

DA TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO E A CONTROVERTIDA QUESTÃO DO INÍCIO DE SUA PERSONALIDADE

Arlete Aparecida Chavenco*
José Sebastião de Oliveira**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Direito do Ser Humano à Vida; 2.1 O Direito à Vida na Constituição Federal e no Código Civil; 2.2 Direito à Personalidade Civil como decorrência do Nascimento com Vida; 2.3 Legitimidade Processual do Nascituro; 2.4 Curiosidade: o Tutor de Embriões; 3 Conceito de Vida; 3.1 Conceito Filosófico; 3.2 Conceito Bioquímico e Biológico; 3.3 Conceito Jurídico; 4 Teorias sobre o Início da Vida; 4.1 Teoria Natalista; 4.2 Teoria Concepcionista; 4.3 Teoria da Personalidade Condicional; 4.4 Teoria do Embrião como Pessoa em Potencial; 4.5 Teoria Genético-Desenvolvimentista; 5 A Teoria do Início da Vida e o Ordenamento Jurídico Brasileiro; 6 Princípio Constitucional da Inviolabilidade do Direito à Vida; 7 Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário em matéria de Proteção à Vida; 8 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: Muito se discute hoje sobre os direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas indubitavelmente o direito à vida é um direito da personalidade imprescindível, pois tem por objeto um bem jurídico tutelado de altíssimo valor, que se sobrepõe a qualquer outro e dele decorre todos os demais direitos. No presente trabalho será abordada especificamente a tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade. Para tanto, serão analisados o direito à vida, a representação processual do nascituro, os conceitos de vida, as teorias acerca do início da vida, o princípio da inviolabilidade do direito à vida, a controvertida questão do início da vida e da personalidade, e sua tutela jurídica constitucional, infraconstitucional e internacional, bem como posições doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Vida; Início da Vida; Nascituro; Personalidade; Inviolabilidade.

* Bacharel em Administração e em Direito, ambas graduações pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Especialista em Direito Contratual, do Consumo e da Responsabilidade Civil pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Mestranda em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Servidora do Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Maringá-PR; Email: arleteapc@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Coordenador do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Docente dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Stricto Sensu* e *Lato Sensu* do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Discente do Curso de Pós Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Consultor Científico de Revistas Jurídicas da Universidade Estadual de Londrina - UEL-PR; Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Curso de Mestrado do Centro Universitário de Marília - UNIVEM; Advogado no Paraná; E-mail: drjso@btrturbo.com.br.

TUTELAGE OF THE RIGHTS OF THE STILL-TO-BE-BORN PERSON AND THE CONTROVERSY ON THE START OF PERSONALITY

ABSTRACT: Debates on the rights of the person are rampant within the Brazilian juridical construction. However, the right to life is certainly an inalienable right of the person since its object has the highest value, over any other, and from which other rights emanate. Current discussion deals specifically with the rights of the still-to-be-born person and the controversy on the start of the personality. The right to life, the procedural representation of the future human being, the concept of life, the theories on the start of life, the principle of inviolability of the right to life, the controversy on the start of life and of the personality, constitutional, infra-constitutional and international juridical tutelage and other doctrinarian situations are debated.

KEY WORDS: Life; Start of Life; Still-to-be-born Person; Personality; Inviolability.

DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL NACITURUS Y LA CONTROVERSA CUESTION DEL COMIENZO DE SU PERSONALIDAD

RESUMEN: Mucho se discute actualmente sobre los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico brasileño, pero, sin dudas, el derecho a la vida es un derecho de personalidad imprescindible, pues tiene como objeto un bien jurídico tutelado de altísimo valor, que se sobrepone a cualquier otro y de él resultan todos los demás derechos. En el presente trabajo será abordada específicamente la tutela de los derechos del niño por nacer y la controvertida cuestión del comienzo de su personalidad. Para tal, serán analizados el derecho a la vida, a la representación procesal del niño por nacer, los conceptos de vida, las teorías sobre el comienzo de la vida, el principio de la inviolabilidad del derecho a la vida, la controvertida cuestión del comienzo de la vida y de la personalidad, y su tutela jurídica constitucional, infra constitucional e internacional, bien como las posiciones doctrinarias.

PALABRAS-CLAVE: Vida; Comienzo de la vida; Nasciturus; Personalidad; Inviolabilidad.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo abordar o bem maior a ser tutelado: a vida, bem como a personalidade e o reflexo no campo da ciência jurídica, no contexto da defesa dos direitos fundamentais e da personalidade, cujo enfoque imprescindível é a realização da dignidade humana.

Para atingir referido objetivo, serão apresentados os diversos conceitos de vida: filosófico, bioquímico, biológico e jurídico, bem como a etimologia da palavra vida e sua definição; também serão abordadas as diversas teorias sobre o momento em que a vida tem início, e qual a relação destas teorias com o ordenamento jurídico brasileiro. Também serão mencionados tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário, em matéria de proteção do direito à vida.

Será abordada a questão da natureza da figura do nascituro no direito brasileiro e a forma pela qual são ressaltados seus direitos, diante da controvertida questão acerca do início da personalidade/início da vida.

2 DIREITO DO SER HUMANO À VIDA

A partir da Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais e da personalidade ganharam maior relevância, em decorrência da adoção do princípio maior da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Dentre os direitos, o primeiro direito a ser tutelado é a vida, sendo que deste decorrem todos os demais.

Giseli Marques Bianchini¹ pontua esta necessidade de proteção à vida:

Questão de difícil solução foi pontuar, na legislação pátria, a partir de que momento o ser humano adquire personalidade jurídica, bem como os direitos relacionados ao nascituro. Assim, a tutela jurídica do nascituro apresenta no cenário brasileiro a necessidade de ter estabelecidos alguns limites e conceituações. Ocorre que grandes discussões foram formuladas em torno do momento inicial da vida humana. O ponto crucial remete à ideia de qual seria o momento em que o indivíduo adquire personalidade e ainda, a partir de qual momento a vida deve ser tutelada pelo Estado. Assim, a discussão gira em torno do instante em que devem ser tutelados os direitos da personalidade e do nascituro.

Segundo Ives Gandra², o início da vida nos animais se dá com o encontro do elemento masculino, no caso do ser humano o espermatozoide com o elemento feminino, o óvulo, formando o zigoto, que a princípio seria uma célula única, que já contém as características, a carga genética do futuro ser, e após começa a divisão celular, daí a proteção ao nascituro desde a sua concepção, proteção esta que vem desde o Direito Romano.

1 BIANCHINI, Giseli Marques. **A tutela jurisdicional da personalidade jurídica do nascituro**: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. Dissertação (Mestrado em direito) – Centro Universitário Toledo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Araçatuba: 2011, p.14.

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo, SP: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 22-34.

Também o Pacto de São José, que é um tratado internacional sobre direito fundamental, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional, haja vista que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem *status* de norma constitucional, conforme artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, dispõe em seu artigo 4º, *caput*: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”.

Além da Constituição Federal, do Pacto de São José, também o Código Civil de 2002 tutela o direito do nascituro.

O direito à vida é um direito essencial, ou seja, tem por objeto um bem tutelado de altíssimo valor, que se sobrepõe a qualquer outro bem protegido pelo ordenamento jurídico.

Adriano de Cupis assevera sobre as características do direito à vida: “O direito à vida, quando considerado ulteriormente na sua inerência ao sujeito, caracteriza-se pela sua intransmissibilidade, irrenunciabilidade, e outros, como todos os direitos da personalidade”³.

Desta forma, percebe-se a magnitude do direito à vida, não representando simplesmente um bem jurídico qualquer a ser tutelado, mas o bem maior e primeiro, do qual decorrem todos os demais.

2.1 O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O nascituro tem seus direitos protegidos, pois no momento da concepção os cromossomos passam a constituir o início de uma vida, e portanto, tem o direito de nascer.

Ter o direito de nascer, significa que a mulher deve completar o ciclo de gestação do ser humano, que se inicia com a concepção e prossegue em todo o desenvolver da gravidez, até que ocorre o completo nascimento do novo ser, com vida, e venha a ser sujeito de direitos e obrigações perante a ordem jurídica.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Este preceito normativo está inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e contempla a inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, a norma constitucional não definiu o conceito de vida, deixando esta tarefa para a ciência determinar o início da vida e assim o início da proteção constitucional.

Infraconstitucionalmente, o Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos dos nascituros”.

3 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004, p. 73.

O Código Civil em seu art. 2º garante o direito à vida do nascituro, entretanto, a personalidade civil só irá adquirir se nascer, com vida. No Direito Romano, além de nascer com vida, o nascituro tinha que ter formato humano.

A título de ilustração, pode-se citar como alguns direitos do nascituro protegidos por lei infraconstitucional: art. 542 (direito de receber doações), art. 1609, parágrafo único (direito ao reconhecimento antes mesmo do nascimento), art. 1779 (direito à curatela do nascituro), todos do Código Civil; e art. 877 (prova da gravidez) do Código de Processo Civil.

Ives Gandra Martins conclui que⁴: “O direito ao nascimento natural, com ou sem vida, é uma consequência do direito à vida. O direito à vida não é uma garantia à vida ou de vida, mas uma garantia de ter a expectativa de viver, e, por isso, de nascer”.

A pessoa humana é a titular dos direitos da personalidade e o Jurista Wanderlei de Paula Barreto conceitua personalidade como sendo⁵ “... o fundamento ético, é a fonte, é a síntese da, todas as inúmeras irradiações, da pleora de emanações possíveis dos direitos da personalidade (direito à vida, à liberdade, à honra, etc)” .

2.2 DIREITO À PERSONALIDADE CIVIL COMO DECORRÊNCIA DO NASCIMENTO COM VIDA

Como a vida antecede ao próprio direito, a personalidade é a declaração jurídica da existência deste sujeito, e assim, conseqüentemente o reconhecimento da existência da própria vida.

Em suma, a personalidade é a capacidade de ser titular de direitos e obrigações perante a ordem jurídica. E quem define estes direitos e obrigações é o ordenamento jurídico.

Há de se ressaltar que os direitos da personalidade não são todos direitos irrestritos, mas sim os direitos subjetivos, os direitos essenciais cuja função seja garantir o mínimo necessário e imprescindível de uma vida com dignidade. Os direitos da personalidade representam os limites impostos tanto ao arbítrio do poder público como aos particulares que devem ser respeitados a fim de que a pessoa humana possa se desenvolver e crescer como ente, na sociedade em que vive, e por isso mesmo, merece uma tutela específica do direito.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III⁶, tem como um de seus pressupostos fundamentais a dignidade da pessoa humana, como forma de proteção e

4 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), op. cit., 2005, p. 437.

5 BARRETO, Wanderlei da Paula et al. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: parte geral. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005, v. I, p. 107.

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

desenvolvimento da pessoa, raciocínio este que conduz à conclusão que a pessoa, a vida humana (aí incluída a vida do nascituro) é o bem maior tutelado pela ordem jurídica.

Pode-se conceituar personalidade como sendo:

PERSONALIDADE. Do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro.(...) Juridicamente, a personalidade é tida neste mesmo conceito, caracterizando ou individualizando a pessoa ou a entidade física ou jurídica, com aptidão a ser sujeito ativo ou passivo de direitos. (...)

PERSONALIDADE CIVIL. Exprime, tecnicamente, a qualidade de pessoa, já legalmente protegida, para que lhe sejam atribuídos os direitos e as obrigações, assinalados na própria lei. É a que decorre da existência natural ou jurídica. (...) Do sentido dessa proteção legal, deferida à pessoa, é que se geram os direitos da personalidade. (...) No homem, o nascimento é que determina sua personalidade civil, desde que nascido com vida⁷.

A personalidade é um conceito importante no presente estudo, pois a vida se inicia com a concepção, entretanto, é com o nascimento com vida que se adquire a personalidade civil, e é a partir da personalidade civil que a pessoa se torna sujeito de direitos e obrigações, passando a ser relevante para o direito.

O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, elaborado em 1899, dispunha que a personalidade civil do ser humano deveria começar com a concepção, entretanto esta ideia não foi tutelada pelo Código Civil de 1916 e nem pelo Código Civil de 2002.

2.3 LEGITIMIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO

O acesso à justiça é pressuposto fundamental da ordem política democrática, a qual pretende não apenas proclamar direitos, mas garanti-los.

E a prestação da tutela jurisdicional está relacionada à proteção dada pelo Poder Judiciário ao garantir à parte (no caso o nascituro) o que lhe é devido, no contexto da ordem jurídica.

Ao nascituro também deve ser assegurado este acesso à justiça e a prestação da tutela jurisdicional.

Maria Helena Diniz⁸ define nascituro como sendo:

[...] aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos

7 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999, p. 605.

8 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo, SP: Saraiva, 1998, v. 3, p. 334.

direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

A legitimidade processual será sempre da pessoa que vai nascer, representada pela mãe, ou por um curador, denominado de *curator ventris*. É importante frisar que o nascituro é titular de direitos da personalidade ou de direitos potenciais.

Em relação à representação do nascituro, Giseli Marques Bianchini⁹ observa que:

A representação, assim como nos casos dos menores impúberes, se dá, em regra, por seu representante legal. Ocorre, entretanto, que, em determinadas situações, os interesses do nascituro e de seus representantes podem conflitar. Diante desta situação o nascituro será representado por outrem. Neste sentido tem-se entendido que o mais apto para fazê-lo é o representante do órgão do Ministério Público. [...] Pode ocorrer ainda situações em que a gestante não seja detentora do poder familiar. Diante destas situações é possível nomear ao nascituro um curador para que aja em favor de seus interesses [...] art. 1779 do vigente Código Civil.

Diante do exposto, considerando que a partir da concepção tem-se vida, desde este momento inicial o ordenamento jurídico deve tutelar os direitos do nascituro, inclusive o direito de nascer, o direito à vida.

Entretanto, o nascituro será representado pela mãe ou curador na defesa de seus direitos. Será apresentado a seguir um caso pitoresco de uma pessoa que foi nomeada tutora dos embriões congelados na Argentina.

2.4 CURIOSIDADE: O TUTOR DE EMBRIÕES

Na Argentina, em novembro de 2004, ocorreu o primeiro caso na história do direito da tutela de embriões. A justiça nomeou a pessoa do professor doutor Ricardo David Rabinovich-Berkman¹⁰ como tutor especial de todos os embriões congelados da cidade de Buenos Aires, cerca de trinta mil embriões.

Entretanto, referido tutor declinou do *múnus* público por não contar com nenhum recurso público destinado a tal fim e sofrer dura oposição das clínicas e empresas envolvidas na fertilização *in vitro*, bem como pelo temor da prestação de contas ao estado argentino.

A solução apontada por Rabinovich-Berkman para esta controvérsia decorrente da tutela dos direitos dos embriões seria a adoção dos embriões congelados (não a doação) e a proibição e/ou restrição severa de congelamento para o futuro.

9 BIANCHINI, Giseli Marques, op. cit., 2011, p.100.

10 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. A tutela dos embriões humanos: a experiência argentina (história de um fracasso). *Revista Jurídica CESUMAR Mestrado*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 15-36, 2006.

Constata-se com este exemplo citado, que o problema maior está na ausência de normas jurídicas a fim de tutelar o direito fundamental dos embriões, que é o direito de nascer. Esta ausência de regulamentação/fiscalização propicia que as clínicas/empresas envolvidas com fertilização *in vitro*, visando o lucro, muitas vezes não primem pela ética ou pelos direitos dos embriões/nascituros indefesos.

Para reafirmar a ideia de proteção da vida, a seguir serão apresentados alguns conceitos de vida e teorias acerca do início da vida.

3 CONCEITO DE VIDA

Pode-se afirmar que a vida é o bem maior a ser tutelado, e dela decorre os demais direitos da personalidade (direito ao corpo, à integridade física para manutenção deste corpo, direito à imagem, ao nome e à integridade psíquica). Assim, a vida antecede a própria personalidade.

Em suma, sem vida humana não há direitos, nem os fundamentais, quanto mais os da personalidade.

Partindo desta premissa de imprescindibilidade da vida, serão apresentados alguns conceitos de vida:

3.1 ETIMOLOGIA

Etimologicamente vida significa:

VIDA. Do latim *vita*, de *vivere* (viver, existir), designa propriamente força interna substancial, que anima, ou dá ação própria aos seres organizados, relevando o estado de atividade dos mesmos seres. No sentido vulgar, (...) tempo que decorre do nascimento à morte. (...) A vida civil, no homem, inicia-se com o nascimento, extinguindo-se com a morte¹¹.

Pode-se dizer que a vida é condição do ser, é decorrente de uma autopoiese. “Autopoiese, ou ‘autocriação’, é um padrão de rede no qual a função de cada componente consiste em participar da produção ou da transformação dos outros componentes da rede. Dessa maneira, a rede, continuamente, cria a si mesma”¹².

3.2 CONCEITO FILOSÓFICO

Para a filosofia, a vida tem sentido amplo, ora fundado na razão ora fundado na metafísica, sempre buscando a compreensão, a razão e o sentido da existência humana.

11 SILVA, De Plácido e, op. cit., 1999, p. 865.

12 CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo, SP: Cultrix, 1996, p. 136.

Ao falar em conceito filosófico, é necessário mencionar dois grandes filósofos gregos que existiram: Platão e Aristóteles.

Platão¹³ ao discorrer sobre a vida ressalta a necessidade de se entender o sentido da alma, enquanto algo que existe e é divino. Para ele, vida é o conjunto do corpo e da alma, assim, a vida passa a existir a partir do momento em que a alma entra no corpo.

Para Aristóteles¹⁴, a vida é um elemento irracional da alma comum a todos os seres vivos, referindo-se à nutrição e ao crescimento, atribuindo-se aos embriões e aos recém-nascidos.

3.3 CONCEITO BIOQUÍMICO E BIOLÓGICO

Para a bioquímica, para que seja reconhecida a existência da vida é necessário que ocorram reações metabólicas visando a produção ou transformação de energia. Assim, a vida se justifica a partir do metabolismo, como fruto das reações, como produtor de energia em um sistema autopoiético, ou seja, um sistema que se recria nos seus próprios elementos.

Com relação à biologia não há unanimidade no momento do início da vida, logo também não há unanimidade em seu conceito.

Para os biólogos, em geral, vida é o fenômeno que anima a matéria.

Como doutrina Wanderlei de Paula Barreto¹⁵, “O conceito biológico é o conceito do mundo da realidade; o conceito jurídico é racional, fruto da vontade humana”.

3.4 CONCEITO JURÍDICO

O conceito jurídico de vida pode ser assim apresentado:

VIDA CIVIL. No sentido jurídico, a vida, denominada especialmente de civil, entende-se a soma de atividades que possa ser exercida pela pessoa, consoante preceitos e princípios, que se instituem nas leis vigentes. E nesta vida civil a pessoa tem a faculdade de todas as vantagens e prerrogativas, que lhe são atribuídas como cidadão e como ser humano. A vida civil, no homem, inicia-se com o nascimento, extinguindo-se com a morte¹⁶.

Conforme dispõe o art. 2º do Código Civil, para o direito, o início da vida juridicamente tutelado se dá com o nascimento com vida. E o Jurista Wanderlei de Paula Barreto indaga e responde em seu artigo¹⁷:

13 PLATÃO, Pedro. Traduzido por Alex Martins. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005, p. 82-83.

14 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo, SP: Martin Claret, 2006, p. 37.

15 BARRETO, Wanderlei da Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <<http://www.advocaciabarreto.com.br/arquivos/6B6wx5w511.doc>>. Acesso em 22 ago 2011.

16 SILVA, De Plácido e, op. cit., 1999, p. 865.

17 BARRETO, Wanderlei da Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <<http://www.advocaciabarreto.com.br/arquivos/6B6wx5w511.doc>>. Acesso em 22 ago. 2011.

O que significa nascer com vida? Resposta: separar-se do ventre materno, e sem depender do organismo da mãe”. E ele continua, “E aquele que nascer morto, o natimorto? Não é ‘ser’ humano? Ou foi e não é mais? Resposta: Segundo o texto legal (art. 2º, CC-2002), foi ‘ser’ humano, foi nascituro, mas não chegou a adquirir personalidade.

Segundo este raciocínio, o início da personalidade em nosso ordenamento jurídico se dá com o nascimento com vida, mas a lei assegura os direitos do nascituro (art. 2º do Código Civil), assegura também o direito à proteção à vida, mediante políticas públicas que assegurem o nascimento e condições dignas de existência (art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Logo, o nascituro no útero materno tem assegurado desde a sua concepção constitucional e infraconstitucionalmente o direito à vida, aqui entendido o direito de nascer.

E considerando que a personalidade só é adquirida com o nascimento com vida, fica aqui a ideia de uma reformulação da visão jurídica tradicional no conceito de personalidade.

Foi justamente esta questão que suscitou as inúmeras discussões na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIn n 3.510, que foi julgada improcedente para declarar constitucional a Lei da Biossegurança n. 11.105, de 24/03/2005, portanto, autorizando o estudo em células-tronco embrionárias; demonstrando-se com esta decisão, a valorização do nascido em detrimento daquele que está para nascer, ainda que haja vida, mas que ainda não é um sujeito de direito, pois não tem ainda personalidade.

4 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

O texto constitucional brasileiro (CF de 1988) não trata sobre o início da vida humana, deixando a questão sob a responsabilidade da doutrina, aí surgem diversas teorias a respeito, a seguir expostas.

4.1 TEORIA NATALISTA

Também é chamada de teoria filosófica. É a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a qual defende que o início da vida se dá no momento que o indivíduo nasce e se torna independente de sua mãe. A base desta teoria está no fato de que a vida só terá existido se o feto tiver respirado após o nascimento, o qual poderá ser comprovado mediante perícia técnica (exame de docimasia hidrostática de Galeno).

Segundo esta teoria, o embrião não seria pessoa, não teria personalidade, teria apenas expectativas de direitos.

4.2 TEORIA CONCEPCIONISTA

Também é chamada de teoria da cariogamia.

Esta teoria defende que o início da vida se dá com a concepção (evento cariogâmico), ou seja, com a penetração do espermatozoide no citoplasma do óvulo, pois neste momento se dá origem a um novo ser com identidade genética completa, que é o zigoto. Vale ressaltar que cada uma das células germinativas (óvulo e espermatozoide), após unidas, formam o zigoto e perdem suas características individuais de duas metades e se transforma em uma unidade, que segundo nosso ordenamento jurídico será sujeito de direito após o nascimento com vida.

O catolicismo adota esta teoria, daí a posição contrária ao aborto, pois considera que a vida humana tem início no momento da fecundação, logo eliminar um embrião/feto, é eliminar um ser humano.

Os adeptos desta teoria defendem a ideia de atribuição de personalidade incondicional desde a concepção, daí a personalidade do nascituro, ao contrário do que é hoje, seria plena, as suas capacidades e legitimações é que seriam limitadas ou parciais, dependendo de representação da mãe/tutor.

Ressalta-se que vários direitos do nascituro não são condicionados ao nascimento com vida, e aos tê-los, o nascituro os recebe como se pessoa fosse e não como expectativa de pessoa, como por exemplo os alimentos pré-natais ou gravídicos, o reconhecimento à filiação, à vida, à integridade física.

Pode-se citar outro exemplo jurídico que demonstra que o nascituro tem personalidade civil, que é quando o legislador disciplinou o crime de aborto no Título I do Código Penal: Dos Crimes contra a Pessoa - artigos 124 *usque* 128.

4.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Segundo esta teoria, a aquisição da personalidade se daria na concepção, porém não de forma completa e definitiva, mas condicionada ao nascimento com vida (condição suspensiva), assim, para o nascituro não haveria apenas expectativa de direitos, mas sim direitos adquiridos que seriam extinguidos pelo implemento da condição de nascer morto.

Assim, o curador ou representante legal representará o nascituro, a fim de garantir-lhe os direitos assegurados eventualmente.

4.4 TEORIA DO EMBRIÃO COMO PESSOA EM POTENCIAL

Esta teoria chamada também de teoria embriológica tem seu fundamento na defesa do argumento de que o conceito só adquire vida no décimo quarto dia da gestação, que segundo esta teoria, é quando aparece a linha primitiva no zigoto e a partir daí seria possível determinar a individualidade humana. Outra justificativa desta teoria é que até o décimo quarto dia é possível ao zigoto dar origem a dois ou mais indivíduos, assim,

só após este período (de quatorze dias) é que estaria definida a vida e a individualidade naquele novo ser.

4.5 TEORIA GENÉTICO-DESENVOLVIMENTISTA

Também chamada de teoria neurológica. Esta teoria teve seu debate acirrado em relação à fertilização *in vitro*, pois segundo a mesma, o embrião segue um processo cronológico de desenvolvimento, ao contrário da teoria concepcionista, que defende que a vida se inicia no momento único da fecundação, ou da teoria natalista, cujo momento único de surgimento da vida seria o nascimento.

De acordo com esta teoria, desde a concepção há uma forma de vida pela própria natureza, mas não uma pessoa com dignidade inerente a ela, o que possibilitaria a manipulação do embrião para fins terapêuticos, sem violar a dignidade da pessoa humana e o patrimônio coletivo genético da humanidade.

A respeito do desenvolvimento neurológico, no contexto desta teoria, não há consenso do momento exato que a vida e a dignidade da pessoa humana passaria a ser merecedora da tutela do ordenamento jurídico, conforme segue.

Impera o dissenso nessa comunidade genético-desenvolvimentista, a respeito do surgimento da vida humana:

- A) Para o Relatório Warnock (1984), até o 14^o dia, ter-se-ia o pré-embrião, mero complexo de células, embora humanas, mas que não passaria de simples material genético, em princípio descartável, sem maiores consequências; não haveria, ainda, vida;
- B) Para outros biólogos, até a fusão dos dois pronúcleos ter-se-ia pré-embrião. Seria o embrião somente aquele ser já com aparência humana e órgãos definidos;
- C) Corrente diversa entende que a caracterização humana sucederia no 18^o dia, com o surgimento da placa neural, que possibilitaria o controle da sensibilidade à dor;
- D) Segundo a “teoria da configuração dos órgãos”, a atribuição humana viria a partir do atingimento da forma humana;
- E) Registra-se, também, a Teoria da formação do sistema nervoso e da funcionalidade do cérebro;
- F) Finalmente, a Teoria da viabilidade, que pressupõe aquisição de natureza humana e maturidade para viver fora do útero¹⁸.

A tese da constitucionalidade do art. 5^o da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) traz intrinsecamente a defesa da teoria genético-desenvolvimentista, pois defende que o embrião não passaria para o estágio do feto, não atingindo assim a dimensão de pessoa humana, contrariamente à tutela constitucional (art. 5^o, *caput* da Constituição Federal), a qual preconiza a inviolabilidade do direito à vida.

18 BARRETO, Wanderlei da Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural.**

Disponível em: <<http://www.advocaciabarreto.com.br/arquivos/6B6wx5w511.doc>>. Acesso em 22 ago 2011

5 A TEORIA DO INÍCIO DA VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Considerando o disposto no art. 2º do Código Civil que a “personalidade da pessoa começa com o nascimento com vida”, o que refletiria a teoria natalista, a continuação do referido artigo normativo “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, conclui-se que a teoria realmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi a teoria da personalidade condicional, pois ao tutelar os direitos do nascituro, colocou-o na posição de sujeito de direito em potencial, ou seja, há uma expectativa de direito, que se confirmará com a condição suspensiva do evento nascimento com vida.

O Jurista Wanderlei de Paula Barreto defende que a teoria mais coerente sobre o início da vida é a teoria da personalidade condicional suspensiva e personalidade condicional resolutiva, ou seja, a pessoa adquire a personalidade a partir da fecundação/concepção, assim, já é sujeito de direitos, porém, perde a personalidade/capacidade de direito caso haja o surgimento do evento morte.

De fato, não faria sentido desprezar a vida que já existe desde a concepção para considerá-la apenas após o nascimento, principalmente considerando-se a situação do nascituro frente aos problemas ligados ao biodireito e às evoluções tecnológicas.

Em suma, independentemente da teoria adotada, há um consenso: o nascituro é ser vivo e tem direitos desde a concepção. Pela teoria natalista estes direitos do nascituro se dão na forma de expectativa tutelável; na teoria da personalidade condicionada, a tutela dos direitos do nascituro se dá na forma suspensiva e pela teoria concepcionista se dá de forma plena.

Para reafirmar a importância da vida será apresentado a seguir o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida.

6 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O direito à vida insere-se dentre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, juntamente com o direito à liberdade, à segurança, à intimidade, à vida privada, à imagem, aos direitos autorais, à reprodução da voz, à imagem.

O Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal - STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – Distrito Federal, requerida pelo Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fontele, tendo por alvo o art. 5º, da Lei n 11.105 – Lei de Biossegurança, de 24/03/2005, independentemente do teor do texto da lei, diz que “... a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional e em que medida”.

E, no julgamento desta ADIN pelo STF priorizou-se a vida após o nascimento e antes da morte, quando o indivíduo tem o gozo da plenitude de seus direitos, até

em razão da aquisição da personalidade, e entendeu-se que a lei deveria dispensar-lhe importância e garantir seus direitos.

Assim, considerou-se a dignidade da pessoa já nascida, em detrimento do nascituro. Isto não significa que não exista vida antes do nascimento, mas, simplesmente, que o reconhecimento jurídico se dá somente após o nascimento.

Neste sentido também se deu a proteção constitucional, a inviolabilidade de que trata o art. 5º é exclusivamente em relação a um indivíduo já nascido, se assim não o fosse, o artigo 5º da Lei de Biossegurança teria sido julgado inconstitucional e não o foi.

Aliás, esta proteção do ser nascido em detrimento do ser que está por nascer não é inovação desta decisão do Supremo Tribunal Federal, este entendimento já foi adotado no Código Penal de 1940, em seu art. 128, ao apresentar como excludente de antijuridicidade o aborto praticado por enfermidade que ponha em risco a vida da mãe, bem como o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Então, como se justificaria a proteção infraconstitucional que a lei confere ao nascituro, por exemplo, no art. 2º do Código Civil de 2002 e no art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual assegura políticas públicas que propiciam o nascimento e condições dignas de existência? O Relator Carlos Ayres Brito justifica que esta proteção decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), que segundo ele seria um princípio tão importante que admitiria desdobramento, para proteger um processo que desaguará em um indivíduo-pessoa, pois o ciclo biológico do embrião/feto que culminará em um indivíduo justifica a sua tutela jurídica. Só que esta proteção seria limitada ao embrião/feto no ventre materno e não o embrião *in vitro*, que careceria da perspectiva de atingir o nascimento.

Quando se admite a condição de pessoa humana do nascituro, ao reconhecer que o embrião no ventre materno ou *in vitro* é vida humana, exige-se o compromisso com a tutela dos valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito, como direito à vida, à saúde, o respeito à dignidade da pessoa humana... Aí estes valores, expressos na Constituição Federal de 1988 é que legitimam a atuação de acordo com o ordenamento jurídico, bem como o surgimento de novas leis, baseadas nos princípios e valores da Lei Maior – Constituição Federal.

Como o Brasil adotou em seu art. 1º, inciso III, da Constituição Federal a dignidade da pessoa como valor fundante da República, e considerando o embrião/feto/nascituro pessoa humana, há de ser preservada também a sua dignidade e seus direitos exigem ser tutelados. Assim, na discussão em torno dos embriões excedentes, não fecundados, a solução que não faça opção pela vida deve ser descartada, pois há de ser defendido o direito de nascer do embrião/feto/nascituro.

Eduardo de Oliveira Leite¹⁹ afirma que o direito à vida, portanto, o direito de nascer e o direito à integridade física é do embrião, do nascituro, e não da mãe.

19 LEITE, Eduardo Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 1, n. 1, 1987, p. 46-47.

Ao se analisar a disposição contida no art. 2º do Código Civil que dispõe que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, não há afirmação que a vida se inicia com o nascimento, mas sim que o ordenamento jurídico tutela a vida a partir de então, ou seja, isto é uma convenção jurídica.

Assim, considerando que o ordenamento jurídico deve adaptar-se à realidade sócio-econômica-cultural, acompanhando a evolução da sociedade, sob pena de tornar-se obsoleto e ineficaz, a proposta deste presente trabalho é que haja uma revisão e reformulação do conceito tradicional de personalidade, para que esta seja considerada não somente após o nascimento com vida, mas sim a partir do momento do início da vida, que se dá com a fecundação, quando duas células unidas formam um novo ser, com toda a carga genética definida, garantindo-se assim o direito de nascer.

7 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE QUE O BRASIL É SIGNATÁRIO EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA

No âmbito do direito interno, a Constituição Federal de 1988, que é um marco jurídico no processo de transição democrática e instituição dos direitos humanos no Brasil, dispõe em seu art. 5º, *caput*, a tutela do direito à vida, assim como a legislação infraconstitucional (Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, etc).

Também a Convenção sobre o Direito das Crianças, instituída pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, trata da proteção à criança e o direito à vida. Esta Convenção sobre direitos das crianças define criança como todos humanos menores de dezoito anos²⁰. Em seu art. 6º, assim dispõe: “Os Estados partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida”.

Como a Convenção considera criança todo menor de dezoito anos e de acordo com o dispositivo legal supracitado reconhece que toda criança tem o direito inerente à vida, logo, conclui-se que a proteção inclui fetos/embriões.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, instituído pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 2º, considera criança a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente entre doze e vinte e um anos²¹.

Em seu art. 3º, o ECA tutela os direitos da criança e do adolescente²². Entretanto, garante também a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento da criança (art. 7º ECA).

20 Art. 1º. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

21 Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade.

22 Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em tempos remotos a proteção a esse bem jurídico maior – a vida, dava-se nos limites do território de cada país, hoje, diante da globalização, da velocidade de propagação da informação, da tecnologia que interliga os povos... o Direito Internacional preocupa-se com a tutela internacional de determinados bens jurídicos de alta relevância, como é o caso do direito à vida.

Com as atrocidades ocorridas na 2ª Guerra Mundial, sob a tutela dos atos estatais, e em reposta ao autoritarismo/totalitarismo, houve a necessidade de ampliar a tutela dos direitos inerentes à existência humana, incluindo aí o direito à vida.

A Organização das Nações Unidas – ONU, em substituição à Liga das Nações, teve a função de promover os Direitos Humanos, bem como os mecanismos de efetivá-los e para atingir estes objetivos buscou-se estabelecer uma ordem jurídica internacional através de pactos, acordos, tratados internacionais, transformando assim os direitos humanos de nacionais em responsabilidade internacional.

Vale ressaltar o conceito de tratado internacional²³:

De acordo com o art. 2º, inciso I, letra a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, tratado internacional significa um acordo internacional, celebrado por escrito entre Estados, regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Flávia Piovesan assevera a respeito da violação do tratado²⁴:

De todo modo, considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica, portanto, reponsabilização internacional do Estado violador.

Quanto à posição jurídica dos tratados no direito interno brasileiro, dispõe o art. 5º, § 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federal do Brasil seja parte”.

Assim, a Constituição Federal de 1988 incluiu no rol dos direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, desta forma, confere valor jurídico de norma constitucional aos direitos tutelados em tratados internacionais.

23 TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional**: público, privado e dos direitos humanos. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 109.

24 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 19 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2009, p. 50-51.

Flávia Piovesan²⁵ acrescenta que “Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do artigo 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta”.

Vale dizer que por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, os tratados de direitos humanos são constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade, tendo o § 3º introduzido o quorum qualificado (em decorrência da EC 45/2004).

Desta forma, os tratados de direitos humanos são Emendas à Constituição.

Os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, b, da Constituição Federal.

Outrossim, os direitos tutelados nos tratados internacionais, assim como os direitos e garantias individuais da Constituição Federal constituem cláusulas pétreas e não podem ser abolidos por meio de Emenda à Constituição, conforme art. 60, § 4º, da Constituição.

Giseli Marques Bianchini²⁶ conclui que:

Diversas normas e tratados versam sobre os direitos fundamentais do nascituro e suas respectivas tutelas. Dentre eles é possível citar a Declaração dos Direitos da Criança (ONU) que proclama que “toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes como após o seu nascimento”. (Preâmbulo e art. 1, de 20.11.1959); o Código Internacional de Ética Médica, que assim define a atuação do médico: O médico deve ter sempre a obrigação de preservar a vida humana; a Declaração de Genebra, pela Associação Médica Mundial, em 1948, reiterada em Sidney em 1968 e confirmada em Veneza, em 1938, determina que “o médico deve manter o mais alto respeito pela vida humana, desde a sua concepção”; a Declaração dos Direitos dos Deficientes (ONU) que estabelece que os deficientes têm os mesmos direitos civis e políticos dos demais seres humanos (Artigos 3 e 4 da Resolução 3.447 de 9.12.75).

O respeito do direito à vida, inclusive em relação aos direitos do nascituro são tutelados no ordenamento jurídico interno e também internacionalmente. A seguir serão citados alguns tratados e convenções internacionais que o Brasil é signatário na questão do respeito à vida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10/12/1948, representou um marco importante na história da humanidade. Norberto Bobbio²⁷ assim resumiu a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

25 PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2009, p. 55.

26 BIANCHINI, Giseli Marques, op. cit., 2011, p. 74.

27 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992, p. 28.

Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal apresenta um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado.

E dada a sua importância, não poderia deixar de contemplar e tutelar o bem jurídico maior, que é a vida, e assim o fez em seu artigo III, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, entrando em vigor somente em 1976, quando atingiu um número mínimo de ratificações dos países para dar início a seus efeitos. Este pacto foi aprovado pelo Brasil em 12/12/1991, sendo uma de suas previsões o direito à vida.

Dispõe seu artigo 24:

1. Toda criança, terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.
2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.
3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

A respeito, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli²⁸ afirmam que “o fato de que as crianças não desfrutam de plena capacidade jurídica para atuar, e que tenham assim que exercer seus direitos por meio de outras pessoas, não lhes priva de sua condição jurídica de sujeitos de direito”.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, pode ser considerado o instrumento mais importante do sistema americano de proteção aos direitos humanos. Foi adotado em 1969, entrando em vigor somente em 18/07/1978, quando houve o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação.

O Pacto de São José da Costa Rica, que é um tratado internacional sobre direito fundamental, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como norma

28 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, RJ: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

constitucional, dispõe em seu artigo 4º, *caput*: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Percebe-se que a proteção legal dada pela Convenção Americana tem início com a concepção, ao prever: “[...] em regra, desde o momento da concepção”.

O art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece ainda que: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

Entende-se aqui criança todo ser humano menor de dezoito anos, inclusive o nascituro.

Para apurar os crimes contra a vida, quando for insuficiente o Poder Judicial nacional, criou-se em Roma, em 17/07/1998 o Tribunal Penal Internacional, também chamado Corte Penal Internacional, com sede em Haia, na Holanda, de caráter permanente, que busca concretizar os preceitos firmados pelos pactos, tratados e convenções internacionais.

Vale ressaltar que o Tribunal Penal Internacional tem a incumbência de julgar os indivíduos e não os Estados, tarefa esta que cabe ao Tribunal Internacional de Justiça.

A competência do Tribunal Penal Internacional é para julgar os responsáveis por crimes de guerra, genocídios e crimes contra a humanidade quando os tribunais nacionais não puderem ou não quiserem processar seus criminosos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio do presente trabalho pôde-se constatar que a vida, que é o maior bem jurídico a ser tutelado, antecede o próprio direito. Assim, considerando o embrião/feto/nascituro como portador da vida em potencial, e, portanto, portador de dignidade, deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico o direito de nascer.

Assim, a tutela dos direitos do nascituro é de suma importância, pois se ocupa da vida, que é o bem maior a ser tutelado, em sua fase inicial.

Para que seja possível a maximização da tutela do direito de nascer, a proposta do presente trabalho é que haja uma reformulação do conceito de personalidade, para que esta (personalidade) seja considerada desde o início da vida, na fecundação e não somente após o nascimento, e para tanto deve haver alteração no art. 2º do Código Civil, a fim de tutelar expressamente o nascituro desde a concepção, de forma a harmonizar referido texto legal ao ordenamento jurídico como um todo.

Ressalta-se aqui que a tutela é do direito de nascer, não necessariamente do direito à vida, caso não haja viabilidade/possibilidade da vida após o nascimento, mas independentemente da possibilidade ou não do direito à vida após o nascimento, houve a tutela do direito da personalidade, consistente no direito de nascer.

Constatou-se também pelo presente trabalho que a proteção do direito à vida tem extrapolado os limites territoriais dos países, para integrar um sistema globalizado com o advento de tratados, convenções...

Neste sentido foram mencionados diplomas legais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, etc, em que o nascituro figura como pessoa, e, portanto, titular de direitos, os quais devem ser tutelados.

Entretanto, a fim de se tutelar direitos de altíssimo valor, como é o caso do direito à vida, seria interessante que, assim como há o Tribunal Penal Internacional, surgisse também um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, com poder de proferir decisões com força jurídica vinculante e obrigatória aos Estados violadores, de modo que os bens jurídicos imprescindíveis como a vida tivessem uma ampla tutela.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Traduzido por Pietro Nassetti. São Paulo, SP: Martin Claret, 2006.

BARRETO, Wanderlei da Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. (Palestra). In: www.advocaciabarreto.com.br/arquivos/6B6wx5w511.doc. Acesso em 22/08/2011.

BARRETO, Wanderlei da Paula et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 107.

BIANCHINI, Giseli Marques. **A tutela jurisdicional da personalidade jurídica do nascituro: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Toledo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Araçatuba, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichenberg, São Paulo, SP: Cultrix, 1996.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004, p. 71-75.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo, SP: Saraiva, 1998. v. 3.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, Eduardo Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 1, n. 1, 1987.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo, SP: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

PLATÃO, Pedro. Traduzido por Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **A tutela dos embriões humanos: a experiência argentina (história de um fracasso)**. *Revista Jurídica CESUMAR Mestrado*, v. 6, n. 1, p. 15-36, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional: público, privado e dos direitos humanos**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

VOTO do Ministro Carlos Ayres Britto No Julgamento da ADI 3.510-0 (Lei de Biossegurança).

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2011.

Recebido em: 19 outubro 2012

Aceito em: 22 outubro 2012