

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

*THE HUMAN BEING AS
THE SUBJECT OF RIGHT:
THE CONFORMITY PRO-
TECTIVE OF THE EM-
BRYO, THE UNBORN
AND PERSON*

Ana Thereza Meirelles

Professora da Faculdade Bahiana de
Direito e da UNEB. Doutora pela
UFBA

Resumo

Artigo destinado à análise do conceito dogmático de homem como sujeito de direito, considerando os seus diferentes estágios de vida: o embrião, o feto e o indivíduo já nascido. A partir disso, surge a necessidade de avaliar os conceitos, categorias e classificações dogmáticas delineadas precisamente pelo direito civil, que são os conceitos de pessoa, sujeito de direito, personalidade e capacidade jurídica. Enfim, chega-se à reflexão sobre a existência ou não de princípio ou previsão dentro do

regramento jurídico brasileiro que vincule a aquisição da personalidade jurídica à possibilidade de titularizar direitos, para que se possa determinar a delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito e, conseqüentemente, a condição jurídica do embrião e do nascituro.

Palavras-chaves

Sujeito de direito; conceito de pessoa; embrião; nascituro; personalidade jurídica.

Abstract

The present work intents to analyze the dogmatical concept of the man as a legal subject, taking into account his different stages of life: embryo, fetus and the already born individual. After that, it's necessary to evaluate the concepts, categories and dogmatical classifications precisely outlined by the civil law, whatever the concepts of person, legal subject, personality and legal capability are. At last, the reflection over the existence of principles or prevision within the Brazilian legal regulation that attaches the legal personality acquisition to the possibility of entitling rights, aiming to determine the dogmatical delimitation of the concept of man as a legal subject and, consequently, the legal condition of the embryo and the unborn.

Keywords

Legal subject; concept of person; embryo; unborn; legal personality.

INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos nasceram na trilha do viés especista – foram moldados com fulcro na tutela antropocêntrica, fizeram do homem o centro do Direito, concedendo-lhe privilégios e imputando-lhe

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

Intenta-se compreender a personificação jurídica do ser humano, de modo a identificar a maneira com que a ele foi

imputada a condição de pessoa, que, no Código Civil, é o sujeito de direito chamado de pessoa natural ou física. Busca-se o real conceito de sujeito de direito, partindo da premissa de que não há no direito brasileiro nenhuma determinação legal ou princípio que vincule titularidade de direitos à personalidade jurídica. A partir disso, poder-se-á identificar, tomando como base o direito positivo, a natureza jurídica do embrião extracorpóreo e do nascituro, entes destituídos de personalidade, conforme dispôs o Ordenamento.

O surgimento do embrião fecundado e mantido em laboratório propiciou reflexões sobre a possibilidade de nascimento de uma nova categoria jurídica, considerando o fato de que o Código Civil de 2002 não efetivou a sua proteção específica, sendo ele somente tratado em 2005, quando promulgada a lei 11.105/2005. Deve-se partir da diferenciação dos conceitos, intimamente associados pela doutrina clássica, de “pessoa”, “sujeito de direito” e

“personalidade jurídica”. Essa necessidade nasceu de questionamentos doutrinários em torno do regime jurídico devido ao embrião cuja fecundação se processou em laboratório e ao nascituro, ambos destituídos de personalidade jurídica. Resta evidente que, na doutrina tradicional e também dominante, ser sujeito de direito pressupõe o gozo da condição de pessoa, seja natural ou jurídica, no entanto, também é notória a inexistência de uma previsão que justifique essa pressuposição. A situação dos entes despersonalizados, titulares de direitos, é a prova concreta da necessidade de repensar tais conceitos, conforme já é possível perceber em determinados entendimentos doutrinários. Dessa maneira, impende a releitura do pensamento, que fundamentou o entendimento tradicional e dominante, que equipara o conceito de sujeito de direito ao conceito de pessoa, passando-se a avaliar quais fundamentos podem atestar a impertinência dessa vinculação.

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

“Sujeito de direito”, dentre as demais categorias dogmáticas que compõem o sistema jurídico, ocupa posição singular. Essa importância se dá pela sua diferenciada relação com outras categorias e conceitos jurídicos, posto que, dogmaticamente, é ela a condição que evidencia a presença da titularidade de direitos e deveres dos entes. Dentro da estruturação dogmática do Ordenamento, a parte geral do direito privado e a teoria geral do direito se referem, primeiramente, às questões específicas pertinentes a estes sujeitos, considerando a premissa de que, por traz da formulação da categoria “sujeito de direito”, reside um sentido pré-normativo e também ontológico, cuja essência pode ser identificada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, o homem como sujeito de direito pressupõe, sem prejuízo do seu significado dogmático, um sentido ontológico, moldado pela ideia de proteção da espécie.

Registra-se, contemporaneamente, doutrina especializada que defende a desconstrução dos fundamentos que colocaram apenas o homem como detentor dessa condição, considerando a necessidade de estender o *status* de sujeito de direito também a animais não humanos¹.

Se a colocação do homem, através da condição jurídica de sujeito de direito, traz, consigo, um coeficiente ontológico e, portanto, anterior a qualquer perspectiva dogmática ou positivista, busca-se, neste caminho, conjugar a carga ontológica, inerente ao “ser sujeito de direito”, ao sentido dogmático, desvelando a fundamentação que culminou

na estruturação dos entes sujeitos, manifestados pelo homem em suas diferentes fases de vida. Em verdade, a construção do que se entende por sujeito de direito agrega, por trás de si, a importância do ser humano na História, na Ciência, e em qualquer outro segmento ou área da vida.

Nessa perspectiva, “sujeito de direito” é, pois, categoria ou conceito jurídico que dá o sentido a outras categorias, considerando ser ele o fundamento do próprio sistema, por não haver direitos sem um destinatário. Um direito é essencialmente direito de alguém ou de algum ente.

Passa-se a incorrer sobre a estrutura dogmática dessa sistematização, verificando os fundamentos que atestam o reconhecimento da titularidade de direitos nos diferentes estágios da vida humana através da aposição das categorias de embrião, nascituro e pessoa no Ordenamento jurídico. Diversas discussões sobre o tema, que partem de determinações legais, atestam que não são poucas as

¹ Cf. FAVRE, David. *Judicial recognition of the interests of animals-a new tort*. Michigan State Law Review, 2005; SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, n.36.

tentativas de aproximação ou afastamento desses entes à condição de sujeito de direito. A identificação da posição ocupada pelas diferentes formas de vida humana no regramento jurídico não pode prescindir da constatação do valor ontológico que é inerente a cada uma delas. Se o valor do homem, antes de tudo, é intrínseco e ontológico, sua existência é incondicionada e não pode ser ignorada sob nenhuma perspectiva, ainda que ela assuma formas iniciais, ainda que desprovidas de atributos específicos inerentes ao completo desenvolvimento.

Dentro do Direito, é possível perceber disposições que afastam o nascituro e o embrião da natureza de coisa, independentemente da sua não condição de pessoa. O Direito Civil estruturou os sujeitos de direitos, atribuindo-lhes direitos e obrigações, por meio do art.2º e de outros dispositivos destinados à determinação dos direitos do nascituro, e das condições inerentes ao embrião.

Essa estruturação foi completada pela lei 11.105/2005, a lei de biossegurança, que terminou por disciplinar o embrião em estado de pré-implantação, o que trouxe novos questionamentos sobre a sua posição dentro do Ordenamento jurídico. Tal sistematização foi corroborada, ainda, por leis que versam sobre direitos do não nascido, como a lei 11.804/2008, que trata dos alimentos gravídicos devidos ao nascituro, e, mesmo, pelo Código Penal, instrumento que afirma categoricamente o direito à vida do feto.

1.1 A IMPORTÂNCIA DA ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA

A dogmática jurídica é uma parte da ciência do Direito que pode ser entendida como um estudo sistemático das normas vigentes, ordenando-as segundo princípios e

preceitos, e buscando a sua aplicação².

A natureza dinâmica da ciência jurídica não a impede de se valer do pensamento dogmático para construir sua sistematização. A elaboração do Direito se dá pela dogmática, compreendida a partir da aposição de categorias, conceitos, classificações, construções e ficções³. Construções de natureza dogmática pressupõem delimitações conceituais, propícias à formação de um pensamento sistemático.

A dogmática jurídica é a forma preponderante assumida pelo Direito no Estado moderno. Essa dogmatização exige dois pré-requisitos, a obrigatoriedade de argumentar e a obrigatoriedade de decidir. O sentido de argumentar parte da referência a uma determinada norma existente no Regramento jurídico. A argumentação se dá pelo que

foi positivado num instrumento legal. Nessa perspectiva dogmática, o Direito compromete-se a resolver todo e qualquer conflito levado ao Estado⁴.

Antes de compreender a necessidade de estruturar os entes através das categorias de sujeitos de direito, deve-se descrever a realidade ontológica desses sujeitos, partindo da avaliação de seu significado, para que se possa, a partir de então, avançar para o sentido de um pensamento dogmático. A estrutura dogmática das categorias de sujeitos humanos não poderia ser avaliada sem a constatação dessa realidade que a antecede, própria da condição de homem, como pressuposto do próprio Direito.

Afirmar a importância da delimitação dogmática do conceito de sujeito de direito não implica no afastamento do pensamento não dogmático, próprio da filosofia. O papel da

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.323.

³ Cf. LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.55 *et seq.*

⁴ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

dogmática não pode ter como finalidade o engessamento teórico dos conceitos. A dogmática jurídica não deve se afastar da idéia do Direito como um sistema, cujas premissas são ordem, unicidade e adequação valorativa⁵.

Avaliando a necessidade de compreender o conteúdo ontológico da idéia sobre pessoa e dos direitos de personalidade no Código Civil português, antes de adentrar à perspectiva, dogmática, Diogo da Costa Gonçalves entende: “Sem conhecer a realidade ontológica, sem conhecer o real objecto da tutela do Direito, como pode o jurista aspirar a qualquer desenvolvimento normativo dos direitos de personalidade? Sem saber o que é pessoa, como podemos determinar a sua tutela?” E conclui: “Conhecer, pois, a realidade ontológica da pessoa humana,

definir a visão antropológica com a qual nos comprometemos, é o primeiro passo metodológico a ser dado para poder determinar o conteúdo normativo do artigo 70º e seguintes do Código Civil”⁶.

Construir uma estruturação jurídica de sujeitos, através de um instrumento normativo, é sistematizá-los, pré-determiná-los como parte de uma totalidade. A Constituição Federal, o Código Civil, a lei 11.105/2005, a lei 11.804/2008 e o Código Penal previram direitos para o ente humano, escalonaram possibilidades e prerrogativas, o que, consequentemente, pressupõe uma também previsão sobre a quem esses direitos se destinam. Dessa maneira, se há previsão de direitos, há previsão de sujeitos, de titulares que os merecem.

É do sentido e da essência da ciência jurídica a formação de

⁵ Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p.13.

categorias e conceitos, a partir da construção dogmática. O Código Civil imbuíu-se dessa incumbência, através da previsão das categorias “pessoa”, e “nascituro”, referentes aos estágios da vida do ser humano. O sentido de estruturar categorias de sujeitos de direito é, assim, a revelação dessa necessidade, peculiar à ciência jurídica. O “embrião”, também como categoria disciplinada, pode ser incluído consoante ter a codificação civil previsto o seu direito à sucessão, quando fez referência aos entes já concebidos, no art. 1798.

A estruturação dogmática pode ser compreendida pela necessidade que a ciência jurídica tem de definição ou delimitação de conceitos específicos. É natural e da essência da atividade jurídica precisar sentidos. “Ao definir, não proclama o jurista verdades e princípios absolutos, antes expressa a decisão de tratar os fatos por um certo critério, de coordená-los de certa

maneira”⁷. Corrobora-se a ideia de que precisar conceitos jurídicos não deve ter como escopo promulgar verdades absolutas.

Por vezes, as definições restam insuficientes ou não claras, o que é natural na seara do Direito. Indefinições jurídicas podem gerar interpretações diversas, inadequadas ou contraditórias. Tal possibilidade não retira do Direito a aspiração da precisão, que se dá por meio de categorias ou classificações e conceitos. “Categorias e classificações são quadros destinados a ordenar os elementos da vida jurídica, segundo sua natureza e afinidade comuns, como, por exemplo, as pessoas, as coisas, os fatos jurídicos e os atos jurídicos”⁸. As categorias jurídicas são formuladas com base nos fatos sociais e refletem substancialmente a realidade da vida e das relações entre os indivíduos.

⁷ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.59.

⁸ *Ibidem, loc.cit.*

A importância da estruturação de categorias é apreendida pela relevância da segurança jurídica e pela necessidade de compreender o Direito a partir de um pensamento sistemático, pois, as categorias, os conceitos ou noções não são esparsas, mas são determinações coesas que se completam e integram uma ordem. O Direito, assim como outros ramos científicos, também possui uma teoria geral que lhe dá fundamento e sustentação, através dos recursos da categorização, classificação e conceituação.

1.2 DIREITOS SEM SUJEITO?

A fim de justificar a concessão de direitos a entes que não são pessoas, avalia-se a possibilidade da existência de direitos sem sujeitos. Essa possibilidade, evidentemente, nasceu da dificuldade em se admitir a concessão de direitos a entes destituídos de personalidade e, conseqüentemente, da condição de pessoa. Os autores que a defende pautam-se no fato de que apenas as

pessoas e, portanto, os entes detentores de personalidade, podem ser titulares de direitos no Ordenamento. Dessa maneira, admitem a existência de determinados direitos voltados a entes despersonalizados, mas negam a condição de sujeitos de direitos a esses entes.

Contrapondo esse entendimento, Clovis Bevilacqua afirma que, anatomicamente, todo direito compreende um sujeito, um objeto e uma relação que os liga. Não há direito sem sujeito, porque, na realidade, o sujeito é elemento lógico da ideia de direito. Para explicar o caso do nascituro, o mesmo autor conclui pela necessidade de atribuir-lhe personalidade jurídica, pois, parte da compreensão de que somente entes personalizados podem ser sujeitos de direito⁹.

⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1929, p.63.

Nesta obra, foram colacionados os autores que afirmam a possibilidade de direitos sem sujeitos: WINDSCHEID; KOEPPEN, SHIRMER e outros.

Pontes de Miranda também traz a discussão em torno da possibilidade de direitos sem sujeito, ao esmiuçar os entendimentos de autores que a afirmavam e dos que a refutavam. Segundo ele, era necessário, primeiramente, perguntar “que é sujeito de direito”, posteriormente, “que é que no sistema jurídico de que se trata pode ser sujeito de direito”. E conclui: “Se o sistema jurídico, como sistema lógico, atribui direito a animais e a coisas, tais animais e coisas não são objeto, - são sujeitos; e exatamente em só se atribuírem direitos a homens e a entidades, de que se precisava para as relações da vida, constituiu uma das linhas da evolução jurídica”¹⁰. Pontes de Miranda também prima pelo afastamento da ideia de que possam haver direitos sem um sujeito aos quais aqueles estejam destinados. No entanto, como parte do entendimento dominante,

afirma a possibilidade de direitos apenas para quem tenha personalidade jurídica e seja, dessa forma, pessoa.

Miguel Serpa Lopes, descrevendo a possibilidade da existência de direitos sem sujeitos, sintetizou o posicionamento dos autores que defenderam a teoria. A ideia nasceu da concepção de Windscheid e foi desenvolvida posteriormente por outros doutrinadores. Partiu-se da negação da existência de um sujeito de direito, nos casos do nascituro, da herança jacente e outros, em prol de afirmar a existência tão somente de uma destinação “pois o direito pode servir extraordinariamente a um objetivo impessoal, ou ser conservado para um homem a cujos interesses deverá servir para o futuro”¹¹. Seguindo esse liame, não se trataria de um direito subjetivo, pois, o bem em questão estaria apenas vinculado ao seu titular futuro.

¹⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p.136.

¹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.198.

Em contraposição a esse entendimento, pode-se admitir circunstâncias em que o sujeito não está habilitado a exercer a sua vontade, nada impedindo de reconhecer-lhe o direito subjetivo em consideração ao futuro, como ocorre no caso do nascituro, o que afasta a possibilidade de que existam direitos sem sujeitos titulares. Estes são sujeitos ainda que não possuam capacidade de manifestação em situações concretas.

Antes de tudo, deve-se pensar tal entendimento a partir da antinomia que ele representa. Se um sistema jurídico confere direitos a um ente, naturalmente, é porque atribui a ele a característica de titular de direitos, de ser que possui determinadas prerrogativas resguardadas pela ordem jurídica. Partir da ideia de que há possibilidade de direitos sem sujeito é desconstruir todo o discurso da teoria geral do direito: não se pode admitir a existência de direitos sem um ser que os titularize.

As afirmações sobre a possibilidade de direitos sem os seus titulares têm como

fundamento a equiparação equivocada do conceito de pessoa ao conceito de sujeito de direito, donde se extrai a necessidade de revisão desta vinculação. Quem afirma a existência de direitos sem sujeito de direito o faz com base no entendimento de que entes despersonalizados não podem ser titulares, o que vai de encontro às disposições legais.

1.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA ESTRUTURAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O apogeu do Direito Civil na perspectiva personalista constitucional se dá, sem dúvidas, a partir da avaliação do sentido da construção jurídica “sujeito de direito”. Novos paradigmas científicos e sociais obrigam o repensar de um direito cujo fulcro, desde sempre, era essencialmente patrimonialista, pautado em idéias do liberalismo econômico e fincado na defesa e no valor da propriedade.

Esse panorama afasta o operador jurídico do apego aos dogmas e às categorias tradicionais do Direito, o que inclui a necessidade de repensar a sistematização clássica dos sujeitos. Essa nova leitura do Direito Civil¹² deve ser capaz de se vincular à necessidade de estruturar uma ordem protetiva que coloque o ser humano no centro das relações jurídicas, cuja premissa principal está fincada no seu valor ontológico e na sua dignidade intrínseca.

A partir da análise de alguns dispositivos do Código Civil, destaca-se o afastamento da natureza de coisa dos entes intitulados como embrião, nascituro e pessoa.

Parte-se para avaliar a forma com que a lei disciplinou esses entes, considerando a adequação ou não da estruturação ou sistematização dessas categorias, o

reconhecimento do valor ontológico da vida humana e a determinação dos critérios que definem a existência de um sujeito de direito.

1.3.1 O prestígio do valor ontológico da vida humana como um pressuposto à delimitação conceitual

A defesa do valor ontológico da vida humana parte da constatação de que é necessário preservar o significado do ser humano, sem prejuízo do estágio de seu desenvolvimento biológico. Segundo Mario Emilio Forte Bigotte Chorão, “a condição ontológica de pessoa não é uma qualidade mensurável, isto é, que se pode ter em maior ou menor medida; pessoa, ou se é por natureza, ou não se é [...]”. No entanto, “as capacidades da pessoa e o seu exercício, isso sim, são variáveis ao longo do ciclo vital. Em suma, desde o início ao termo da vida, mantém-se o *status* pessoal do ser humano vivo, independentemente dos acidentes e vicissitudes de

¹² Sobre o assunto, consultar: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ordem somática, psíquica e espiritual”¹³.

O surgimento das figuras do embrião extracorpóreo e do nascituro, dentre os possíveis sujeitos de direito, é essencial para integrar o significado do discurso ontológico. Tem-se procurado justificar condutas na área do Direito invocando uma pretensa diferenciação ontológica do homem, devido aos diferentes estágios de seu desenvolvimento evolutivo, ou mesmo, biológico. Sob o ponto de vista ontológico, a espécie humana é sempre a mesma, seja o homem como embrião, feto, nascituro ou portador da condição de nascido.

A diferenciação de tratamento jurídico dado às diferentes fases sucessivas da vida humana pode ser concretizada por uma opção político-legislativa, que, certamente, decidiu pela diferenciação,

considerando outras circunstâncias que merecem também uma análise criteriosa. O nascituro, mesmo não equiparado pela lei à pessoa, tem o mesmo fundamento ontológico que ela. Não há argumento legítimo que tente afirmar a ausência de vida naquele que está por nascer, a discussão é, pois, quanto à maneira com que se pode construir a proteção dessa vida e não quanto à presença de requisitos que a representem.

A salvaguarda do seu direito à vida o aproxima consideravelmente do *status* jurídico de pessoa. O Ordenamento, inclusive, ao ponderar valores envolvidos por bens jurídicos distintos, relativizou esse direito, através do art. 128, incisos I e II, do Código Penal. A vida do nascituro foi eivada de proteção, podendo ser ceifada nos casos de risco de vida da gestante ou se sua existência decorreu de violência sexual.

Como visto, a questão do sujeito de direito remonta, diretamente, ao conceito de pessoa, enquanto formulação jurídica, apesar de não se

¹³ CHORÃO, Mario Emilio Forte Bigotte. *Bioética, pessoa e Direito*. Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano. Disponível em: <<http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008, p.2.

equiparar a ela, porém, não escapa do enfrentamento filosófico, e, conseqüentemente, do seu sentido ontológico.

Nesse liame, afirma-se que, na construção da ideia sobre sujeito de direito, antecedida pela ideia sobre pessoa, todo o pensamento ocidental foi esboçado a partir da diferenciação entre essência e existência. Ontologicamente, a essência precede a existência¹⁴, fato que atesta a defesa pela construção de uma estrutura dogmática pautada no sentido e no significado do sujeito.

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

O pensamento dominante na doutrina brasileira tradicional, expressado por autores como

Pontes de Miranda, Clovis Bevilacqua, Teixeira de Freitas, Orlando Gomes e Miguel Serpa Lopes, é baseado na estreita vinculação entre a titularidade de direitos e o conceito de pessoa¹⁵.

As infinitas discussões doutrinárias sobre a condição jurídica do embrião extracorpóreo e do nascituro podem ser visualizadas pela insistente equiparação do conceito de sujeito de direito ao conceito de pessoa. Para refutar essa postura e

¹⁵ Nesse sentido autores como: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975; FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil. Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores, 1952; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

¹⁴ CARNEIRO, Maria Francisca; PEREIRA, Potiguara Acácio. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.30, n.30, 1998, p.237.

identificar quais os critérios eleitos pelo sistema jurídico para que um ente passe a ser dotado da condição de sujeito de direito, é necessário encarar as preleções doutrinárias que condicionam a existência do sujeito à existência da pessoa. É evidente a necessidade de afastamento da existência de direitos sem sujeitos, considerando a natureza intrínseca desses direitos, naturalmente nascidos e continuamente existentes por conta de um destinatário, por conta de um indivíduo ou ente que o possui¹⁶. Todo direito pressupõe a necessidade de uma relação jurídica, que se dá somente quando presente o sujeito, como titular de um direito ou de um dever.

Tecnicamente, conforme a legislação civil, a aquisição do *status* de pessoa física ou natural condiciona-se à

incidência do atributo da personalidade. A partir disso, questiona-se se a aquisição de direitos está condicionada ao referido atributo, considerando a existência de entes, como o nascituro, a prole eventual, o condomínio, a massa falida, a herança e as sociedades de fato, destituídos de personalidade e, visivelmente, titulares de direitos e de deveres.

Viu-se que, no entendimento dominante¹⁷, a doutrina privatista afirma a existência de duas espécies de sujeitos de

¹⁷ Nesse sentido, a doutrina clássica e boa parte da doutrina moderna: MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Ensaio de psicologia jurídica. Campinas, SP: Bookseller, 2002; BEVILÁQUA, Clóvis. *Op.cit.*, 1975; FREITAS, A. Teixeira de. *Op.cit.*, 1952; GOMES, Orlando. *Op.cit.*, 2002; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op.cit.*, 1998; AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: Parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: parte geral. v.1. 41.ed. rev. e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁶ Esse é o entendimento de MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.144 *et seq.* Vários autores afastam essa possibilidade com fulcro na afirmativa de que todo direito pressupõe um destinatário, um ente possuidor.

direito, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, o que, conseqüentemente, desemboca na afirmação de que sujeito de direito é sinônimo de ente personalizado.

Dentre as conseqüências geradas pela equiparação dos conceitos de pessoa e de sujeito de direito, pela doutrina, destacam-se os esforços contínuos para explicar a natureza jurídica do nascituro a partir da avaliação da teoria que possa explicar, coerentemente, a aquisição de sua personalidade. Para a solução da aparente antinomia jurídica que envolve a concessão de direitos ao não nascido, a doutrina se divide na adoção das teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

José Carlos Barboza Moreira afirma que nenhum princípio, *a priori*, “exige que se identifiquem “personalidade” e “possibilidade de ser titular de direitos”. É questão deixada a critério do legislador, que pode optar pela

identificação ou pela separação conceitual”¹⁸.

Disso resulta a assertiva de que não há nenhuma pré-determinação legal que afirme que somente pessoas podem ser sujeitos de direitos.

Na realidade, reduzir a análise do tratamento devido ao nascituro à tentativa da adoção de uma teoria que explique verdadeiramente a sua condição jurídica é conseqüência da equiparação doutrinária dos conceitos de pessoa e sujeito de direito. As teorias versam sobre o começo e a existência da personalidade jurídica do nascituro, o que, de fato, pelo disposto no art.2º do Código Civil, não se configura. A disciplina do nascituro pode prescindir das discussões sobre a melhor teoria que determine a sua condição, quando se comece a percebê-lo como ente despersonalizado, e, portanto, diferente da categoria jurídica

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.116.

“pessoa”, mas sujeito de direito, conforme optou o Ordenamento jurídico.

É oportuno também salientar que as teorias que versam sobre o início da personalidade partem de uma mesma e equivocada premissa fundamental: a equiparação. Esse entendimento pode ser refutado quando se comece a perceber que sujeito de direitos é o gênero, por abranger características mais gerais, cujas espécies são a pessoa e o ente despersonalizado.

Se se começar a pensar na possibilidade de que ser sujeito de direito não é necessariamente ser pessoa, pode-se começar a repensar as controvérsias que, há muito tempo, permeiam a determinação da condição jurídica dos entes despersonalizados. A avaliação da proteção específica do nascituro supera a discussão sobre qual teoria foi adotada pelo Código se se admitir a sua condição de sujeito de direito, mesmo não sendo pessoa física ou natural. No entanto, é preponderante na doutrina a opinião segundo a

qual sujeitos de direitos sejam somente as pessoas.

Esse *status* de sujeito de direito do nascituro deriva da sua natureza, manifestada como um dos estados de desenvolvimento da vida humana. Sob o ponto de vista normativo, não se deve ignorar a precisão terminológica ou a linguagem técnico-científica da lei, mais especificamente, o que diz o art. 2º do Código Civil. Há um significado eminente em por a salvo direitos, desde a concepção.

O uso da palavra “direitos”, dentro da sistemática jurídica, tem significação. Esse fato é ponto de partida para a constatação de que há duas possibilidades contidas no artigo 2º do referido Código: Ou se aceita a possibilidade de que um ente seja considerado sujeito de direito, ainda que não detenha personalidade jurídica, ou se afirma a contradição insolúvel do dispositivo¹⁹.

¹⁹ Cf. entende MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito*

Marcos Bernardes de Mello afirma que há mais sujeitos de direito que pessoas. Se a norma atribui algum direito ou uma simples situação jurídica de capacidade, mesmo que não seja pessoa, o ente figura no mundo jurídico como sujeito, ainda que limitadamente à situação lhe é atribuída. É o caso do nascido, do não concebido, da herança jacente e vacante, da massa falida, e do condomínio²⁰.

O autor prossegue afirmando que todo fato jurídico refere-se naturalmente a um sujeito de direito, porque a sua eficácia se liga a alguém ou a algum ente a que o Ordenamento outorga capacidade de direito. Ainda que se trate de normas jurídicas que não criem direitos, mas, e apenas dispõem sobre possibilidades de titularidade de direitos, deve-se atentar que o sujeito é sempre o

pressuposto dessa relação. Ele completa afirmando que não há sentido um fato jurídico que não se referisse a algum sujeito de direito. Os suportes fáticos pressupõem o elemento subjetivo (a indicação de certo sujeito de direito), mesmo que isso não seja explícito²¹.

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, a expressão “sujeito de direito” é um conceito mais abstrato do que pessoa, por abranger um número maior do que as situações que possam se referir à pessoa. Pode-se dizer que toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito é pessoa. Assim, conclui que, quando se fala em direito, obrigação, pretensão e ação, “mencionam-se situações jurídicas que não podem ficar soltas sem um suporte. Continua correto dizer que todo direito e obrigação (em sentido amplo) necessita ser referenciado a um sujeito. O equívoco encontra-se em

fundamental à vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005, p.115-116.

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.150 *et seq.*

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

limitar a noção de sujeito de direito à pessoa”²².

É necessário, ainda, atentar para o fato de que a discussão doutrinária sobre a equiparação dos conceitos de personalidade e capacidade de direito em nada muda a possibilidade de um ente despersonalizado ser considerado um sujeito de direito. Ainda que se afirme que a lei confere tão somente capacidade de direito ou subjetividade ao nascituro, não há mudanças quanto à sua condição de titular de direitos, considerando o fato de que, para gozar deles, não há necessidade de personalidade jurídica.

Passa-se, então, a refletir sobre a diferença entre personalidade jurídica e capacidade de direito, necessária à compreensão da

diferenciação entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito.

A primeira constatação sobre esta diferença parte da afirmação de que é matéria pacífica, sob o ponto de vista jurídico-científico, que pessoas são os seres humanos nascidos, denominados pessoas naturais ou físicas e certos entes criados para determinados fins explicitados em lei, denominados pessoas jurídicas, donde se conclui que as pessoas são *numerus clausus*. No entanto, também é verdade que a titularidade de direitos não cabe somente às pessoas, prerrogativas concedidas, também, aos entes despersonalizados. Daí se extrai a diferença entre ter personalidade e ser pessoa e ter capacidade jurídica e ser sujeito de direito²³.

A diferença entre ser sujeito de direito e ser pessoa pode ser visualizada quando se avalia a posição de entes despersonalizados como o

²² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.13.

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.145-146.

nascituro, a massa falida, o espólio entre outros. O nascituro e os demais entes destituídos de personalidade não são pessoas, porém, são titulares de direitos, eis, então, o substrato fático para comprovação da distinção dos conceitos.

Dessa maneira, é possível afirmar que, no Ordenamento jurídico brasileiro, a aquisição da personalidade não foi o critério recepcionado por lei para que um ente pudesse ser considerado sujeito de direito. Ainda que dogmaticamente tal afirmação desconfigure o pensamento tradicional e dominante em torno da idéia de que somente as pessoas são sujeitos de direito, consoante se depreende do Código Civil e das leis 11.105/2005 e 11.804/2008, o embrião e o nascituro são detentores desta qualificação.

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

Um olhar para a codificação civil brasileira aponta para a existência de três entes

centrais, ligados ao ser humano: pessoa natural, nascituro e embrião. O Código Civil de 2002 não fez nenhum tipo de menção aprofundada ou específica ao embrião humano fertilizado e mantido em laboratório, deixando de tutelar oportunamente a questão, apenas assegurou, no art.1.798, o seu direito à sucessão.

Pois bem. A pessoa natural, no Código Civil, é o ente provido de personalidade jurídica que titulariza uma extensão de direitos e obrigações, o que a caracteriza, indubitavelmente, como um sujeito de direito. Na mesma condição, encontra-se a pessoa jurídica.

A pessoa natural, cuja expressão é o homem nascido, individual e existente, é a destinatária sublime dos direitos que integram a essência de qualquer ordem jurídica. É, de fato, razão e fundamento para essa ordem, afirmativa comprovada pela posição ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cujos efeitos são irradiados para toda a

sistemática do direito civil. Os direitos que lhe são salvaguardados são, em essência, os chamados direitos fundamentais, os direitos da personalidade, bem como os que estão explicitamente prescritos em lei ou os que são fruto da interpretação e atividade jurisdicional dos tribunais.

A apresentação taxativa dos direitos do nascituro corrobora o fato de que a sua natureza não é a de pessoa, pois todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem a necessidade da lei mencioná-los um a um. A opção da legislação em determinar precisamente quais seriam estes direitos implica na presença de um tratamento específico, diferente do destinado à pessoa, cujos direitos não precisam ser tecnicamente taxados por lei.

O Código Civil, especificamente em seu art. 2º, não assegura personalidade jurídica ao nascituro mas salvaguarda-lhe direitos, explicitados em outros dispositivos, como o direito à vida, o direito de ser adotado,

o de ser alimentado e o de obter a reparação de danos que porventura possam lhe ser causados.

Sérgio Abdalla Semião afirma que, ontologicamente, não há dúvidas sobre a existência da vida humana tão logo ocorra a concepção. A discordância é quanto ao tratamento jurídico do conceito. O concebido presente no ventre materno não é juridicamente pessoa, este conceito é diverso do conceito filosófico puro de vida humana²⁴. Tal assertiva parte, visivelmente, da opção legislativa em tratar o nascituro como categoria própria, não lhe imputando a natureza jurídica de pessoa e nem por isso o aproximando de coisa.

A previsão de direitos específicos ao nascituro é a primeira justificativa para a afirmação de que, mesmo não sendo pessoa e possuindo natureza jurídica autônoma – a de nascituro, da leitura da

²⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Aspectos cíveis, criminais e do Biodireito. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.63.

legislação em comento, este ente é sujeito de direito. Marcos Bernardes de Mello afirma que o nascituro “tem a capacidade de ser parte e titularidade de pretensões de direito material, o que o caracteriza, sem dúvida, como sujeito de direito, sem ser pessoa”²⁵.

O nascituro, enquanto sujeito de direito dentro do Ordenamento jurídico, é detentor dos direitos que estão definidos em lei, que são o direito à vida, à herança, à adoção, a alimentos, à reparação em caso de danos.

Marcos Bernardes de Mello discorre, assim, sobre a condição do nascituro e da prole eventual dentro do Direito. O autor afirma que a titularidade de direitos e deveres cabe às pessoas, mas não em caráter de exclusividade. O

Ordenamento jurídico atribui a quem não é pessoa direitos. “É o que se verifica quanto aos seres humanos não

nascidos (nascituros) ou mesmo não concebidos (*nondum concepti*), a alguns entes formados por grupos de pessoas [...] e a certas universalidades patrimoniais”²⁶. O autor prossegue afirmando:

Uma análise, mesmo perfunctória, dessas situações faz ressaltar, à evidência, que não se pode, do ponto-de-vista científico, dar a esses entes outro tratamento senão o de sujeitos de direito. Sem dúvida, ao receberem a outorga, pelas normas jurídicas, de titularidade de direitos, pretensões, deveres e obrigações e, em especial, da possibilidade de integrarem uma posição, ativa ou passiva, em relação jurídica, mesmo apenas processual (capacidade de ser parte), esses entes, efetivamente, recebem a qualidade de sujeitos de direito. A lei, sem dúvida, os fez sujeitos de direito, sem deles fazer pessoa²⁷.

Assim, a prole eventual, conforme o art. 1799 CC, como sujeito de direito no

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.156.

²⁶ *Ibidem*, p.145.

²⁷ *Ibidem*, p.147.

Ordenamento jurídico, tem, explicitamente direito à herança.

Reiterando a diferença entre embrião e prole eventual, afirma-se configurada a concepção (junção do óvulo com o espermatozóide) no embrião, o que não ocorre quando se fala em prole eventual.

Sobre a disciplina jurídica do embrião no Código, é sabido que o art. 1.798 determina a possibilidade da sucessão de pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O uso do termo “pessoa concebida” pode ser encarado como referência ao embrião, em estado de implantação uterina ou não, o que atesta a constatação de que ele, conforme tal dispositivo, também é sujeito de direito, já que está legitimado a suceder.

No entanto, o supracitado artigo é por demais insuficiente para assegurar a real disciplina do embrião dentro da sistemática dos titulares de direitos, o que, de fato, deveria ter sido repensado, quando da reformulação do instrumento

normativo. Sobre essa falta de tratamento pelo Código Civil, entende Jussara Maria Leal de Meirelles que o embrião concebido e mantido em laboratório é estranho ao modelo clássico. Ele não é pessoa natural ou física, pois inexistente o nascimento com vida, não é nascituro, porquanto à época do Código, por não estar em desenvolvimento no ventre materno, e também não é prole eventual, considerando a existência da concepção²⁸.

Tal tratamento pode ser realmente constatado quando se parte para a análise da Lei 11.105/2005 que disciplinou o destino de embriões concebidos *in vitro* e excedentes à fertilização extracorpórea.

O art. 5º da referida lei afirma a possibilidade de que embriões humanos excedentes sejam revertidos à pesquisa científica com células-tronco desde que seja obtido o consentimento dos seus

²⁸ Cf. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.57.

genitores. Essa previsão afastou qualquer tentativa de conferir ao embrião o mesmo *status* jurídico de pessoa, uma vez que a possibilidade de realizar pesquisas científicas neles implica na sua destruição. O tratamento jurídico dado pela lei ao embrião em situação extracorpórea o afasta da condição jurídica de pessoa, o que corrobora o disposto no art. 2º do Código Civil, quando previu que a personalidade é um atributo somente alcançado por entes nascidos com vida, vinculando-a a pessoa.

A partir do disposto na lei, foi possível perceber que o embrião não goza da natureza jurídica de pessoa, estando, pois, subordinado à anuência dos genitores para a sua destinação. A vedação de sua comercialização ou qualquer tipo de negociação onerosa que o envolva atesta o seu afastamento da condição de coisa, uma vez não ser objeto passível de compra e venda. Ao embrião, manteve-se a natureza jurídica de embrião, posicionamento reafirmado

pelo voto do relator²⁹ que julgou pela constitucionalidade da lei 11.105/2005.

²⁹ Vide o trecho do voto do relator que esmiúça essa diferenciação: “[...] Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana,** passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana

Tais afirmações desembocam na constatação de que o Ordenamento jurídico brasileiro previu direitos distintos à pessoa, ao nascituro, à prole eventual e, mesmo, ao embrião extracorpóreo.

Disso resulta que lei atribuiu naturezas distintas a tais entes, colocando-os como sujeitos de determinados direitos, portanto, aqueles que estão previstos especificamente em lei, de modo a não importar que, para tanto, sejam eles providos de personalidade jurídica.

Urge também esclarecer que a atribuição da qualificação “sujeito de direito” à prole

eventual não deve se afastar do fato de tratar-se de um ente futuro, onde há o resguardo de direitos específicos. O embrião, o nascituro e a pessoa são entes existentes e, é claro, merecem proteções concretas específicas, consoante a realidade que os diferenciam.

A previsão de direitos específicos destinados ao nascituro, ao embrião e à prole eventual corrobora a desvinculação do conceito de pessoa ao conceito de sujeito de direito, que deve ser encarado como o gênero de várias espécies. A equiparação dos conceitos contradiz a estruturação dogmática delineada pelo Ordenamento, pondo à prova a destinação de direitos que, como visto, não pode ser ignorada.

É certo que, no que tange ao embrião humano extracorpóreo, a possibilidade de descartá-los ou destiná-los à pesquisa afasta, obviamente, a titularidade do direito à vida, opção confirmada pelo julgamento da ADI 3510 pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se que, a título de filiação e sucessão, o Código

propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VOTO do Min. Rel. Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADIN 3510-0 contra a Lei 11.105/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcesso>

Andamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

Acesso em: 30 jul. 2008, p.34) (Grifos no original).

Civil assegurou prerrogativas ao embrião humano (ente concebido), afastando-o, concedendo-lhe tratamento especializado.

CONCLUSÕES

Notoriamente, não há dúvidas sobre a existência de vida, ainda que manifestada de forma primitiva, nas fases antecedentes ao nascimento do ser humano. Há vida no embrião e no feto, indubitavelmente. A discussão cinge-se à maneira com que cada forma assumida por essa vida deve ser tratada, eis, então, a tarefa da ciência jurídica. Não cabe ao Direito o complexo e delicado dever de determinar o exato momento em que a vida se inicia, mas, diferentemente, o momento em que a lei deve começar a protegê-la e quais formas essa proteção assume. De fato, todo sistema jurídico está naturalmente cercado por idéias que refletem a necessidade de proteger incondicionalmente o homem, a espécie humana. Seguindo esse liame, todas as formas de tutela jurídica devem

manifestar a proteção dos diferentes estágios da vida, seja ela fetal ou embrionária. Ontologicamente, embrião e nascituro são formas de vida que merecem a proteção jurídica por serem diferentes de coisa, cuja disponibilidade está submetida à autonomia dos indivíduos, conforme franqueou a lei.

A primeira questão a ser reafirmada, como um pressuposto conclusivo, é que, evidentemente, há vida nas fases humanas que antecedem o nascimento, no entanto, o que diferencia um momento do outro não é a sua dimensão ontológica ou aquilo que cada um representa na sua essência, mas a maneira com que devem ser tratados juridicamente. Diversas passagens no Ordenamento jurídico concorrem para a afirmação de que a vida, do embrião fecundado e mantido em laboratório, do embrião implantado, do feto, do nascituro, e, por fim, da pessoa, nascida e individual, recebe tratamentos distintos porque possuem características e especificidades distintas.

Pessoa, feto e embrião assumem peculiaridades e evidenciam realidades diferenciadas, o que fez com que o regramento jurídico atribuísse, a cada um, naturezas jurídicas distintas e autônomas. A sistemática jurídica optou por contemplar os momentos sucessivos da vida humana através de tutelas específicas que se diferenciam, por isso não os equiparou à condição jurídica de pessoa. Na realidade, esforços doutrinários no sentido de agrupá-los em uma mesma natureza jurídica contradizem a necessidade de tratá-los como revelações distintas da vida humana.

Eis, então, a primeira constatação necessária à conclusão que define o conceito dogmático do homem como sujeito de direito na normatização brasileira: a de que prole eventual (os entes não concebidos), embrião (entes já concebidos), feto ou nascituro (entes concebidos implantados no útero) e pessoa natural ou física possuem disciplinas distintas.

A construção do conceito de sujeito de direito deve ser desvinculada da equiparação ao conceito de pessoa. Não há no Ordenamento jurídico nenhuma prescrição normativa ou princípio que vincule “titularidade de direitos” à “personalidade jurídica”, atributo próprio da pessoa, conforme dispôs o art. 2º do Código Civil. O posicionamento tradicional e majoritário na doutrina é de que somente pessoas, físicas ou jurídicas, podem titularizar direitos, posto que são detentoras do atributo da personalidade.

Tal entendimento parte de uma premissa equivocada que é a junção dos conceitos de pessoa e sujeito de direito, visivelmente independentes no Ordenamento jurídico.

Sujeito de direito é todo ente a que o Ordenamento jurídico atribuiu capacidade de direito e que, portanto, é titular de posição numa relação jurídica, independentemente da sua capacidade de fato. Disso resulta que ser pessoa, física ou jurídica, não é condição essencial para ser sujeito de direito; há mais sujeitos de

direitos do que pessoas. Também conclui-se que personalidade jurídica é atributo específico das pessoas e se diferencia da capacidade de direito, por ser mais ampla e encerrar âmbito ilimitado de direitos.

No Ordenamento jurídico brasileiro, os entes destituídos de personalidade e titulares de direitos e obrigações, ainda que mínimos, são a prole eventual, o embrião, o nascituro, a herança, o condomínio, a massa falida, o espólio e as sociedades de fato. A afirmação de que a prole eventual, o embrião e o nascituro são sujeitos de direitos é comprovada pelos direitos que lhes foram salvaguardados pela Constituição Federal, Código Penal, Código Civil e pelas Leis 11.105/2005 e 11.804/2008.

A prole eventual tem direito à sucessão, assim como o embrião, conforme dispôs o Código Civil, que também não pode ser comercializado ou negociado onerosamente, como determinou a Lei 11.105/2005. Ainda que se tenha permitido a realização

de pesquisas em embriões humanos, nas condições determinadas na lei, não se deve pensar que a eles foi resguardada a condição de coisa. A sua condição jurídica é autônoma, posto não ser coisa, nem de pessoa.

O nascituro é destinatário de vários direitos, como o direito à vida, assegurado pelo Código Penal, o direito à sucessão, à adoção e a alimentos, à doação, à reparação dos danos que lhe possam ser causados, conforme dispôs o Código Civil. Aqui, não impende a verificação da legitimidade de cada direito conferido aos entes despersonalizados ou à necessidade de que algum direito não concedido passe a sê-lo, mas atem-se à efetivação da constatação dessa premissa. É certo que não são poucas as críticas pertinentes à lei 11.105/2005, consoante ter ela estatuído lacunas, prazos e procedimentos questionáveis no que tange à proteção embrionária.

Importa ainda salientar que embrião, nascituro e pessoa estão afastados ontologicamente do que se

chama de prole eventual, consoante expressarem uma realidade fática, são, de fato, revelações concretas dos estágios da vida humana. Prole eventual é um ente futuro, cujo direito à sucessão foi resguardado mas carente de dimensão ontológica concreta. A compreensão da delimitação conceitual dogmática do homem como sujeito de direito é revelada pela constatação de que o embrião e o nascituro são sujeitos de direitos mesmo carentes da condição de pessoa. Essa opção legislativa traçada no Ordenamento jurídico brasileiro não pode ser ignorada na identificação da delimitação do conceito de sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VOTO do Min. Rel. Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADIN 3510-0 contra a Lei 11.105/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 jul. 2008.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

CHORÃO, Mario Emilio Forte Bigotte. *Bioética, pessoa e Direito*. Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano. Disponível em: <<http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

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

FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil. Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores, 1952.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.1 Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

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

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

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

MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito*. Ensaio de psicologia jurídica. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

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

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão universitária, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem

fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

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