este é um verdadeiro manual de instruções para formar o organismo e conduzi-lo a uma possibilidade de perpetuamento e transmissão para criar outros corpos semelhantes.”¹¹

Surge então a identidade genética do indivíduo em toda a sua singularidade e já caracteriza o delineamento do ser humano, da pessoa e de todos os possíveis desdobramentos quanto à tutela dos direitos a ela concernentes.

A propósito, “Um ser humano, nas diversas etapas de seu desenvolvimento, não é, por natureza, um algo que se converte em alguém, senão que é alguém desde o início do seu desenvolvimento¹²”.

Surge um novo conceito de pessoa humana extraído da transdisciplinariedade entre Direito, Ciência e Bioética, particularmente no que concerne ao Direito Civil e o Direito Constitucional e que vai além das relações entre governantes e governados¹³, se projetando nas relações privadas na elaboração de uma atuação estatal que, extrapolando os limites dos padrões omissivos, exige a promoção integral do fenômeno humano na ordem jurídica.

Enquanto experiência integradora, a pessoa humana deve ser entendida como uma síntese entre essência (estrutura e relações) e existência (realização). Consiste, pois, numa categoria que exprime tanto a interioridade quanto a exterioridade,

da pessoa humana, segundo o autor, diz respeito à condição humana e consiste num tema que, em sua relevância e atualidade, acompanha a própria trajetória da existência humana.

¹¹ LORA ALÁRCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Editora Método, 2004, p. 127

¹² HONNEFELDER, Ludger. **Naturaleza y status del embrión. Aspectos filosóficos**. Madrid: Cuadernos de bioética.v.III. n.31. jul/sep, 1997, p. 1040-1042.

¹³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 325. Sarmento defende que: “*Numa ordem constitucional efetivamente democrática, a liberdade deve ser protegida em ambas as suas dimensões mais importantes: a autonomia pública do cidadão, ligada à soberania popular, e a autonomia privada da pessoa, relacionada ao gozo sem constrangimentos dos direitos individuais.*”

isto é, nos termos da lógica dialética que se radica na singularidade absoluta da pessoa, suprasumindo a universalidade da essência, mediatizada pela particularidade histórica da realização.

A partir de 1988, no Brasil, a proteção à dignidade da pessoa humana envolve um aspecto negativo, no sentido de impedir quaisquer violações, mas também outro aspecto positivo, isto é, de assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos indivíduos¹⁴.

A aplicação normativa exige, pois, um processo interpretativo que abrange a totalidade da grandeza das expressões dos segmentos sociais considerados para a concretização da Carta Política de 1988. Faz-se incontestavelmente mister o abandono de uma programaticidade silente em virtude da inadiável informação da Sociedade Civil.

Com efeito, a interpretação¹⁵ do conceito de nascituro deve acompanhar as novas dimensões do direito fundamental à vida, sedimentando a força normativa¹⁶ que deve caracterizar o texto constitucional. Ocorre que não há na doutrina uma uniformização no tocante à definição de nascituro e nem tampouco acerca do tipo de tutela que lhe deve ser assegurada pelo direito brasileiro.

A doutrina civilista clássica, por seu turno, não acompanha e nem tampouco explica as novas dimensões atribuídas ao Homem face ao uso de tecnologias aplicadas à vida, especialmente no que se refere ao recente panorama social urdido sob a égide do acelerado desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida no Brasil e no mundo.

Tal lacuna¹⁷ carece da face integradora do constitucionalismo hodierno para que o fenômeno dos embriões excedentes, criopreservados em clínicas de reprodução assistida, possam ter seu *status* definido perante o Direito, afirmando qual é a tutela que lhe será assegurada.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 5.ed, Porto alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 185.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**, Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1997, p. 14-15.

¹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Gilmar Ferreira Mendes(Trad.). Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

¹⁷ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**, Rio de janeiro: Forense, 2005, p. 34.

Afinal, o caso dos embriões congelados é a prova fatal da incompletude do sistema jurídico? Ou será preciso reafirmar a sistematicidade¹⁸ do Direito para conter em seus limites teóricos e práticos a profundidade da mudança social produzida pelas novas tecnologias na sociedade contemporânea?¹⁹

Quanto à sua estruturação, Larenz²⁰ não admite a contestação da abertura do sistema jurídico, enunciando que esse consiste numa pluralidade de normas e princípios que o orientam e o tornam dinâmico, estando além da formalidade do modelo piramidal.

Em virtude da abertura do sistema, é possível reafirmar a necessária fundamentação pluridimensional do conceito de pessoa que traduz a complexidade do ser humano.

Ocorre que, sob o signo da conservadora postura patrimonialista, o atual Código Civil brasileiro afirma que pessoa natural é todo ser humano considerado como titular de direitos e deveres. Repete, nesse sentido, a limitada teoria dos direitos subjetivos que só entende sujeito como os entes contemplados pela conservadora herança oitocentista.

O artigo 2º do novo Código Civil repete quase integralmente o artigo 4º do diploma legal de 1916. Apenas há a novidade da utilização do termo pessoa em detrimento do termo Homem.

¹⁸ LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 2. Auflage. Berlin:Springer Verlag, 1969, S. 487.

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2.ed. A. Menezes Cordeiro(Trad.). Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 109. “A abertura como incompletude do conhecimento científico cresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. Ambas as formas de abertura são essencialmente próprias do sistema jurídico e nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema na Ciência do Direito ou, até caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si. A abertura do sistema científico resulta, aliás, dos conhecimentos básicos do trabalho científico que sempre e apenas pode produzir projetos provisórios, enquanto, no âmbito questionado, ainda for possível um progresso, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido; o sistema jurídico partilha, aliás, esta abertura com os sistemas de todas as outras disciplinas. Mas, a abertura do sistema objetivo resulta da essência do objecto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável. Esta forma de abertura não se encontra necessariamente em todas as outras Ciências, pois o seu objeto pode ser imutável; pode haver até aqui uma especificidade da Ciência do Direito: pois as especialidades do nosso objeto devem corresponder a especialidades do nosso conceito de sistema e um sistema(em sentido objetivo) em mudança permanente é tão imaginável como uma unidade de sentido duradouramente modificável. Retira-se, de fato, daqui, que a formulação do sistema jurídico-possivelmente em oposição a outras Ciências- nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência, um processo infundável; aí reside também um certo sentido prático, derivado do sistema ser aberto.”

²⁰ LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 2. Auflage. Berlin:Springer Verlag, 1969, S. 489;

Personalidade é, entretanto, entendida como o atributo básico e necessário para que se refira ao processo de afirmação do sujeito no âmbito da relação jurídica, isto é, no estabelecimento de vínculos de caráter obrigacional.

Adquirida a personalidade, portanto, o ser humano está, em tese, apto à atuação na qualidade de sujeito de direito na prática de atos e negócios jurídicos. Trata-se de uma apreensão que se limita meramente à afirmação do nascimento com vida para a regulamentação do fenômeno vital em todas as suas dimensões.

Enfim, são pressupostos superados na dinâmica estabelecida pelas constatações da embriologia. De fato, o nascimento é o desligamento da criança do ventre da mãe, é o momento em que há apenas o amadurecimento do processo gestacional e o início de uma nova modalidade/etapa na vida, ou seja, a vida extra-uterina.

Consiste num momento que transcende os aspectos fisiológicos, pois apenas consolida uma nova feição no processo de afirmação do sujeito que a ordem jurídica tem por obrigação tutelar em virtude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O artigo 2º do novo Código Civil brasileiro, de fato, admite taxativamente que há a salvaguarda dos direitos do nascituro, porém silenciando a respeito de sua definição, lança a questão à esfera doutrinária.

Cria, pois a excentricidade, ou melhor, a excepcionalidade flagrante na medida em que, muito embora negue o *status* de pessoa natural ao nascituro, afirma um sistema de direitos, correlatos dos demais entes dotados de personalidade civil, conferidos a este ente e inscritos em outros subsistemas: constitucional e penal.

Dentre as diversas²¹ teorias que buscam explicar a natureza jurídica do nascituro, destaca-se: teoria natalista, a teoria da personalidade condicionada e a teoria concepcionista.

Segundo a teoria natalista, predominante na doutrina pátria, o conceito de nascituro é atrelado à sua existência intra-uterina, surgindo tão somente a partir da fase da nidação. Carece de personalidade e, deste modo, o nascituro só possui expectativa de direito.

²¹ DAMSCHEN, Gregor; SCHÖNECKER, Dieter. Argumente und Probleme in der Embryonendebatte- ein Überblick, *In:Der moralischer Status menschlicher Embryonen*, Gregor Damschen und Dieter Schönecker(Hrsg.), Berlin: Walter de Gruyter, 2003, S. 1-11.

Pereira²² entende que: "O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito."

Observa-se que, dentre as teorias, aquela que mais se apegua à literalidade da lei é a natalista, evidenciando ainda os efeitos da era da codificação em sua forma interpretativa.

Consiste num evidente engessamento do sentido²³ normativo que acaba por invalidar a legitimidade do projeto legislativo tridimensionalista de Reale, na medida em que insiste em negar a dinâmica dos fatos sociais, dos valores que os delineiam, bem como, a sua observação na aplicação do texto normativo.

Mais uma vez, o legislador pátrio perdeu a oportunidade de romper com a tendência legalista e positivista clássica de supervalorização da lei, como também da extraordinária prevalência da atuação do juiz em relação aos demais operadores do Direito na prática jurídica nacional.

De fato, a lei não possui o condão de transformar a realidade social em função de seus caprichos, desta feita os conceitos como o de nascituro devem ser construídos e reconstruídos baseados na vivência da própria sociedade que, deliberando a respeito de si, pode transpor os limites do texto legal, tendo a competência para compor a realidade que almeja.

Nitidamente positivista e patrimonialista é, de fato, a interpretação da realidade apresentada pela teoria natalista, visto que, omite a relevância dos direitos da personalidade e demais direitos não patrimoniais que não se encontram abrangidos pelo próprio artigo 2º da legislação civil brasileira.

Consiste numa postura doutrinária que fere a sistematicidade da ordem jurídica nacional, especialmente quando se refere a uma interpretação que escamoteia a

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil- alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79.

²³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 7.ed., Porto alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 67. "*O sentido comum teórico coisifica o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza- ideologicamente- convenções lingüísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à consumação das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma para-linguagem, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a realidade jurídica dominante. É o local dos segredos.*"

relevância do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da Constituição Federal de 1988.

Transcendendo um pouco essa preocupação patrimonialista, a teoria da personalidade condicional avança em relação ao novo panorama traçado pelo uso da biotecnologia. Para seus representantes, existe pessoa desde a concepção, mas o seu reconhecimento é condicionado ao nascimento com vida.

Pamplona Filho e Araújo²⁴ enfatizam que: "Pessoa humana é todo ser humano considerado como sujeito titular de direitos e obrigações. Inevitavelmente, para a lei, foi necessário fixar um termo a partir do qual pudesse restar caracterizada a existência da pessoa, o momento em que se verifica a ocorrência de pressupostos fáticos capazes de evidenciá-la como tal. Assim dispôs a codificação civil, em seu art. 2º, quando determinou que a personalidade civil da pessoa começa do seu nascimento com vida. Assim, a íntima relação entre deter personalidade e ser sujeito de direitos e obrigações."

Nesses termos, sem o implemento dessa condição, não há a aquisição da personalidade e tampouco capacidade ou exercício de direitos e deveres. A aquisição desses direitos estaria sujeito à condição suspensiva, isto é, ao nascimento com vida, a personalidade retroagiria ao momento da concepção.

Cuida-se de uma forma de entender o conceito de personalidade gradativamente. O feto não seria deste modo, plenamente considerado como pessoa, mas por pertencer à espécie humana, teria a potencialidade para vir a sê-lo.

Para os defensores desse entendimento é apenas na qualidade de espécime da humanidade que se justifica a tutela penal da vida intra-uterina e a curadoria do ventre.

Incorrem em erro, quando omitem que a concepção já é tomada como pressuposto inicial e desconhecem que: "O nascimento com vida é apenas um ato declarativo da personalidade jurídica, ao passo que a concepção é ato constitutivo desta mesma personalidade."²⁵

Equívocada e insegura é essa postura doutrinária por abrir ao alvedrio da doutrina todas as possibilidades interpretativas do conceito de pessoa jurídica, pois não há marcador no desenvolvimento embrionário mais solidamente ancorado em fatos reais

²⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Revista de Direito Privado- RDP30**, 2007, p. 251-264.

²⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A arte do possível: breves reflexões sobre a reprodução humana assistida. *In*: SILVA, Reinaldo Pereira e; LAPA, Fernanda Brandão.(Org.), **Bioética e direitos humanos**, 2000, p. 158.

do que a concepção para o reconhecimento do *status* de pessoa, sendo todos os demais arbitrários e, portanto, passíveis de abordagens preconceituosas.

Almeida²⁶ ensina: “[...] não há Nação que se preze(até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro(Código Chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, afirma personalidade.”

A fundamental afirmação da teoria concepcionista se refere à autonomia do zigoto. Na realidade, o zigoto, estágio unicelular e originário de todos os membros da espécie humana, é detentor e executor autônomo de seu próprio programa genético e de seu desenvolvimento.

Nele, enquanto detentor de um patrimônio genético singularizado já existe todas as informações acerca de suas características, tais como: sexo, cor da pele, grupo sanguíneo e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura.

A fecundação é, sem sombra de dúvidas, o marco da vida, a produção de uma matéria informada, ou seja, de um material biologicamente informado pela vida.

Destaca-se na teoria concepcionista, no entanto, dois posicionamentos principais que discordam meramente quanto à possibilidade de delimitação do instante exato do surgimento deste novo ser humano: a teoria cariogâmica e a teoria singâmica²⁷.

Para a teoria singâmica a penetração do espermatozóide no óvulo é o momento em que há o início, ou seja, o disparo do processo irreversível, baseado na produção encadeada de reações físico-químicas, para a formação de um ser humano.

Segundo esse entendimento, a etapa da formação do zigoto seria irrelevante, pois já estaria contida no encadeamento das etapas do processo total.

Em sentido oposto, a teoria cariogâmica compreende o surgimento da vida somente após a fusão pronuclear. Consiste no surgimento do código genético mediante a morte de outros dois códigos em função do surgimento do processo vital de uma nova célula.

O aspecto relevante é a percepção do processo vital desencadeado pelo surgimento de uma célula que tem intrinsecamente o impulso e a força para empreender o seu desenvolvimento contínuo, complexo, gradual e coordenado.

²⁶ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81.

²⁷ SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**, São Paulo: LTR, 2002, p. 85.

Depreende-se que o zigoto não pode, portanto, ser considerado ser humano em potencial, sendo potencial tão somente o seu desenvolvimento.

Almeida²⁸ esclarece: "A personalidade do nascituro não é condicional, apenas certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é o elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a."

Nesse sentido, incorrem em erro aqueles que desconhecem o alcance da interpretação sistemática do teor do artigo 2º do Código Civil brasileiro de 2002. De fato, ao afirmar a tutela de direitos do nascituro, empreende o legislador o reconhecimento implícito da personalidade daquele que o Código Penal e também a Constituição Federal desde 1988 cuida em proteger.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A entronização constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil se reflete na constitucionalização dos direitos da personalidade, que por seu turno, passam por uma profunda reformulação e, conseqüentemente, atualização para serem alçados a mais alta posição intra-sistemática.

Inegável é que o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou o tórus da constitucionalidade pátria nas relações jurídicas, pois se trata da consubstanciação juridicamente institucionalizada dos direitos da personalidade e dos valores humanistas.

O problema de qualquer delimitação jurídica e conceitual envolve a compreensão global do sistema, evitando interpretações apressadas que desconheçam a abrangência dos efeitos das normas principiológicas por sobre as normas dos demais subsistemas.

É, portanto, natural e incontestado a estreita relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, os direitos da personalidade e a bioética. A justificativa da universalidade desses preceitos se radica na construção histórica, social e político-jurídica do conceito de dignidade da pessoa humana no Brasil.

²⁸ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81

Trata-se de uma delimitação conceitual que deve escapar dos embustes compreendidos pela dogmática civilista que resiste em integrar à idéia de nascituro os seres humanos em suas diversas formas de vida(extra e intra-uterina), resistindo em solidificar o sistema jurídico nacional que se afirma indiscutivelmente na pessoa humana de forma abrangente e global.

Finalmente, cumpre esclarecer que teoria concepcionista se posiciona do modo mais coerente em relação às normas que compõem o ordenamento jurídico, evidenciando um elo essencial com o que vem sendo disposto normativamente ao longo da história do Direito brasileiro.

Tal evidência serve para corroborar a sua prevalência sobre todas as outras teorias que discorrem sobre o problema da delimitação conceitual do nascituro, pois, se ampara não somente num ímpeto legislativo de caráter momentâneo, mas expressa a vontade geral do povo brasileiro de ver a vida plenamente tutelada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**, São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil comentado**, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2.ed. A. Menezes Cordeiro(Trad.). Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CASADO, María. **La Bioética ante las nuevas tecnologías genéticas**. In: Los retos de la genética em el soglo XXI: genética y bioética. María Casado y Roser González-Duarte(Eds.) Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 1999.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A arte do possível: breves reflexões sobre a reprodução humana assistida. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; LAPA, Fernanda Brandão.(Org.), **Bioética e direitos humanos**, 2000.
- DAMSCHEN, Gregor; SCHÖNECKER, Dieter. Argumente und Probleme in der Embryonendebatte- ein Überblick, In:**Der moralischer Status menschlicher Embryonen**, Gregor Damschen und Dieter Schönecker(Hrsg.), Berlin: Walter de Gruyter, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro**, Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Gilmar Ferreira Mendes(Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HONNEFELDER, Ludger. **Naturaleza y status del embrión. Aspectos filosóficos**. Madrid: Cuadernos de bioética.v.III. n.31. jul/sep, 1997.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 2. Auflage. Berlin:Springer Verlag, 1969.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**, Revista de Informação Legislativa, a. 36, n.141., jan./mar. 1999.

LORA ALÁRCON, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Editora Método, 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal, **Revista de Direito Privado- RDP30**, 2007.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Direito civil- alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida digna: Direito, ética e ciência**. In: O direito à vida digna. Cármen Lúcia Antunes Rocha(Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**, São Paulo: LTR, 2002.

SHERWIN, Susan. **New reproductive technologies**. In:No longer patient: feminist ethics and health care. Philadelphia:Temple, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 7.ed., Porto alegre: Livraria do advogado editora, 2007.