

**O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO
DESDE A CONCEPÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL – COMO FORMA
DE SOLIDIFICAR A EXIGENTE ATUAÇÃO INTEGRAL DO FENÔMENO
HUMANO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS**

Zoraide Sabaini dos Santos Amaro *

RESUMO

Indispensáveis se tornam as considerações que seguem para diligenciar acerca do debate sobre o início da personalidade jurídica do nascituro. O enfoque parte da premissa de maior relevância, isto é, tem como alicerce fundamental a dignidade da pessoa humana - essência inviolável a partir do período em que ocorreu o milagre da vida, a concepção. A questão que então se discorre, tem importância justificada em face da redação aparentemente contraditória no artigo 2º do Código Civil: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.* A condição conflitante nesse dispositivo legal, tornou-se tema de grande discussão, posto que são atribuídos vários direitos a quem não tem personalidade, segundo a própria Lei. Quanto a esse aspecto para a análise da questão, pode-se identificar a existência de três vertentes primordiais, que correspondem às teorias natalista, da personalidade condicional e concepcionista. Com as mudanças advindas ao longo dos tempos e da Biociência, uma sucinta leitura histórica do processo das transformações nos planos religioso, ético, moral, político, filosófico, jurídico e econômico, seria necessária, contudo, importa centrar apenas na questão jurídica, consignando que muitos estudiosos relacionam a personalidade com o momento da concepção; baseiam suas convicções no fato de que, o feto concebido é sujeito de direitos, quais sejam: tutela à pessoa embrionária, direitos do feto à vida, à saúde, à alimentação, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar, proteção penal garantindo-lhe o direito de nascer e outros. Portanto, face às informações da literatura médica, está definido que desde a concepção existe uma vida individualizada, o que é da maior relevância para o Direito. Em que pese as normas legais vigentes e entendimentos doutrinários diversos quanto ao amparo do nascituro, a Lei Maior assegura a inviolabilidade

*AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. Bacharel em Direito – UNIFIL – Centro Universitário Filadélfia-Londrina, PR. Licenciada em Letras Anglo-Portuguesas e Pedagogia, Especialista em Psicopedagogia, Mestranda em Direito Negocial – UEL Universidade Estadual de Londrina.

do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção. Pela inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, que concede unidade aos direitos inerentes à personalidade humana, é possível concluir pela necessidade de introduzir no campo dos embates filosóficos, reflexão para uma reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade do nascituro.

PALAVRAS CHAVES: NASCITURO; VIDA; PERSONALIDADE; DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

Vital become the considerations that follow to work on the debate about the beginning of the legal personality of the unborn child. The focus of the premise of greater relevance, is has the foundation fundamental human dignity- Inviolable essence from the period in which the miracle of life occurred, design. The question that then talks has amount justified in the face of seemingly contradictory wording in Article 2 of the Code Civil: The person's civil people begins with the birth life, but the law does except, since the design rights of the unborn child. The condition that conflicting provisions, become topic of great debate since several are assigned rights to those who do not have personality, according to the law itself. How will this aspect for the analysis of the issue can identify the existence of three primary parts, which correspond natalista the theories of personality conditional concepcionista. With the emerging changes over time in Bioscience, a suscinta reading of the historical process of change in the religious, ethical, moral, political, philosophical, legal and economic, would be needed, however, it focused only on the legal question, whereas many religious personality to relate to the moment of conception, their convictions based on the fact that the fetus is conceived subject of rights, which are: guardianship to embryonic person, rights of the fetus to life, to health, to food, to respect, to dignity, to coexistence family, protecting criminal ensuring him the right to be born and others. So, given to the information in the medical literature, which is defined from conception there is an individual life, which is of great importance to the law. In that despite the laws in force and doctrinal different understandings about the refuge of the unborn child, the law ensures the largest inviolability of the right to life, without defining, however, from that moment would be that protection. For the inviolability of human dignity, which gives unity to the rights inherent to the human personality, it can be concluded by the need to introduce the field of

philosophical disputes, reflection for a recasting of the principles of Brazilian civil law to change the rule on the initiation the personality of the unborn child.

KEYWORDS: UNBORN CHILD, LIFE, PERSONALITY, HUMAN DIGNITY

INTRODUÇÃO

O tema relativo ao direito da personalidade do nascituro, constitui um universo polêmico na doutrina, alguns se posicionam que o embrião não é pessoa de direito, ele é apenas objeto de direito e que, portanto, não possui, pelo menos perante o direito pátrio, personalidade jurídica. Pretendendo entender o desdobramento desta questão o objetivo geral deste estudo é verificar a relevância do amparo do nascituro, isto é sua proteção *desde que o relógio do tempo começou registrar as fagulhas de sua existência*¹, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana - essência inviolável a partir do período em que ocorreu o milagre da vida - a concepção.

Em decorrência de que o direito reconhece os atributos da personalidade com o sentido de universalidade e entendendo por *concepto* o ser humano no período da vida que vai desde o seu início - na concepção até o nascimento - torna-se necessário fazer um exercício hermenêutico quanto à corrente (ou teoria) adotada pelo Código Civil brasileiro - art. 2º: *A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.* A fim de trazer soluções para essa nebulosa questão - o início da personalidade civil -, doutrinadores afirmam que o artigo citado é conflitante entre si e se empenham no estudo das teorias pertinentes – a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.²

Dentro desse ponto de vista, incumbe buscar na doutrina e legislação pertinente fundamentos que dêem sustentação a ampla proteção do nascituro, desde quando ele seja concebido, não importando a forma como isso aconteceu se por métodos naturais ou em laboratório. Compete ressaltar que se trata de um ponto controvertido, de difícil consenso. Por conseguinte, em decorrência da natureza do objeto da matéria e desenvolvimento do tema, na metodologia histórico-dedutiva adotada estará presente a

¹ Augusto Cury: *Você é Insubstituível* - Prefácio: *Você descobrirá alguns fatos relevantes que o tornaram um dos maiores vencedores do mundo, dos mais corajosos dos seres, dos que mais cometeram loucuras de amor para poder estar vivo. Talvez você não saiba, mas você foi profundamente “apaixonado” pela vida desde que o relógio do tempo começou a registrar as fagulhas de sua existência (...).*

² ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da personalidade do nascituro. In: *Revista dos Advogados*. São Paulo, n. 38, dez. 1992, p.22.

interdisciplinaridade, tendo em vista a necessidade de encontrar, nas várias espécies do conhecimento, argumentos que são indispensáveis ao contexto que se pretende elaborar.

Repousa uma indagação no que concerne a idéia central desse trabalho:

No âmbito de todos os direitos que tem definições claras de proteção à criança e prestígio de forma considerável os direitos do feto; as normas vigentes do Código Civil Brasileiro que tutelam a pessoa embrionária, os avanços que permeiam a vida social; a força viva da dignidade da pessoa humana - é possível concluir pela necessidade de introduzir na arena dos embates filosóficos, meditações para uma nova, atual e condizente reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade jurídica do nascituro?

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A questão que então se discorre tem sua importância justificada na ausência de conclusões jurídicas definidas acerca da personalidade jurídica do nascituro. A partir do momento em que se discute, para efeitos jurídicos, o termo inicial do direito do nascituro a ter personalidade jurídica, já se manifesta evidente a relevância do tema a ser abordado. Cresce de importância, ainda mais, quando o assunto se dirige ao próprio direito à vida do nascituro. Ao dissertar sobre a matéria parte-se da premissa de que a proteção inicia-se desde a concepção ou fecundação do embrião, e não somente após o nascimento com vida, objetivando-se uma ampla proteção do nascituro, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente diante dos avanços científicos atuais experimentados na Biociência. Uma conciliação entre o progresso científico e um Direito que salvaguarde, em especial, a dignidade humana, é necessária que seja encontrada, vez que nem tudo que é cientificamente possível deve ser permitido.

Tem-se, portanto, que por mais entendimentos conservadores e seus defensores queiram se esconder por detrás de algumas doutrinas bem construídas ou crenças bem enraizadas, convém não olvidar que tendo essencial direito à vida, o nascituro tem dignidade humana, que deve do mesmo modo ser reconhecida, respeitada e protegida. Além desses direitos humanos que hão de ser-lhe juridicamente reconhecidos, outros direitos podem ser-lhe outorgados e garantidos.

Sem perder de vista a realidade social, as relações familiares, comerciais, políticas e econômicas dos últimos tempos revelam novos aspectos complexos da vida com repercussões em condutas e construções filosóficas, jurídicas, morais e religiosas. A par

disso não pode o Direito desconhecer as novas descobertas científicas (MAGALHÃES, J. L. Q.; T. R. S, 2006, *apud* SÍNTESE, p. 153); essas questões não devem ser excluídas ou ficar fora do debate público em uma coletividade pretensamente evoluída. O presente estudo não é uma pretensão indubitavelmente grande, incumbe esperar que se torne um alvo comum entre os juristas o tratamento do nascituro compatível com a sua natureza humana, reconhecendo-lhe a dignidade que lhe é inerente e o respeito aos seus direitos essenciais (GODINHO, 2006).

Além do mais, pela importância dessa investigação, ainda que grassa enorme controvérsia compensa analisar o tema, buscando no fundamento da dignidade da pessoa humana a probabilidade de reformulação da regra relativa ao início da personalidade jurídica do nascituro na lei civil brasileira.

2 SUCINTA MENÇÃO À EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROCESSO DE RECONHECIMENTO FORMAL E SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito se manifesta na história como uma força viva, que germina no seio dos povos desde a sua idade primitiva, que se desenvolve e transforma no tempo e no espaço, segundo uma lei lógica das evoluções (RIBAS, J., 1980, p. 15). É manifesto que não se poderá bem compreender o direito no seu estado atual sem recorrer aos estados anteriores. Por esse motivo, é indispensável fazer uma sucinta leitura histórica do processo das transformações na ordem política, filosófica e jurídica mundial.

As mais remotas civilizações por uma ordem legal divina, até a moderna filosofia do direito natural legaram à humanidade alguns temas que vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais inalienáveis. Na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão encontram-se as origens dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens.³

³ COELHO, Fernando Laélio. Fundamentos históricos e classificatórios dos direitos fundamentais: primeiras aproximações: *O referido autor lembra que apesar de ser consagrado o pensamento que não existiram direitos fundamentais na antiguidade, podemos identificar algumas idéias que influenciaram o pensamento jusnaturalista posteriormente.* Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 01 abr 2008.

Neste sentido, a lição de A. E. Peres Luño, *Derechos Humanos*, p. 109, que também refere a importância do pensamento sofista e estóico no conhecimento das idéias da igualdade natural dos homens e da crença num sistema de leis não-escritas anteriores às do Estado e dos homens. A respeito deste ponto, como de modo geral

(SARLET I. W., 2004 p. 44). Advieram, por sua vez, da doutrina estoíca greco-romana e do cristianismo, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade. Primeiramente os direitos humanos foram fundamentados no direito natural, segundo o qual a origem da necessidade da proteção da dignidade humana seria o próprio homem, pois esta qualidade lhe seria inerente (BOBBIO, 1992, p. 15-47).

A ascendência dos direitos individuais do homem inicia-se com a lei escrita, no antigo Egito e Mesopotâmia. Tem-se com o Código de Hamurabi (1730-1685 a.C.), uma das primeiras codificações a consagrar um elenco de direitos comuns aos homens. Na Grécia, a *Lei das Doze Tábuas*, (450 a.C.), considerada, também, a origem dos textos escritos consagradores da proteção aos direitos do cidadão (MORAES, 2002. p. 25); os sofistas e estoícos, 441 a.C., defendiam a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem.

Na Idade Média, a *Magna Charta Libertatum*, documento de natureza legal, prevendo garantias básicas aos cidadãos que serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos (SARLET I. W., 2004 p. 48). Outros documentos ingleses, a *Bill of Rights* – 1689, também foi uma das leis mais importantes do país e da história. Vieira de Andrade (*apud* WOLFGANG, 2004 p. 48-9) diz da importância desses pactos para ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições.

O valor fundamental da dignidade humana, também assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista. No período renascentista Mirandola advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural inalienável e incondicionado, como personalidade do homem (PICO, G., M., *apud* SARLET I. W., 2004 p. 44-5).⁴

sobre a evolução dos direitos humanos e fundamentais, vale conferir a estimulante narrativa de F.K. Comparato, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos [...]. SARLET I. W., 2004 p. 44.

Perez Luño destaca, igualmente, esse aporte do jusnaturalismo à reivindicação dos direitos humanos: *La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos.*In Jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo racionalista: aspectos destacados para acadêmicos do curso de direito. Disponível em: http://www.uepg.br/proesp/publicatio/hum/2007_1/Adelangel.pdf. Acesso em: 01 abr 2008.

⁴ Segundo Giovanni, a idéia que o homem pode ascender na cadeia dos seres pelo exercício de suas capacidades intelectuais foi uma profunda garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre. A raiz da dignidade reside na sua afirmação que somente os seres humanos podem mudar a si mesmos pelo seu livre-arbítrio. Ele observou na [história](#) humana que filosofias e instituições estão sempre evoluindo, fazendo da capacidade de auto-transformação do homem a única constante.

A idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural, no século XVII, encontrou eco e elaborada formulação nas obras de Hugo Gróssio, Samuel Puderforf, John Milton e Thomas Hobbes.

A proteção da pessoa humana veio a ser consagrada nos textos fundamentais constitucionais que se seguiram. Ainda que reconhecido o valor e a importância das declarações inglesas do século XVII, a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* de 1776 (SILVA, J.A., 1999, p. 157), marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais,⁵ acolhidos e positivados, pela primeira vez, como direitos fundamentais constitucionais. A Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789 expõem ao mundo um sentido inovador e revolucionário sobre a condição humana, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, constituem-se, portanto, em verdadeiros marcos históricos da construção dos direitos da personalidade.

Pode-se afirmar que foi, sem dúvida, no direito público que, inicialmente, os direitos da personalidade foram reconhecidos como categoria própria e atributos comuns para depois ingressarem timidamente nos códigos civis, especialmente a partir do Século XX.⁶

No direito pátrio, foi precisamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Giovanni_Pico_della_Mirandola Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre. Acesso em 15/06/2006.

⁵ Esta lição, dentre outros, de D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 80. A Declaração de Virgínia acabou servindo de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), bem como as de Massachussets (1780) e de New Hampshire (1784), acabando por refletir na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 por meio das emendas de 1791.

⁶: O mais correto é afirmar que a sistematização e a definição dos direitos da personalidade, como categoria própria e atributos comuns, decorrem de elaboração do Século XX, embora algumas de suas manifestações sejam encontradas em tempos remotos, com proteção limitada. Essa é a posição, entre outros, de Rita de Cássia Curvo Leite, para quem “a consciência ôntica e ética do homem como personalidade é algo desconhecido no mundo antigo greco-romano. A antiguidade e, sobretudo os gregos viam a essência do homem no que poderíamos chamar de humanitas, vale dizer, no ser político, no viver politicamente. O sentimento que envolve a personalidade e a estima de seu valor moral, a consciência que o homem ocidental tem acerca de seu próprio ser como um fim em si mesmo, como um centro autônomo de intimidade e de vida, foi algo ignorado pelo homem antigo” (*Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*, Ed. J. de Oliveira, p. 08).

Direitos da Personalidade Leonardo Roscoe Bessa Titular da Segunda Promotoria de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios <http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/personalidade.htm>. Acesso em 17 fev 2008.

3 O NASCITURO SOB A ÓTICA DO BIODIREITO

O Direito voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar se manifestam bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana se estrutura e atua sob sua nova ordem, disponibilizado à garantia da preservação da dignidade humana e da dignidade da própria humanidade conhecido com a denominação de Biodireito.

Conceituar o que seria o nascituro, de início, etimologicamente significa *aquele que há de nascer*⁷. Para Pontes de Miranda, seria *o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida*. Define Silmara Chinelato ALMEIDA (2008) como *pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (in anima nobile), à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz*. Quanto ao conceito de nascituro há opiniões diversas, tornou-se, atualmente, mais técnico, usa-se o termo embrião para designar o nascituro durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente (BRANDÃO, D. S. 1999, p. 493-495).

Os especialistas em Medicina, Biologia, Genética e ciências afins apresentam fortes argumentos em favor do início do ciclo vital de um *indivíduo humano*, sendo no instante da concepção, isto é, união do óvulo e do espermatozóide - *fusão dos gametas* - o novo ser (ente) humano, unicelular, já tem o seu próprio código genético; o seu próprio *genoma*, resultante dessa fusão, diferente, porém do genoma do pai e do genoma da mãe, o qual permanecerá o mesmo, imutável, até o fim da sua vida, conferindo-lhe individualidade, o que quer dizer que ele é e sempre será idêntico a si mesmo e diferente de todos os demais. Sérgio FERRAZ (1991, p. 47) argumenta que uma coisa é indiscutível, desde o zigoto, o que se tem é vida, diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente do pai e da mãe, mas vida humana [...]. Pré-embrionária no início, embrionária, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada.

Com as transformações advindas das ciências referidas tornou-se imperioso reavaliar a questão do início da personalidade. Muitos estudiosos relacionam a personalidade com o momento em que se inicia a vida humana, baseiam suas convicções no

⁷ Pequeno Dicionário Enciclopédico KOOGAN LAROUSSE, Ed. Larousse do Brasil, Rio de Janeiro, 1979, p. 581: *Que, ou aquele que há de nascer. Jur. Diz-se do, ou o produto da concepção, antes de vir à luz.*

fato de que, possuindo direitos legalmente assegurados, o nascituro é considerado pessoa, portanto, detentor de personalidade jurídica. Quanto a esse aspecto, existem de três vertentes primordiais, que correspondem às teorias Natalista, da Personalidade Condicional e Concepcionista que tentam explicar quando se dá o início da vida humana. Entre todas as proposições, a mais aceitável é a Teoria Concepcionista que afirma incisivamente que o nascituro é considerado um ser humano desde o momento em que é concebido, sendo uma nova e autêntica pessoa, dotada dos direitos inerentes à sua personalidade.

4 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO - UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA

O simples fato de existir atribui ao homem probabilidade de ser titular de direitos e, a isso, é dado o nome de *personalidade*. Ademais, o direito reconhece os atributos da personalidade com o sentido de universalidade, afirmando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, art. 5º, I, da Constituição, sem qualquer distinção de idade, condição social. No entanto, Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 79) sustenta que o nascituro não é uma pessoa de direito, e, por conseguinte, nega-lhe a personalidade jurídica, admitindo, tão-somente, a condição de um ser humano em potencial e em favor do qual a ordem jurídica põe a salvo eventuais direitos, no aguardo do seu nascimento. Assim, observa:

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.

Todavia, a biologia tem confirmado nos mais recentes dados que com a penetração do óvulo pelo espermatozóide brota a viabilidade de uma nova vida, distinta da daqueles que lhe deram origem, pois o embrião, a partir desse momento, passa a ser titular de um patrimônio genético único. Jerome Lejeune⁸, professor de Genética Fundamental, mundialmente reconhecido por seus estudos de genética humana, observou:

⁸ Jerome Lejeune in MESTIERI, João. Embriões. Revista Consulex. Brasília, v. 1, n. 32, ago/1999, p. 43. Doutrina Embriões: Na Inglaterra, o limite do prazo de estocamento de embriões humanos é de cinco anos. Reação mundial, em cadeia. Para a Igreja, o embrião é manifestação de vida humana digna de respeito e preservação. E no Brasil? Como fica a questão relativa à legislação aplicável, em nosso país?

Cada ser humano tem um começo único, que ocorre no momento da concepção. Embrião: '... Essa a mais jovem forma do ser ...' Pré-embrião: essa palavra não existe. [...] Desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores (tricks of the trade) para transformá-lo num ser humano já estão presentes. Logo após a fertilização, o estágio de três células, um "pequeno ser humano já existe". Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, o resultado disso é 'a mais especializada das células sob o sol'; especializada do ponto de vista de que nenhuma outra célula jamais terá as mesmas instruções na vida do indivíduo que está sendo criado. Nenhum cientista jamais opinou no sentido de que um embrião seja um bem (property). No momento em que é concebido, um homem é um homem.

Importante alusão aos direitos da personalidade do nascituro faz Rubens Limongi FRANÇA (1988, p. 50) sustentando que:

O nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e, também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.

Para Eugênio Carlos CALLIOLI (*in* Luiz Victor Monteiro Alves, 2002),

[...] no momento da fecundação, as duas células reprodutoras convertem-se em uma única célula: o zigoto ou ovo. O zigoto é uma vida humana, ninguém discute o seu caráter de ser vivo, independentemente do meio que o rodeia e com a potencialidade necessária para dar lugar a um ser humano adulto.

Nesse sentido, preleciona Silmara Chinelato e ALMEIDA (2000, p. 160), expondo que:

[...] juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.). Ora, quem diz direito, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Assevera Guaraci de Campos VIANA que o nascituro é dotado de personalidade jurídica. Para ele, é no momento da concepção que surge o novo ser, tem-se o início de uma nova vida, nesse momento deve-se considerar juridicamente o nascituro, posto que a capacidade de ser sujeito de direitos é uma capacidade em potencial que se transforma em titularidade quando um direito é adquirido. Afirma que: *Neste sentido, não há dúvida: o feto concebido é sujeito de direitos, vale dizer, não se pode negar ao nascituro a condição de sujeito de direitos, de pessoa natural.* O autor distingue a personalidade

física, que começa com o nascimento e retroage à data da concepção, na hipótese de haver nascimento com vida, e a *jurídica* que começa na concepção. E informa, ainda, que:

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 ou, pelo menos, a partir da vigência da Lei 8.069/90; só se pode sustentar a existência de uma única teoria para disciplinar o tema: a teoria da personalidade jurídica do nascituro, ou seja, a teoria da concepção para designar o início da personalidade. A personalidade não começa com o nascimento com vida, mas sim no momento da concepção (VIANNA, G. C. *in* SODRÉ, R., CESAR P., 1996. p. 292-295).

É interessante examinar, ainda, Silmara Juny CHINELATO (2001) que diz:

Há confusão, entre alguns autores, entre personalidade e capacidade. A limitada capacidade jurídica de direito do nascituro é confundida com falta de personalidade. Na definição de Rubens Limongi França¹, personalidade é a aptidão para ser titular de direitos, status e obrigações. Capacidade é apenas a medida da personalidade. Personalidade é um quid. Capacidade é um quantum. O ente dotado de personalidade é a pessoa. Pode-se ser mais ou menos capaz. Não se pode ser mais ou menos pessoa [...].

Há, ainda, de se distinguir direitos não-patrimoniais, entre os quais avultam os direitos da personalidade, e direitos patrimoniais, como a doação e a herança. Não são condicionais os direitos não-patrimoniais, com ênfase aos direitos da personalidade. Não dependem do nascimento com vida. O reconhecimento do filho nascituro, a adoção, a curatela, são atos jurídicos e negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes desde a concepção. O nascimento sem vida atua, quanto ao nascituro e aos direitos não patrimoniais que lhe são reconhecidos, tal como a morte atua para os já nascidos. Assim, não se pode falar em "personalidade condicional" do nascituro.

Somente a doação e a herança dependem do nascimento com vida para serem consolidadas. São sujeitas à condição resolutiva do nascimento sem vida. Não estão subordinadas à condição suspensiva do nascimento com vida. O representante legal do nascituro pode entrar na posse dos bens que herdou ou que lhe foram doados, desde a concepção, bastando a prova da gravidez. Há no Código de Processo Civil medida cautelar (assim impropriamente denominada) da posse em nome do nascituro (artigos 877 e 878).

Com base nas afirmações percebe-se que a doutrina, vem firmando posição de reconhecimento dos direitos da personalidade jurídica do nascituro. Inúmeros são os casos em que o legislador direciona a norma jurídica para aqueles que apenas foram concebidos, não importando, ao que parece averiguar se a concepção foi intra-uterina ou extra-uterina. É relevante destacar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, - *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material decorrente de sua violação* - todos os direitos da personalidade compatíveis com a condição do nascituro, de pessoa por nascer, são-lhe reconhecidos. Assim, exemplificativamente, tem-se o direito à imagem e o direito à honra. O direito à imagem, do ponto de vista estritamente técnico diz

respeito à reprodução da imagem da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação: fotografia, vídeo, pintura e outros. A ultra-sonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade, para publicidade, de consentimento do titular da imagem, por seu representante legal; o pai, ou a mãe ou o curador. Dessa forma, consagrado está o direito à imagem do nascituro, pois ela poderá ser capturada por ultra-sonografia, câmeras fotográficas em miniatura ou radiografias. Assim, se captada, empregada ou divulgada sem consentimento de seus genitores ou do curador ao ventre, causando-lhe dano, cabível será uma indenização. A rigor, tem-se o julgado:

Ambos os recursos parcialmente providos. Voto Vencido: - A fotografia tirada e publicada sem o consentimento da pessoa constitui uso indevido da própria imagem, que faz parte dos direitos de personalidade, e é passível de indenização por dano moral (TAMG - Ap. Cível Acórdão 0362938, 10-9-2002, 2a Câmara Cível - Rel. Edival José de Moraes).

5 ALCANCE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NA LEI BRASILEIRA E TRATADOS INTERNACIONAIS

A legislação brasileira garante os direitos do nascituro desde a concepção, principiando pela Constituição Federal, art. 5º estabelece neste artigo a inviolabilidade do direito à vida. Nesse contexto, a não observância dos direitos de personalidade do nascituro feriria esse princípio e, por via reflexa, todo mundo jurídico. De importância também nesse contexto, ainda na Lei Maior, é o inciso XXXVIII do mesmo artigo 5º, reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro. No âmbito do Direito Penal, os artigos Código Penal, arts. 124 a 128, I e II, tutelam o direito à vida, que incriminam o aborto.

Nos termos da legislação civil percebe-se que esta abraça a noção dos direitos da personalidade como sendo inatos, absolutos, vitalícios e oponíveis *erga omnes*. O Código Civil Brasileiro no art. 2º está um preceito fundamental, destinado à proteção da vida do nascituro, quando dispõe sobre o começo da personalidade civil, ao definir que: *A personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. Este preceito costumava ser interpretado de forma parcial, como apenas uma proteção de direitos patrimoniais ou econômicos *stricto sensu* e dos relacionados à honra e à liberdade. Entretanto, o texto da norma é amplo, pois põe a

salvo, desde a concepção, todos os direitos do nascituro. Saliente-se, que a lei preconiza esses direitos sem especificação e sem limitação. Assim, ela está protegendo todos os direitos, entre os quais o direito à vida e desde a concepção; direito à filiação; direito à integridade física; direito a alimentos; direito a uma adequada assistência pré-natal; direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança; direito de ser contemplado por doação; direito de ser reconhecido como filho, entre outros⁹ (Coimbra, 2004). Ressaltou o legislador o caráter de necessidade e essencialidade desses direitos, não permitindo limitações em seu exercício nem mesmo por parte de seu titular, excetuando os casos em que a própria lei permita. Adota a doutrina da proteção integral a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 1º, dando ao ser, desde a concepção, uma proteção especial, assegurando à gestante o atendimento pré e perinatal, alimentação, parto com dignidade e outros direitos. Em parágrafo único do art. 26, é assegurado, também, o direito dos filhos serem reconhecidos antes mesmo do nascimento. Sendo assim, outra não é a razão de ser o entendimento jurisprudencial:

Investigação de paternidade - Ilegitimidade ativa - Inocorrência - Nascituro - Representação processual pela mãe - Personalidade jurídica - Condição de existência - Nascimento com vida - Irrelevância - Capacidade de estar em juízo existente - Proteção ao nascimento e à gestante, ademais, expressamente prevista na Lei 8.065/90 - Recurso não provido. Ao nascituro assiste capacidade para ser parte. O nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada (TJSP - Ap. Cível 193.648-1, 14-9-93, Rel. Renan Lotufo).

Há de incluir, ainda, as legislações que garantem os direitos do nascituro: A Declaração dos direitos da criança (ONU) que proclama: *Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.* (Preâmbulo e art. 1, de 20.11.59). O Código Internacional de ética médica define assim a atuação do médico: *O médico deverá sempre ter em mente a obrigação de*

⁹Direitos do Nascituro assegurados na Lei brasileira A legislação brasileira garante os direitos do nascituro desde a concepção (Código Civil, arts. 2º, 1609, 1799 e parágrafo único e 1.798), principiando pelo DIREITO À VIDA (Constituição Federal, art. 5º, Código Penal, arts. 124 a 128, I e II), direito à filiação (Código Civil, arts. 1596 e 1.597), direito à integridade física, direito a alimentos (Revista dos Tribunais, 650/220; RJTJSP, 150/906), direito a uma adequada assistência pré-natal, direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança (Código Civil, arts. 1.798 e 1.800, parágrafo 3º), direito de ser contemplado por doação (Código Civil, art. 542), direito de ser reconhecido como filho, entre outros.

Disponível em: <http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp?idAnencefalia=170>
Acesso: 01 abril 2008.

preservar a vida humana. ¹⁰. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário é considerado como pessoa ¹¹ todo ser humano, sem fazer qualquer distinção entre sua vida intra e extra-uterina, podendo-se concluir que a palavra pessoa se aplique também ao nascituro. Diz, ainda, o inciso I do art. 4º da Convenção: *Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.* Cumpre analisar o disposto na Declaração de Direitos dos Direitos Humanos:

Art. III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. VI - Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. ¹²

Destarte, uma vez estabelecido de que todo ser humano tem direito à vida e de ser, em todos os lugares, reconhecidos como pessoa perante a lei, sendo o nascituro um ser humano, posto ter vida desde o momento da concepção, este é detentor de personalidade jurídica. ¹³.

¹⁰ Código Internacional de Ética Médica da Associação Médica Mundial: Foi adotado (*sic*) pela 3ª Assembleia-(*sic*)geral da Associação Médica Mundial, em Londres, Inglaterra, em Outubro de 1949. Foi revisto pela 22ª Assembléia (*sic*) Médica Mundial, em Sydney, Austrália, em Agosto de 1968. Foi novamente revisto pela 35ª Assembleia (*sic*) Médica Mundial, em Veneza, Itália, em Outubro de 1983. Deveres ou obrigações dos médicos para com os doentes.

¹¹ A palavra 'pessoa' tem a sua origem no termo latino para uma máscara usada por um actor no teatro clássico. Ao porem máscaras, os actores pretendiam mostrar que desempenhavam uma personagem. Mais tarde 'pessoa' passou a designar aquele que desempenha um papel na vida, que é um agente. De acordo com o *Oxford Dictionary*, um dos sentidos actuais do termo é 'ser autoconsciente ou racional'. Este sentido tem precedentes filosóficos irrepreensíveis. John Locke define uma pessoa como 'um ser inteligente e pensante dotado de razão e reflexão e que pode considerar-se a si mesmo aquilo que é, a mesma coisa pensante, em diferentes momentos e lugares' (Peter SINGER - [Ética Prática](#), p.107-108). Disponível em <http://ocanto.esenvisu.net/lexp.htm>. Acesso em 17 fev. 2008.

¹² A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos documentos básicos das Nações Unidas e foi assinada em 1948. Nela, são enumerados os direitos que todos os seres humanos possuem. A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84826>. Acesso em 18 mar 2008.

¹³ Insere-se na proteção constitucional o conteúdo do art. 2º, do Novo Código Civil, vigente desde 10 de jan. de 2002, que determina serem todos os direitos do nascituro protegidos desde a concepção. Enfatize-se que são todos os direitos do nascituro que estão garantidos, porque o referido artigo não fez restrições ou ressalvas a direito algum assegurado ao nascituro. O mais importante direito do nascituro é o direito à vida, pois todos os demais direitos existirão sem garantia da preservação de sua vida. Esse artigo do atual Código Civil tem o mesmo teor do art. 4º, do Código Civil anterior de 1916, o que representa a consolidação do reconhecimento do direito à vida do nascituro, desde a concepção, diante da Constituição de 1988, que erigiu como princípio mestre do Direito, a dignidade da pessoa humana. [...] Já é de conhecimento comprovado da Embriologia que o nascituro não é apenas o apontado pelos movimentos abortistas como "portio mulieris vel viscerum", ou seja, porção ou vísceras da mulher da qual uma minoria no Brasil se pretende dona para dispor da vida a pretexto de ser "dona de seu corpo" e por uma inexistente questão de dignidade, enquanto "direito absoluto"

Assim, ao assinar e ratificar o Pacto de São José de Costa Rica, o Brasil comprometeu-se a *adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades*, conforme dita o art. 2º da Convenção. Dessa forma, vigora no âmbito interno, tanto que já se reflete em julgado nacional.¹⁴

apenas da mulher diante da vida concebida. O nascituro é uma vida à parte e é vida humana desde a concepção que a gestante não tem como não respeitar porque é vida humana.

Ressalvar os direitos do nascituro, "desde a concepção", como hoje assegurado na lei brasileira, é fórmula ampla, que deve ser preservada acima de divergências doutrinárias. Numa época em que se realça a amplitude dos direitos humanos, bem como a necessidade de defendê-los com energia, suprimir ou considerar discutível a cláusula "desde a concepção" seria, no mínimo, contraditório.

Assim foi a palestra ministrada no dia 17 de dezembro pelo neurologista Cícero Galli Coimbra na Escola Superior da Magistratura de Porto Alegre. Disponível em <http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp>. Acesso em: 18 mar 2008.

¹⁴ FETO É RECONHECIDO COMO AUTOR DE AÇÃO, E DISCUSSÃO SOBRE INÍCIO DA VIDA É REACESA

Ao acatar, em janeiro, o pedido de um feto – o de desfrutar de um pré-natal adequado –, o Tribunal de Justiça de São Paulo trouxe à tona, mais uma vez, as discussões sobre quando, afinal, começa a vida. A decisão foi baseada no entendimento de que o “feto pode solicitar judicialmente seus direitos mesmo sem ter personalidade jurídica”, segundo acórdão assinado pelo desembargador José Mário Antônio Cardinale, do qual também participaram Canguçu de Almeida e Sidnei Beneti. Nem o TJ-SP nem o Superior Tribunal de Justiça têm conhecimento de casos semelhantes.

Em vez de propor ação em nome de uma grávida, presa na Cadeia Pública de São Bernardo do Campo, na Grande São Paulo, o defensor público Marcelo Carneiro Novaes colocou o feto de 15 semanas como autor do processo, utilizando-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem definições claras de proteção à criança, a principal beneficiada com o pré-natal bem feito. “Os artigos 7, 8 e 9 prevêm expressamente os direitos ao pré-natal. No estatuto existe o princípio da proteção integral. E o destinatário deste direito não é a mãe, é a criança”, afirmou.

Segundo ele, a mulher não estava recebendo o atendimento de pré-natal adequado. Assim, o pedido foi feito em nome do bebê porque o acompanhamento seria destinado a garantir a vida e a saúde dele, assim como de sua mãe. O juiz da Vara da Infância e Juventude do município negou o pedido de Novaes e alegou que a ação deveria ser feita em nome das mães – outras presas estavam na mesma situação –, mas ele recorreu ao TJ, que reconheceu ao feto o direito de pleitear judicialmente seus direitos desde o momento da concepção.

Decisão abre precedente importante

O caso da detenta, reconhecido pelo TJ, serve para criar jurisprudência, pois o bebê que “assinou” o pedido já nasceu. Ele estende ao feto os mesmos direitos de uma criança. “O que o desembargador fez foi criar um mecanismo que estende ao titular de direito, o nascituro, devidamente representado pela mãe, seus direitos garantidos judicialmente”, disse, em entrevista à *Folha de S.Paulo*, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, Luiz Flávio Borges D’Urso. Ainda conforme os especialistas, essa decisão burla o entendimento da área cível, que considera a pessoa como personalidade jurídica após o nascimento com vida, usando a própria Constituição.

Para Zalmino Zimmermann, presidente da Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas (Abrame), a inédita e “luminosa” decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo o direito do próprio nascituro de vir a juízo, em defesa de seus direitos, sem a representação da mãe, representa uma apreensão mais avançada do justo, assegurando à pessoa ainda não nascida todas as condições necessárias para seu saudável nascimento com vida. “Foi de extrema relevância a iniciativa do defensor público Marcelo Carneiro Novaes, que ajuizou ação perante a Vara da Infância e da Juventude de São Bernardo do Campo, entendendo que o próprio feto pode defender o direito à sua vida e recorrendo, mais tarde, contra decisão do magistrado local, que assim não entendeu. Depois, em segunda instância, o alto discernimento jurídico do relator, desembargador José Mário Antônio Cardinale, e de seus pares, desembargadores Canguçu de Almeida, presidente, e Sidnei Beneti, que, afinal, admitiram a possibilidade do nascituro compor o pólo ativo da ação, posição também perfilhada pela Procuradoria Geral de Justiça”, declara.

Nesse contexto, não há qualquer dúvida de que: o feto concebido é sujeito de direitos e não se pode negar ao nascituro essa condição. O ordenamento jurídico assegura a sua titularidade adquirida antes do nascimento, pois desde a concepção há pessoa com personalidade e capacidade de contrair direitos. Verifica-se, portanto, que os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que desde a concepção há vida.

6 DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA VINCULAÇÃO ÍNTIMA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início insta salientar que embora, da ausência de uma conceituação global e definitiva sobre os direitos da personalidade, decorram entendimentos doutrinários divergentes com respeito à sua própria existência, natureza, extensão e especificação, traz a mesma doutrina que os direitos da personalidade constituem uma categoria dirigida para a defesa e promoção da pessoa humana, *a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana* (TEPEDINO, 2003, p. 37).

Os direitos da personalidade são essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destina-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. *Os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual* (AMARAL, F., 2001, p. 243).

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Conseqüentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais (AMARAL, F., 2002, p. 247).

“Rejubilamo-nos com essa decisão que define tão claramente a situação jurídica do nascituro e que coincide com a tese defendida pela Abrame e pela Associação Médico-Espírita (AME), estabelecendo que a partir da concepção o ser já passa a mostrar existência própria, independentemente da de sua mãe, com capacidade de direito e personalidade jurídica, ainda que formal”, finaliza. Cláudia Santos: Matéria publicada na Folha Espírita em fevereiro de 2007. http://www.amebrasil.org.br/html/outras_feto.htm. Acesso em 17 fev. 2008.

Representam, assim, as dimensões mais importantes da existência, tais como os direitos à vida, à saúde, ao nome, à imagem, à intimidade e à honra do indivíduo. A esse respeito leciona José Afonso da SILVA (1999, p. 201):

De nada adianta a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

Pietro PERLINGIERI (2002, p. 90) deu grande contribuição ao estudo dos conhecidos direitos da personalidade; indiscutivelmente, alvo de promoção de dissensos em uma relação jurídica. Na lição do renomado civilista italiano, os direitos da personalidade, vistos como uma série aberta de hipóteses de fato, são situações subjetivas não patrimoniais merecedoras de tutela qualitativamente diferenciada, por se tratarem de questões atinentes à condição existencial do homem, pessoa humana, posto no vértice do ordenamento jurídico. Gustavo TEPEDINO (2004, p. 49) considera a personalidade mais que um reduto de poder do indivíduo no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade.

É justamente neste sentido que assume particular relevância considerar a vinculação íntima entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Segundo a doutrina, apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a *dignidade da pessoa humana* em abstrato. Encontra-se, também, vinculado a esse entendimento, a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade) (SARLET, 2004, p. 116).

Com base no exposto é possível considerar que, se o legislador direcionou a norma jurídica pondo a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (v.g. casos retro-citados), o nascituro (por ter vida) torna-se, *sujeito de direitos*. A capacidade de ser *sujeito de direitos* é uma capacidade em potencial que se transforma em titularidade quando um direito é adquirido e, como já se ponderou, aos requisitos para o exercício destes direitos, dá-se o nome de personalidade que deve ser vista sob o prisma da prática da atividade jurídica.

Impõe-se, por conseguinte, refletir: uma vez que a lei preconiza proteção ao nascituro (direito à integridade física, direito a alimentos, direito a uma adequada assistência pré-natal e tantos outros...), ao se condicionar a personalidade jurídica do

nascituro, somente após o nascimento com vida, parece estar a rebaixar o nascituro (a pessoa concreta), enquanto na vida intra-uterina, à condição de objeto, a tratá-lo como uma coisa, em outras palavras, a descaracterizá-lo como (pessoa humana) sujeito de direitos – o que não deixa de ser um atentado contra a *dignidade da pessoa humana* do nascituro. Para dar embasamento a esse entendimento, por analogia, cita-se o entendimento de um dos expoentes do constitucionalismo germânico:

[...] como ponto de partida, vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por G Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos (SARLET, 2004, p. 177).

Percebe-se, em última análise, que a garantia legal dada ao nascituro é por a salvo os seus direitos desde a concepção, uma vez não lhe reconhecida a personalidade jurídica, implicitamente a sua existência estará sendo negada, e ofendido o maior bem - a dignidade da pessoa humana. Portanto, como tarefa imposta ao Estado, compete este modificar a legislação no sentido de reconhecer a personalidade jurídica do nascituro ultrapassando a latência da atual legislação civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário jurídico atual, em face aos vários aspectos dos direitos da personalidade jurídica do nascituro, verifica-se um paradoxo. No Direito Romano, já estava definido que *infans conceptus pro nato habetur*, ou seja, *tem-se por nascido o infante concebido*. Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a Biogenética e o Biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.

Em que pese as normas legais vigentes e entendimentos doutrinários diversos quanto à proteção do nascituro, conclui-se que o simples fato de existir atribui ao homem probabilidade de ser titular de direitos e, a isso, é dado o nome de *personalidade*. Portanto, não há consistência jurídica na afirmação de que o nascituro somente com o nascimento com vida, adquire personalidade jurídica, isto é, passa ser sujeito de direitos e obrigações.

O Direito voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar se manifestam bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, no âmbito de toda legislação vigente que tutela a pessoa embrionária ou que ainda não nascida tenha capacidade para adquirir por testamento; com os avanços que permeiam a vida social; pela inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, que concede unidade aos direitos inerentes à personalidade humana, é possível ultimar pela necessidade de introduzir no campo dos embates filosóficos, reflexão para uma nova, atual e condizente reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade do nascituro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. *Direitos do Nascituro*. Disponível em <http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaEntrevistasDetalhe.cfm?Cod=25>. Acesso em 17 de fev. 2008.
- ALVES, Luiz Victor Monteiro. *Os novos direitos e os conflitos jurídicos*. Jus Navigandi, Terezina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3053>. Acesso em 18 de fev. 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BRANDÃO, Dernival da Silva. *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- BRASIL. *Novo Código Civil: Lei 10.406, de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.089 de 13 de Julho de 1990, in Código Civil Brasileiro. Organizador Yussef Said Cahali, 5^a ed., ver. e ampl. 2003.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em 17 fev.2008.
- CHAVES, João Freitas de Castro. *Responsabilidade civil por dano causado ao nascituro: Possibilidades de reparação no direito brasileiro* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=524>>. Acesso em: 13 fev. 2008.
- COIMBRA, Celso Galli. *Anencefalia, Morte Ecefálica eo Conselho Federal de Medicina*. Editoria de Biodireito_Medicina, 2004. Disponível em: www.biodireito-medicina.com.br . Acesso em 18 mar 2008.
- CURY, Augusto Jorge. *Você é Insubstituível*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

COELHO, Fernando Laél. *Fundamentos históricos e classificatórios dos direitos fundamentais*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 01 abr 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *Código Civil Anotado*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Instituições de direito civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GODINHO, Adriano Marteleto. *O estatuto jurídico do nascituro no direito brasileiro*. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2265. Acesso em: 18/3/2008.

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

MAGALHÃES, J. L. Q.; Souza, T. R. S. *O Direito do Nascituro: Vida e Pessoa Apud* Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, Ano VII, Nº 34, p. 153, Fev-Mar 2006, Repertório autorizado STJ nº 46/2000.

MESTIERI, João. *Embriões*. Revista Consulex. Brasília, v. 1, n. 32, ago/1999.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747&p=2> . Acesso em: 17 fev. 2008.

PENTEADO, Jacques de Camargo. *O devido processo legal e abortamento*. In: MARQUES, Ricardo Henry (Org.) et al. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 152.

PEQUENO DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO KOOGAN LAROUSSE, Ed. Laorousse do Brasil, Rio de Janeiro, 1979.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito civil brasileiro*, 2ª ed. – Rio de Janeiro, 1980.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª. edição, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4ª. edição, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Cidadania e os Direitos da Personalidade*. Revista Jurídica Notadez. Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

_____. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro* in Temas de Direito Civil / Gustavo Tepedino (coordenador). 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANNA, G. C. *O nascituro como sujeito de direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil*. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ; Paulo César (coord.). *Ensaio Jurídico* - v. 1. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996.

WARREN, Rick. *Uma vida com propósitos: você não está aqui por acaso*. Tradução James Monteiro dos Teis. – São Paulo: editora Vida, 2003.