

A PROTEÇÃO DO NASCITURO FACE À POLÊMICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

MARIA FERNANDA LACERDA DIAS

Acadêmica do 5º ano do Curso de Direito do Instituto Vianna Júnior

RESUMO: O presente trabalho estuda a proteção do nascituro, detendo-se, mais especificamente, sobre a polêmica questão acerca do destino dos embriões excedentes, tendo em vista que esse é um dos maiores dilemas ético-jurídicos da reprodução assistida. Estuda o que vem a ser realmente a figura do nascituro, sua definição, o início de sua personalidade jurídica, abordando-se as teorias existentes a esse respeito, os seus direitos, para, diante dessas considerações, demonstrar a importância da sua proteção.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO CIVIL – NASCITURO – PROTEÇÃO – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – EMBRIÕES EXCEDENTES.

INTRODUÇÃO

- A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS LIMITES JURÍDICOS

1.1 A Reprodução Humana Assistida

1.2 Análise da Questão no Ordenamento Jurídico Brasileiro

1.3 A Biogenética e o Biodireito⁵

2 - A CONTROVERTIDA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 - A Personalidade Jurídica do Nascituro

2.2 As Teorias Existentes Acerca da Personalidade Jurídica do Nascituro

2.3 - As Escolas Concepcionista e Natalista na Reprodução Humana Assistida e em Relação ao Destino dos Embriões Excedentes

3 - A PROTEÇÃO LEGAL DO NASCITURO

3.1 Os Direitos do Nascituro

3.2 Legislações que Garantem os Direitos do Nascituro

3.3 A Capacidade de Direito do Nascituro

4 - O DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

4.1 A Eliminação dos Embriões Excedentes

4.2 Intervenções Científicas em Embriões Excedentes

4.3 Considerações Finais/ Sugestões Doutrinárias

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar a relevância da proteção do nascituro, partindo da análise de sua personalidade jurídica, seguido da defesa de que o mesmo é um ser possuidor de personalidade jurídica, adotando-se a teoria concepcionista, para, dessa forma, propor a proteção da pessoa desde a sua concepção. Pretende-se verificar como a questão é tratada no direito brasileiro, comparando-a com a de outros países.

Como desdobramento do objetivo geral, o objetivo específico irá levantar uma questão polêmica e atual a respeito do tema, que será o destino dos embriões excedentes. A partir dessa problemática, será conveniente elaborar uma proposta de entendimento e argumentação acerca desta, tendo como auxílio doutrinadores que analisam e discorrem sobre o assunto.

Na tentativa de se desenvolver o estudo, faz-se necessária a análise da proteção do nascituro no Direito Civil Brasileiro, através da leitura de doutrinadores que discorrem sobre o tema, como Maria Helena Diniz e Silmara Juny de Abreu Chinelato, bem como a consulta à Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil, Código Penal e às leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90). Também será interessante mencionar as legislações de outros países, no que diz respeito ao referido tema, e demonstrar a necessidade da edição de normas especiais brasileiras para a tutela dos embriões excedentes, assim como já existem em outros países.

Esta pesquisa tem sua importância justificada na ausência de conclusões jurídicas definitivas acerca do destino a ser dado aos embriões excedentes, em que pesem os efeitos concretos e diretos sobre a vida humana, familiar e, conseqüentemente, social. A partir do momento em que se discute, para efeitos jurídicos, o termo inicial do direito do nascituro a ter personalidade jurídica, já desponta evidente a relevância do tema abordado. Cresce de importância, ainda mais, quando o tema se dirige ao próprio direito à vida do nascituro, quando fadado à categoria de embrião excedente.

O presente estudo parte da premissa, a ser demonstrada, que a proteção inicia-se desde a concepção ou fecundação do embrião, e não somente após o nascimento com vida, objetivando-se uma ampla proteção do nascituro, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente diante dos avanços científicos atuais experimentados na Biologia, e principalmente, na Engenharia Genética.

Assim, esta pesquisa defenderá a ampla proteção do nascituro, desde quando ele é concebido, não importando a forma como isso aconteceu, se por métodos naturais ou em laboratório.

Trata-se, como se vê, de um tema polêmico, instigante e atual, que traz à tona a necessidade de maiores e mais aprofundados questionamentos.

1 - A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS LIMITES JURÍDICOS

A reprodução humana assistida já não mais diz respeito apenas à deontologia médica. Diz respeito também ao Direito, uma vez que traz grandes implicações a essa área e, mais especificamente, em relação ao tema em questão, “o nascituro”. Há uma necessidade de profunda reflexão, pois as técnicas de reprodução assistida acarretam seríssimas questões ético-jurídicas, dentre as quais será trabalhado nesta pesquisa o destino dos embriões excedentes. Primeiramente, será esclarecido o que é a reprodução assistida, as suas técnicas e os seus desdobramentos jurídicos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1.1 A Reprodução Humana Assistida

A reprodução humana assistida constitui uma das alternativas que o casal tem quando não pode procriar naturalmente. Assim, um grande número de mulheres que não tinham esperanças de serem mães, por serem estéreis, homossexuais, estarem em pós-menopausa, casadas com homens também estéreis ou, até mesmo, por não desejarem repartir o carinho de seus filhos com um pai conhecido, passaram a recorrer aos diversos métodos científicos da reprodução humana assistida.

As principais técnicas de reprodução humana medicamente assistida são: Inseminação Artificial com esperma do cônjuge (IAC), com esperma de um doador (IAD); FIVETE: fecundação *in vitro* com transferência de embrião, homóloga quando o espermatozóide é do marido, e heteróloga quando o espermatozóide é de um terceiro; e GIFT (Gametas intra Fallopian Transfert), na qual óvulos e espermatozóides são diretamente depositados na Trompa de Falópios, onde se faz normalmente a fecundação natural. A inseminação ou fertilização *in vitro post mortem*, é aquela feita em uma mulher com o esperma de um homem falecido.¹

A fertilização *in vitro* é a fecundação de um óvulo em laboratório. A fusão dos gametas masculino e feminino, que dão origem ao óvulo fecundado, ocorre extracorporeamente. O óvulo é retirado da mulher e o sêmen do homem é coletado, colocando-os em tubo de proveta. Após a fecundação, que é provocada artificialmente, o óvulo fecundado, já embrião, é transportado para a mulher, quando se espera que se dê a nidação, que é a fixação desse óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina), onde passará a se desenvolver a gestação, que nem sempre ocorre.

Já na inseminação artificial o óvulo da mulher não é retirado. O sêmen masculino após coletado, é introduzido artificialmente para que se dê a

¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** – atualizado conforme o novo Código Civil. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p.452,453.

fecundação dentro do organismo da mulher, isto é, a fecundação se dá intracorporeamente.

1.2 Análise da questão no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Inúmeras e importantes inovações relacionadas à reprodução assistida estão acontecendo no campo do Direito, assim é que nosso Ordenamento Jurídico através do novo Código Civil regulamenta a reprodução assistida nos incisos III, IV e V do art. 1.597. A redação do referido dispositivo é a seguinte: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Como já visto, a reprodução assistida é indicada para tratamento do problema de esterilidade de casais, e hoje, com o novo Código Civil em vigor, constitui um direito legitimamente regulado.

Existiram também alguns projetos de lei sobre reprodução assistida com preocupação de caráter penal. Um deles foi o Projeto de Lei nº 809, de 17 de maio de 1991, o qual proibia a barriga de aluguel. A este projeto foi apensado o Projeto de Lei nº 1.645, de 17 de setembro de 1991, o qual tipificava como crime a cessão de útero para fins de inseminação artificial, imputando a pena de reclusão de dois a cinco anos no caso de barriga de aluguel. Estes dois projetos de lei foram arquivados em 2 de fevereiro de 1995.

Posteriormente, surgiu o Projeto de Lei nº 3.638, de 29 de setembro de 1993, que contém normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida e aguarda na Comissão de Constituição e de Justiça e de Redação prazo para apresentação de emendas.

Outro projeto que versa sobre a matéria é o Projeto de Lei nº 2.855, de 13 de março de 1997 ao qual foi apensado o Projeto de Lei nº 4.665, de 2001.

Todos estes projetos de lei são da Câmara dos Deputados, existindo também um projeto de lei originário do Senado Federal, o PL nº 90, de 1999, que atualmente se encontra mais adiantado. Este projeto é constituído de quarenta e três artigos, os quais se encontram divididos pelos seguintes títulos: I – Dos Princípios Gerais; II – Do Consentimento Livre e Esclarecido; III – Dos Estabelecimentos e Profissionais que Realizam a Procriação Medicamente Assistida; IV – Das Doações; V – Dos Gametas e Embriões; VI – Da Filiação; VII – Dos crimes; VIII – Das Disposições Finais.

O instinto de reprodução de um casal é legítimo, e quando este instinto almejado não é alcançado naturalmente a ciência interfere com a reprodução assistida para suprir este desejo legítimo do casal. Neste início de século, a ciência tem uma forte influência nos mais diversos campos, motivo pelo qual o Direito precisa acompanhar esta evolução, que constitui realidade incontestável no campo da reprodução humana.

Assim, sendo a reprodução assistida uma das alternativas que o casal tem quando não pode procriar naturalmente, destaca-se, no entanto, o fato de que a evolução da genética, especificamente no campo da reprodução assistida, suscita problemas que nos induzem a procurar respostas no campo do Direito.²

Um dos problemas ocorre em virtude dos casais, que tentando a paternidade através das técnicas de reprodução assistida, normalmente produzem vários embriões, sendo um número deles congelado para futuras tentativas, se desejável e necessário. Mas a questão é se esses embriões não forem desejados, nem mais necessários, que destino dar a eles?

1.3 A Biogenética e o Biodireito

Finalmente, cumpre esclarecer que a reprodução humana assistida é uma matéria pertencente à biogenética. Esta pode ser conceituada como a ciência que estuda a evolução dos seres vivos, tendo como princípio o fato de que todo ser vivo é gerado e provém de outro ser vivo. Sendo que o segundo ser vivo herda do primeiro características próprias e singulares diversas de outros seres não provindos do mesmo genoma. Assim, pode-se dizer que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* – que são técnicas de reprodução humana capazes inclusive de melhoramento da espécie, com a prática nem sempre ética e recomendável da eugenia – pertencem ao domínio da biogenética.³

É notório observar que o biodireito, como consequência da biogenética, é um novo seguimento de conhecimento jurídico que tem a vida por objeto principal. O biodireito surgiu em razão das inovações da tecnologia, afinal é necessário que se trace limites a esses avanços. Ressalte-se ainda, que o respeito à vida e à dignidade deve ser o paradigma do biodireito, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito.⁴

Dessa forma, com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a biogenética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. Tais ciências andam necessariamente juntas com os direitos humanos, e devem preservar e proteger os direitos das pessoas e especialmente do nascituro. Afinal, as práticas das “ciências da vida”, que podem trazer enormes benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade.

² SAUWEN, Regina e HRYNIEWICZ, Severo, **O Direito in vitro**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1997, p.47.

³ DINIZ, op.cit.p.7-8.

⁴ Ibid,p.10.

2 - A CONTROVERTIDA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 - A Personalidade Jurídica do Nascituro

Atualmente, a mera circunstância de existir confere ao homem possibilidade de ser titular de direitos e, a isso, é dado o nome de “personalidade”. Ademais, o direito reconhece os atributos da personalidade com o sentido de universalidade, afirmando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, da Constituição), sem qualquer distinção de idade, condição social, etc.

Diz Caio Mário da Silva Pereira que:

“como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que todo o homem é dotado de personalidade”⁵.

Mas, afinal, qual seria o significado de nascituro e pessoa? E o que vem a ser personalidade?

É relevante ressaltar que etimologicamente, nascituro significa o que ou aquele que há de nascer, ou seja, o feto durante a gestação. Todavia, decorrente do grande avanço experimentado na Biologia e, principalmente na Engenharia Genética, hoje o conceito de nascituro tornou-se mais técnico, englobando não somente o feto, mas o embrião e, para muitos, o próprio zigoto. Tal entendimento não é pacífico na doutrina, porém nessa pesquisa o termo nascituro abrangerá o feto e o embrião.

Afinal, entende-se por conceito o ser humano no período da vida que vai desde o seu início, na concepção, até o nascimento, assim como também o termo nascituro – aquele que há de nascer; gerado, mas ainda não nascido. Usa-se o termo embrião para designar o nascituro durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente.⁶

Cumpra esclarecer que as designações de “mórula” e “blastocisto” referem-se as fases iniciais do embrião, e a palavra “ovo” ou “zigoto” identifica os primeiros estágios de vida, a partir da célula inicial resultante da fusão dos gametas. Cabe destacar que o desenvolvimento do nascituro em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto – representa

5 SILVA, Caio Mário Pereira. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. V., p.198.

6 BRANDÃO, Dornival da Silva. **A vida dos Direitos Humanos**: Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 493-495.

apenas um “continuum” do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança à adolescente, e de adolescente as adulto.

Diante das novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, surgiu o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida teria início, naturalmente com a concepção no ventre materno. Assim sendo, na fecundação em proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que inicia a vida, alguns defendem que seria a nidação do zigoto ou ovo que a garantiria; logo para alguns autores, o nascituro só seria “pessoa” quando o ovo fecundado fosse implantado no útero materno, sob a condição de nascer com vida. Para essa corrente o embrião humano não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com carga genética própria.

É adepta desse raciocínio a professora Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, eis que segundo ela, nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz⁷.

Na concepção da supracitada mestra, o nascituro surge com o fenômeno da nidação, ou seja, da fixação do ovo na parede do útero materno. Com isso, sua viabilidade estaria garantida, num estágio de sobrevida, valendo salientar que este posicionamento não confere ao embrião fertilizado *in vitro*, mas ainda não implantado no organismo materno caráter de nascituro.

Entretanto, não concordo com este raciocínio, afinal os mais recentes dados da biologia têm confirmado o posicionamento de demonstrar que, com a penetração do óvulo pelo espermatozóide, surge a viabilidade de uma nova vida, distinta da daqueles que lhe deram origem, pois o embrião, a partir desse momento, passa a ser titular de um patrimônio genético único.

Deve-se levar em conta que há uma vida desde a concepção. O nascituro não é um protoplasma, um ser humano parcial ou potencialmente, mas uma vida humana completa, perfeita, existente.

Há uma identidade entre o nascituro e o ser humano, tendo em vista que o embrião já contém o genótipo DNA que determina o desenvolvimento físico e psíquico do ser daí por diante. Mas também, e sobretudo, o embrião já pode afirmar-se como início da cadeia espaço-temporal que é um corpo, um ser humano. A vida não se poderia tornar humana depois do nascimento se não fosse já antes e desde a concepção.

Jérôme Leeune⁸, professor de genética fundamental, mundialmente reconhecido por seus estudos de genética humana, observou: “Cada ser

⁷ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direitos da personalidade do nascituro**. *Revista dos Advogados*. São Paulo, n. 38, dez. 1992, p. 21-30.

⁸MESTIERI, João. **Embriões**. *Revista Consulex*. Brasília, v. 1, n. 32, ago/1999, p. 43.

humano tem um começo único, que ocorre no momento da concepção”, segundo ele, desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores para transformá-lo num ser humano já estão presentes. Assim, logo após a fertilização, um pequeno ser humano já existe. No momento em que é concebido, aquele pequeno ser já é uma pessoa.

Embora a vida se inicie com a fecundação e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendo que, na verdade, o começo da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo que fora do corpo da mulher. Em virtude disso, é que almejo neste trabalho repudiar as técnicas de fecundação *in vitro* que impliquem a perda de óvulos fecundados, por considerar que há um sacrifício do ser humano viável, colocadas sob a proteção da norma constitucional.

Mas voltando para o conceito de nascituro, nas palavras do professor Rubens Limongi França, observa-se sua defesa em favor deste ente, quando sustenta:

*O nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e, também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.*⁹

Dessa forma, cabe observar que um recém-nascido nada mais é que um nascituro que mudou de lugar e se adaptou a este, passando a respirar.

A vida de relação já existia no ventre da mãe, com a mesma ou talvez com mais intensidade do que nos primeiros dias de vida.

Vistos os conceitos sobre o que vem a ser nascituro, continua-se a investigação, encontrando-se o significado da palavra *pessoa*, cuja origem semântica remonta ao período da Lei das XII Tábuas, uma vez que o vocábulo deriva do latim *per + sonare = ressoar, fazer eco*. Com efeito, *persona* era uma espécie de máscara que os antigos atores teatrais, na Grécia, utilizavam durante a representação a fim de que suas vozes ressoassem cristalinamente nos vastos anfiteatros.¹⁰

Com a influência do Cristianismo, a noção de pessoa ganha unicidade e individualidade, passando o homem a ser a personificação da imagem do Criador, permitindo com que ele aja de forma autônoma com seu semelhante, partindo em direção ao aprofundamento e conhecimento de sua própria subjetividade.

⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 1988, p. 50.

¹⁰ ANDERSON. Holmes. Personalidade. *Direito & Justiça Informática*. Índice Fundamental do Direito. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/civil/personalidade.htm>>. Acesso em: 10 outubro 2004.

Assim, a influência cristã retira o homem da condição de objeto, colocando-o na qualidade de sujeito, dotado de valores intrínsecos a sua própria humanidade, simplesmente por ser imagem e semelhança de Deus. A mudança de padrões filosóficos, ocorrida na Idade Média, representa os primeiros passos para a construção de base sólida para o desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos da personalidade, que se consolidam com o advento da modernidade.

Com o tempo, a palavra *persona* passaria a designar os papéis representados pelo homem no transcurso de sua vida e como cada pessoa representa um ou vários papéis nesta vida o vocábulo passou a designar como sendo o próprio ser humano. Daí foi um passo para que a Sociologia moderna adotasse expressões como *status* e *papel*. Se, na Antigüidade, a *persona* (máscara) dava caráter, fisionomia ao ator, no cenário da vida real é a máscara jurídica da personalidade que dá ao homem a possibilidade jurídica de possuir direitos, fato que o caracteriza como pessoa.

Na concepção jurídica, pessoa é um ente físico ou coletivo, susceptível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito, por sua vez, é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica. É o indivíduo que pode exercer as prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe atribui, que tem o poder de fazer valer, através dos meios legais disponíveis, o não-cumprimento do dever jurídico.

Entretanto, as concepções apresentadas refletem a solidificação doutrinária da existência e delimitação da noção do que seriam a personalidade e os direitos da personalidade, permitindo o afloramento de diferentes conceitos, como, por exemplo, o conceito de que são direitos assegurados ao homem o domínio sobre parte de sua própria personalidade; ou aqueles que se relacionam com o modo de ser físico e moral de uma pessoa.

Dessa forma, entendem-se as palavras de Clóvis Beviláqua¹¹, quando diz que o conceito de personalidade está ligada à de pessoa, o que significa dizer que a pessoa é ser sujeito de direitos e personalidade, a aptidão para ser pessoa, ou seja, sujeito de direitos, mas não se tratando de simples expectativas de direitos, mas de direitos atuais, dos quais o nascituro goza desde a concepção.

Cabe destacar a relevância das Declarações de Direitos, principalmente a francesa que, pelo seu caráter de universalidade, influenciou, decisivamente, diversas Constituições modernas, merecendo destaque também o surgimento das grandes codificações ocorridas no século XIX, dentre elas o Código Civil francês de 1804, que foi um marco divisor no direito ocidental.

¹¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Projeto do Código Civil Brasileiro**. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v.1.

No Brasil, a importância alcançada pelos direitos da personalidade nas legislações pode ser entendida como um reflexo do tratamento teórico que lhe é consagrado na doutrina e também na Filosofia do Direito.

Nos séculos XIX e XX, muitos filósofos se dedicaram ao estudo da noção de pessoa e, conseqüentemente, contribuíram na formatação dos direitos da personalidade.

O legislador pátrio, cedendo às influências doutrinárias, incluiu sob a tutela positiva vários desses direitos, de forma inovadora, no Código Civil Brasileiro.

Diante dessa realidade, os direitos da personalidade tornaram-se tema de grande importância, alcançando posição doutrinária de destaque, assim como nas legislações. Nessa linha, o novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – inserido nessa nova tendência, conferiu tratamento especial aos direitos da personalidade, dedicando onze artigos ao tema, agrupados em um capítulo denominado “Dos Direitos da Personalidade”. Estes podem ser conceituados como as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.

2.2 As Teorias Existentes Acerca da Personalidade Jurídica do Nascituro

É importante que tenhamos em mente a noção clara de personalidade civil e o momento de seu começo, pois é a partir de sua obtenção que a pessoa adquire direitos e contrai obrigações. Tal fato é muito importante, quando tratamos da proteção do nascituro no que diz respeito à reprodução humana assistida.

O nosso Código Civil atual assim estipula em seus artigos 1º e 2º :

Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Em face da flagrante contradição estampada no artigo 2º do Código Civil, algumas teorias foram criadas para definir-se o início da personalidade civil do ser humano, sendo que as mais significativas são a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.¹²

A primeira delas, fundamentada pelo art. 2º do Código Civil é a teoria natalista, que defende que a personalidade jurídica só começa com o nascimento com vida e que o nascituro só possui expectativas de direitos: Art. 2º - A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

¹² ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direitos da personalidade do nascituro**. In: *Revista dos Advogados*. São Paulo, n. 38, dez. 1992, p.22.

Observa-se que a teoria natalista considera o nascituro como o ente gerado no "útero", sendo que, de acordo com esta corrente, a concepção só ocorre com a nidação, ou seja, a fixação do ovo no útero.

Segundo esta doutrina, o nascituro não é considerado pessoa e somente tem expectativa de direito, desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso.

O nascituro não tem personalidade jurídica e também falta-lhe capacidade de direito, sendo que a lei apenas protegerá os direitos que possivelmente terá, em caso de nascer com vida, os quais são enumerados taxativamente no ordenamento jurídico (posse, direito a herança, direito a adoção).

Para Pontes de Miranda:

“ no útero, a criança não é pessoa, se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria Ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.”¹³

Para a doutrina natalista o nascituro é encarado como parte das vísceras da mãe e somente o seu nascimento com vida lhe dá o *status* de pessoa. Esta teoria, aparentemente, foi agasalhada pelo artigo 2º do Código Civil, e estabelece que a personalidade civil do homem começa com o seu nascimento com vida.

É, contudo, uma teoria muito questionada na atualidade, sob o argumento de que se encontra ultrapassada perante os novos rumos que o Direito vem tomando, na busca de acompanhar a evolução humana, ou seja, é um posicionamento que já não se adequa à realidade. Na época da tramitação do anteprojeto do Código Civil, que data da década de 70, não se imaginava ter filhos produzidos por fertilização artificial.

Além disso, mencionada teoria não explica porque o art. 2º reconhece direitos e não expectativas de direitos ao nascituro, assim como os “status”, efetivamente lhe são atribuídos ao longo do Código, como por exemplo, “status” de filho, direito à curatela, à representação.

Adotam a teoria natalista os Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, entre outros.

Entre os doutrinadores, são adeptos desta teoria: Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, João Luiz Alves, Sérgio Abdalla Semião, Caio Mário da Silva Pereira.

A segunda teoria, conhecida por teoria da personalidade condicional defende que a personalidade jurídica começa desde a concepção, mas os direitos

¹³ MIRANDA, Pontes. “Nasciturus” e “nondum conceptus”. In: Tratado de direito privado. Parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954,p. 162.

do nascituro estão sujeitos ao nascimento com vida. Assim, de acordo com esta corrente, a personalidade jurídica só existirá se houver o nascimento. Mas na verdade a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas para que exista a consolidação de sua capacidade jurídica.

Esta doutrina sustenta que o início da personalidade de alguém começa a partir da concepção, mediante a condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o nascituro nascer com vida a sua personalidade retroage à data de sua concepção.

Seus doutrinadores ensinam que, durante a gestação, o nascituro tem a proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos a uma condição suspensiva.

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

Constitui a corrente adotada por Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, Gastão Grossé Saraiva, Walter Moraes e Clóvis Bevilacqua. Este último expressamente agasalhou tal teoria no art. 3º de seu Projeto de Código Civil. O notável civilista pátrio, embora tenha-se aproximado bastante da teoria concepcionista, deixa à margem de suas indagações os direitos da personalidade – entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida – direitos absolutos, incondicionais, não dependentes, pois do nascimento com vida.

É mister observar que o Projeto de Bevilacqua, bem como o Código Civil de 1916, são datados de época em que entre nós não estava plenamente divulgada e alicerçada a doutrina dos Direitos da Personalidade, falha na qual não incide o Código Civil atual, em seus artigos 11 a 21.

A terceira corrente doutrinária é a concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da personalidade condicional, que sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e “status” do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido.

Esta doutrina é enfática em afirmar que a personalidade do homem começa a partir da concepção, sendo que, desde tal momento, o nascituro é considerado pessoa.

As doutrinas concepcionistas baseiam suas convicções no fato de que, possuindo direitos legalmente assegurados, o nascituro é considerado pessoa, portanto, detentor de personalidade jurídica.

Afirmam que falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de “pessoa”, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. “Pessoa”, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou titular de qualquer direito.¹⁴

Dizem que os direitos do nascituro são os inerentes à pessoa humana e elencam alguns destes para fundamentar suas convicções, assegurados pela 2ª

¹⁴ MONTORO A.F; FARIA, A de Oliveira. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**.5.ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p.10.

parte do artigo 2º do Código Civil. São eles: direito à posse (art. 877 e 878 do CPC), direito a receber bens por doação (art. 542 do CC) e por testamento (art. 1799 do CC), direito ao reconhecimento da filiação (art. 1597 do CC), direito de ser representado por curador (art.1798 do CC) e o direito de ser adotado (art. 372 do CC). Dessa forma, alegam que não há como explicar que o nascituro possa ter esses direitos, entre outros, sem que seja considerado pessoa.

Nesta linha de raciocínio afirmam que não há como explicar que o nascituro possa ter direitos assegurados por lei, sem que seja considerado pessoa, sendo que o sinal mais acentuado de que o nascituro tem personalidade civil é o fato de o legislador ter disciplinado o crime de aborto no título referente aos "Crimes contra a pessoa".

Dizem, ainda, que vários desses direitos não estão condicionados ao nascimento com vida e que, portanto, o nascituro, ao tê-los, os recebe como se fosse pessoa e não como expectativa de pessoa. Ex: direito aos alimentos pré-natais; direito ao reconhecimento da filiação, direito à vida; direito à integridade física, etc.

Cumpra esclarecer que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas alguns efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida.

Um aspecto interessante que deve ser abordado é que, apesar de muitos doutrinadores entenderem que o nascituro possui somente uma expectativa de direitos, é certo que ele não possui qualquer capacidade de exercício, mas é provido de certa capacidade de direito, motivo pelo qual tem capacidade de suceder, de receber doações, possui direito à representação e, especialmente, o direito à vida.

Supondo-se haver uma convenção estabelecendo a adoção da teoria concepcionista no mundo jurídico, o primeiro passo seria a alteração do art. 2º do Código Civil, que, de forma mais adequada, deveria falar em direitos, efetivando-os, ou seja, seria conveniente dotar o titular destes, qual seja, o nascituro, de capacidade. Poderia então, vigorar o referido artigo com a seguinte redação:

Art. 2º - A capacidade civil do homem começa com a fecundação, estando, desde então, resguardados os direitos do nascituro.

Entretanto, a despeito da redação aparentemente contraditória do art. 2º do Código Civil, que, estabelecendo o início da personalidade civil a partir do nascimento com vida, concede direitos e não expectativas de direitos ao nascituro, é possível perceber que o Código reconhece direitos e estados ao concebido, desde a concepção – nem sempre dependentes do nascimento com vida.

Logo, utilizando dos métodos lógico e sistemático de hermenêutica, observa-se que o art. 2º do nosso Código Civil consagra a teoria

concepcionista e não a teoria natalista, conforme tem sido erroneamente defendido por alguns autores.

Argumenta por fim, a doutrina concepcionista, que em face do tratamento dispensado ao nascituro pelo Direito Penal e pelo Direito Civil, há que se reconhecer a sua personalidade civil, tendo em vista que essas legislações calculam a existência desde a concepção, para atribuir-se desde então, direito ao homem, sendo assim irrecusável, que a começar desse momento ele é sujeito de direitos e portanto, pessoa.

Maria Helena Diniz assevera que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro.¹⁵

Limongi França sustenta que:

*“ Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro por este não ser pessoa. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 7º). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”.*¹⁶

Adotam a linha concepcionista os Códigos da Argentina, Áustria, México, China, Paraguai, Peru

Os doutrinadores adeptos desta teoria são: Teixeira de Freitas, Rubens Limongi França, Francisco Amaral Santos, Silmara J. A. Chinelato, André Franco Montoro, Maria Helena Diniz, Anacleto de Oliveira Faria, entre outros.

2.3 - As Escolas Concepcionista e Natalista na Reprodução Humana Assistida e em Relação ao Destino dos Embriões Excedentes

Resta analisar a situação jurídica do embrião fertilizado *in vitro*, seria o embrião, fertilizado *in vitro*, mantido vivo através do congelamento, pessoa? Responderemos a essa indagação através das teorias natalista e concepcionista.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.10.

¹⁶ FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4 ed. São paulo: Saraiva, 1996, p. 50

Para os natalistas, o nascituro embora tenha vida humana não é pessoa, e assim, para essa escola, no que diz respeito aos embriões excedentes, essa doutrina admite a destruição desses embriões porque sustenta que enquanto não implantados, não são viáveis, logo consideram que os embriões não são pessoas, pois alegam que não sobreviveriam mais do que 4 a 6 dias se não colocados no útero. Como não há viabilidade, dizem, que não se poderia falar em aborto.

O natalista Sérgio Abdalla Semião¹⁷ alega que em nosso ordenamento jurídico atual não há qualquer proibição à destruição do embrião congelado, pois considera que o art. 5º da Constituição Federal concebe direito à vida apenas aos já nascidos, ou seja, àqueles que já tenham nacionalidade, pois se refere a brasileiros e estrangeiros, cujos conceitos, segundo ele, está diretamente ligado à nacionalidade e conseqüentemente ao nascimento.

Os natalistas sustentam que não se pode afirmar que o embrião, vivendo extra-uterinamente, criopreservado congelado em nitrogênio líquido, seja juridicamente titular de proteção. Assim, segundo eles, não havendo pessoa, significa que não há sujeito de direito e, assim, consideram que em nosso atual ordenamento jurídico, não se pode dizer que o embrião congelado tenha direito à vida.

De acordo com os natalistas, o art. 5º da nossa Constituição Federal concede o direito à vida aos brasileiros e aos estrangeiros já nascidos. Assim, afirmam que não há que se falar que o art. 5º protege o direito à vida daquele que está apenas concebido.

Dessa forma, sustentam que no direito brasileiro atual, não há direito à vida do embrião vivendo extra-uterinamente. Assim, admitem a destruição dos embriões excedentes.

Destarte, os concepcionistas consideram a criatura concebida como pessoa, dessa forma, para estes, o “ser concebido” e ainda não nascido já é pessoa, independentemente de sua viabilidade, e assim, sob as bases dessa doutrina, nenhuma razão têm para não admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa, pelo único fato de não estar no ventre da mãe, considerando que o embrião é efetivamente um ser “concebido”.

Quanto à alegação dos natalistas de que o art. 5º da Constituição Federal concebe direito à vida apenas aos já nascidos, ou seja, àqueles que já tenham nacionalidade, pois consideram que o texto constitucional se refere à brasileiros e estrangeiros, não tem razão, haja vista que o direito à vida vale para qualquer pessoa, não tendo nenhum critério em relação a essa garantia a ver com nacionalidade. Caso se entenda o texto do art. 5º, caput, da Constituição, ao pé da letra, poderá equivocadamente se entender que o estrangeiro não residente no Brasil, mesmo estando no país, não goza do direito à vida. Isso não corresponde de forma alguma à possibilidade da legislação ordinária ser abusiva em relação a eles, eis que além da existência de normas de Direito Internacional vinculantes, o Brasil é, ainda,

¹⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do diobireito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 175.

subscritor das declarações universal e americana dos direitos humanos, o que, agora até por força do § 2º do art. 5º, lhe impõe, quando nada, a consideração de que a pessoa humana tem uma dimensão supranacional que mereceu um mínimo de respeito e postula um tratamento condigno, ao menos no que tange àqueles direitos de natureza personalíssima.

Ressalta-se que o direito à vida pertence a todas as pessoas, sem distinção. Quando o art. 1º da Constituição põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil faz uma proclamação de valor universal, abrangente do ser humano. Dessa forma, conclui-se que tal direito é assegurado a qualquer ser humano.

Já em relação aos embriões excedentes, os concepcionistas não aceitam a eliminação destes, por considerarem tal eliminação um extermínio de vidas humanas, visto que cada embrião já é a síntese incipiente da individualidade genética de um ser humano, logo, sua destruição seria um aborto eugênico, uma vez que a lei resguarda os seus direitos desde a concepção, e a norma constitucional tutela a vida humana. Assim, se biologicamente com a fecundação se obteve um novo ser humano com patrimônio genético, a proteção deverá alcançá-lo mesmo fora do útero, tendo em vista que o direito defende a vida, e dessa forma, deverá protegê-la no instante em que surgir, ou seja, desde a concepção.

Dessa forma, observa-se que de acordo com essa teoria, os embriões excedentes não podem ser eliminados, uma vez que trata-se de uma vida e que na hipótese de eliminá-los, a destruição deles seria encarada juridicamente como um aborto.

A meu ver, razão assiste aos adeptos da corrente concepcionista, eis que mais consentânea com a evolução humanista, melhor protegendo a vida intra e extra-uterina. Assim, a partir desse entendimento, pode-se sustentar que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, com os direitos a ele garantidos desde tal momento. Afinal, o embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Assim, conclui-se que o nascituro é dotado de personalidade, desde a concepção, já que atribuir direitos é atribuir personalidade. Não podendo de forma alguma admitir sua eliminação.

3 - A PROTEÇÃO LEGAL DO NASCITURO

A proteção do nascituro inicia-se desde a concepção ou fecundação do embrião, e não somente após o nascimento com vida, evidenciando-se dessa

forma, uma ampla proteção do nascituro, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente diante dos avanços científicos atuais experimentados na Biologia e na Engenharia Genética.

3.1 Os Direitos do Nascituro

O nascituro merece proteção desde quando ele é concebido, não importando a forma como isso aconteceu, se por métodos naturais ou em laboratório. Considerando que o nascituro é, em si, uma pessoa e, como tal, portadora de personalidade jurídica, ainda que desprovido de capacidade de exercício de seus direitos, é portador de direitos, dentre os quais avulta-se, especialmente, o direito à vida, que é o maior direito do ser humano. Este é o direito primordial do ser humano, também podendo ser considerado como direito condicionante, já que dele dependem os demais.

A Constituição Federal assegura, no “caput” do artigo 5º - que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais – a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção. O inciso XXXVIII do mesmo artigo reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro. Cumpre salientar que até o texto final da constituição vigente, a questão do início da vida foi objeto de inúmeras polêmicas – se a partir da concepção ou do nascimento. A definição expressa do início da vida, ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, embora pareça que a Constituição Federal protege inequivocamente o nascituro.

No âmbito do Direito Penal, tutelam o direito à vida os artigos 121 a 127, que incriminam o homicídio, o aborto e o infanticídio. No Direito Internacional, o direito à vida do nascituro é expressamente previsto pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de S. José da Costa Rica, além de ter sido objeto das recomendações nºs 934/82, 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa.

O reconhecimento do direito à vida, desde a concepção, importa, em regra, posição contrária ao aborto. Em circunstâncias como o perigo à vida da mãe, cede o direito à vida do nascituro, em favor daquela já integrada na família e na sociedade, e que talvez tenha a dela depender outras pessoas, o que caracteriza estado de necessidade, reconhecido pelo Direito penal, bem como configura legítima defesa, consagrada no inciso I do artigo 188, I do Código Civil.

Outro direito do nascituro que podemos destacar é o direito à integridade física, afinal, a diversidade de técnicas médicas intra-uterinas, inclusive cirurgias, indica que a Ciência se preocupa com o nascituro – em qualquer fase de

desenvolvimento – como ser autônomo e independente da mãe, procurando cada vez mais possibilitar-lhe o normal desenvolvimento, tendo por objetivo o nascimento perfeito.

Se o nascituro é pessoa, biológica e juridicamente, se sua integridade física e sua saúde não se confundem com a da mãe – ainda que com ela o concebido mantenha relação de dependência – não há como negar-lhe direito à integridade física e à saúde, nem mesmo pela sua própria mãe. Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do “conceptus” nem a submeter-se à intervenção médica que vise a dissolver medicamento no líquido amniótico que o feto engole instintivamente. Ainda que, na prática, tal recusa possa ensejar situações de fato de difícil solução, do ponto de vista jurídico ela nos apresenta clara e inequívoca: não cabe à mãe dispor de direito a saúde que não é seu, mas sim, do filho nascituro.¹⁸

É relevante destacar que todos os Direitos da Personalidade compatíveis com a condição do nascituro, de pessoa por nascer, são-lhe reconhecidos. Assim, exemplificativamente, temos o direito à imagem e o direito à honra.

O direito à imagem, do ponto de vista estritamente técnico e sem considerar o duplo sentido que lhe confere a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, “a”, diz respeito à reprodução da imagem da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação: fotografia, vídeo, pintura etc. A ultrassonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade, para publicidade, de consentimento do titular da imagem, por seu representante legal; o pai, ou a mãe ou o curador.

Dessa forma, consagrado está o direito à imagem do nascituro, pois poderá ela ser capturada por ultrassonografia, câmeras fotográficas em miniatura ou radiografias. Assim, se captada, utilizada ou publicada sem autorização de seus pais ou do curador ao ventre, causando-lhe dano, cabível será uma indenização.

O nascituro tem direito a alimentos para uma adequada assistência pré-natal. Tal direito é reconhecido ao nascituro sem condicioná-lo ao nascimento com vida mas, antes, a ele objetivando e não dele dependendo. Afinal, o direito a alimentos lhe é reconhecido desde a concepção, para que nasça vivo. Não se faz depender, inversa e incoerentemente, o direito a alimentos, do nascimento com vida.¹⁹

¹⁸ALMEIDA, op.cit p.27.

¹⁹ ALMEIDA, Silmara Chinelato. **Direito do nascituro a alimentos**: uma contribuição do Direito Romano. Revista brasileira de Direito comparado. Rio de Janeiro, nº 13, 2ºSemestre, 1992, p.120.

O nascituro tem direito ao pai ou à paternidade certa, podendo ser adotado e reconhecido pelo seu genitor e, não o sendo, mover investigação de paternidade, representado pela mãe ou, em casos excepcionais, pelo curador ao ventre, cumulada com alimentos.

O nascituro tem, em caso de fertilidade assistida, direito à identidade, que lhe vem sendo negado ante a exigência do anonimato do doador do material fertilizante e do receptor do material genético. Mas é preciso esclarecer que o anonimato não significa que se lhe deva esconder tudo, pois nada obstará que se lhe revelem os antecedentes genéticos do doador, quando atingir a idade nupcial, para evitar incesto, daí a obrigatoriedade do registro de dados dos partícipes do processo de reprodução assistida e da criação de mecanismos de controle estatal de avaliação das doações feitas em banco de sêmen e óvulos.

O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542) ou por herança (CC, art. 1798), mas o direito de propriedade somente incorporará em seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida, hipótese em que os bens, recebidos por liberalidade, transmitir-se-ão aos seus sucessores. Se nascer morto, caduca estará a doação ou a sucessão legítima ou, ainda, a testamentária.

Os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil garantem à gestante ou ao curador a posse em nome do nascituro dos direitos que lhe assistirem. Assim, a mulher que, para assegurar os direitos do filho nascituro, quiser provar sua gravidez deverá, munida de certidão de óbito da pessoa de quem o feto é sucessor, requerer ao órgão judicante que, ouvido o Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação. Tal exame será dispensado se os demais herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente. Com a apresentação do laudo que reconheça o estado de gravidez, o magistrado deverá declarar por sentença a requerente investida na posse dos direitos que couberem ao nascituro. Se ela não puder exercer o pátrio poder, nomear-se-á curador ao nascituro, que, então, velará pelos seus interesses.²⁰

Ressalte-se que o nascituro não pode ser usado para fins lucrativos, pois, na condição de ser humano, seu corpo é *res extra commercium*, insuscetível de constituir objeto de ato negocial. Assim sendo, é inadmissível, juridicamente, a venda de nascituros na Internet, como denunciou recentemente um jornal católico italiano *Avvenire*, que vem sendo feita pela empresa americana *VipAdoption*, criada por Michael Vasile, em 1990, para ser mediadora de uma alternativa ao aborto, colocando ofertas de bebês antes de seu nascimento, a US\$ 12 mil, a jovens grávidas ou casais dispostos a adotá-los.

²⁰ CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000, p. 36-37.

3.2 Legislações que Garantem os Direitos do Nascituro

Como exemplos de legislações que garantem os direitos do nascituro pode-se citar:

A Declaração dos direitos da criança (ONU) proclama o seguinte: “Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. (Preâmbulo e art. 1, de 20.11.59)

O Código Internacional de ética médica define assim a atuação do médico: “o médico 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 1983, determina que: “O médico deve manter o mais alto respeito pela vida humana, desde a sua concepção”.

Nesse diapasão, não se poderia deixar de mencionar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Subscrita em 22 de novembro de 1969, foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 26 de maio de 1992 pelo Decreto Legislativo nº 27, tendo o governo determinado sua integral observância. Com efeito, diz a nossa Carta Magna, em seu art. 5º, § 2º: “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 Federativa do Brasil seja parte”.

Para os efeitos da Convenção, é considerado como pessoa todo ser humano, sem fazer qualquer distinção entre sua vida intra e extra-uterina, fazendo-nos concluir que a palavra pessoa se aplica também ao nascituro. Diz, ainda, o inciso I do art. 4º da Convenção: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assim, ao assinar e ratificar o Pacto de São José de Costa Rica, o Brasil comprometeu-se a “adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”, conforme dita o art. 2º da Convenção. Cumpre destacar que há uma corrente que sustenta que os direitos estabelecidos em Convenções Internacionais têm valor constitucional. Portanto, conforme esta corrente, a partir de 6 de novembro de 1992, data do Decreto nº 678, em que a Convenção se fez direito interno brasileiro, toda pessoa, ou seja, todo ser

humano, teria o direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. E o nascituro não poderia ser desconsiderado como ser humano.

Assim, cita Jacques de Camargo Penteadado que:

A doutrina da personalidade jurídica do nascituro culminou com sua consagração no âmbito internacional, tanto que o Pacto de São José de Costa Rica dispõe que "pessoa é todo ser humano" (art. 1º, n 2º). Além disso, vigora no âmbito interno, posto que adotado pelo Brasil, tanto que já se reflete na jurisprudência nacional.²¹

Dessa forma, de acordo com essa corrente, o Congresso Nacional, ao instituir o novo Código Civil, deveria, em cumprimento ao compromisso assumido na Convenção, ter modificado a redação do art. 4º do Código Civil de 1916, não somente quando substituiu o termo *homem* pela palavra *pessoa* no art. 2º do novo Código - inclusive tendo incorrido em redundância, pois se refere à *personalidade da pessoa* - a fim de assegurar a todo ser humano, nascido ou por nascer, o reconhecimento de sua personalidade jurídica.

A referida corrente também sustenta que o tratamento jurídico diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos deve ser reconhecido com base no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, pelo fato de que, enquanto os tratados internacionais, que envolvem matérias comum, visam a reciprocidade e o equilíbrio das relações entre os Estados-partes, os tratados internacionais de direitos humanos transcendem os meros compromissos recíprocos dos estados pactuantes, já que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não as prerrogativas dos estados.

A propósito, observa Juan Antonio Travieso:

“Os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e, em particular, a Convenção Americana não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Os seus objetivos e fins são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em face do seu próprio Estado como em face de outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua

²¹ PENTEADADO, Jacques de Camargo. **O devido processo legal e abortamento.** In: MARQUES, Ricardo Henry (Org.) *et al.* A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 152.

*jurisdição. Logo, a convenção não vincula apenas os Estados-partes, mas outorga garantias às pessoas. Por este motivo, justificadamente, não pode ser interpretada como qualquer outro tratado.*²²

Ainda nesse sentido, manifestou-se a Corte Interamericana de direitos Humanos, na Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982:

*“Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição.”*²³

Assim, portanto, conforme essa corrente, este caráter especial, é que vem justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Todavia, a referida corrente não logrou acolhimento nas jurisprudências da Suprema Corte e nem no plano legislativo, como se deduz da recente Emenda Constitucional nº45 que outorgou *status* constitucional somente aos tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, e assim, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Outra questão a ser analisada é como proceder no caso de ocorrer conflito entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, ainda que este último envolva preceito da própria Constituição.

O conflito poderia, à primeira vista, ser resolvido pela aplicação do princípio de que a lei posterior revoga a anterior com ela incompatível.

Entretanto, em se tratando de direitos fundamentais, há um outro fundamento peculiar para a resolução do conflito, que se situa no plano dos direitos humanos, que é o de considerar que deve ele ser dirimido pela escolha da norma mais favorável à vítima, privilegiando-se aquela que melhor proteja, no caso concreto, os direitos da pessoa humana, à consideração de que os tratados internacionais de direitos humanos são de natureza materialmente constitucional, equiparando-se, portanto, à própria Constituição.

²² TRAVIESCO, Juan Antonio. **Direitos humanos e direito internacional**. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. Belo Horizonte: Del rey, 2002, p.254.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 384.

Então, se o tratado internacional, por ampliar o elenco dos direitos fundamentais, colidir com o texto constitucional, prevalecerá a norma mais benéfica à vítima – no caso, o nascituro - com a suspensão, se for o caso, do preceito de direito interno, aí considerada a própria norma constitucional, que lhe seja menos favorável.

Canotilho, ao se referir à interpretação constitucional, esclarece que:

“no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.²⁴

Dessa forma, percebe-se que o art. 2º do nosso Código Civil deveria ter a seguinte redação: “A personalidade do ser humano começa com a concepção”.

Nesse contexto, não há qualquer dúvida: o feto concebido é sujeito de direitos e não se pode negar ao nascituro essa condição. Daí, a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – adota a doutrina da proteção integral em seu art. 1º, dando ao ser, desde a concepção, uma proteção especial, assegurando à gestante o atendimento pré e perinatal, alimentação, parto com dignidade e outros direitos. Em parágrafo único do art. 26, é assegurado, também, o direito dos filhos serem reconhecidos antes mesmo do nascimento.

Como se vê, o ordenamento jurídico assegura a sua titularidade adquirida antes do nascimento, pois desde a concepção há pessoa com personalidade e capacidade de contrair direitos. Verifica-se, portanto, que os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que vida há, desde a concepção.

3.3 A Capacidade de Direito do Nascituro

O que convém ressaltar é o fato de que não se pode deixar de reconhecer que existir, ter personalidade e capacidade para ter direitos e contrair deveres, como dita o art. 2º do Código Civil, não significa que o nascituro possa exercer esses direitos, pois ele se enquadra nos prescritos do art. 3º, assim como os recém-natos, que são imaturos e incapazes de se conduzir por si mesmos. Mas,

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. In CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. Belo Horizonte: Del rey, 2002, p.254/255.

ao mesmo tempo, isso não quer dizer que a incapacidade do feto signifique absoluta incapacidade.

Cumprido esclarecer que o nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício, devendo seus pais ou, na incapacidade ou impossibilidade deles, o curador ao ventre ou ao nascituro zelar pelos seus interesses²⁵, tomando medidas processuais em seu favor, administrando os bens que irão pertencer-lhe, se nascer com vida, defendendo em seu nome a posse, resguardando sua parte na herança, aceitando doações ou pondo a salvo as suas expectativas de direito. Com o seu nascimento com vida, seus pais assumem o pátrio poder; se havia curador ao ventre, cessar-se-ão suas funções, terminando a curatela, nomeando-se um tutor ao nascido.

Consigna Adahyl Lourenço Dias²⁶ que o feto existe, tem função orgânica e biológica própria, desde a concepção, ligada à vida da mãe. É uma fonte de vida humana. A lei prevê então garantias e obrigações relativamente ao nascituro e, sendo assim, considera-o com personalidade jurídica, que não se confunde com personalidade civil ou humana, coisas diferentes no campo da tecnologia jurídica, ligada à vida orgânica.

Diz o mesmo autor:

*“Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio de representante, isso porque se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa”.*²⁷

²⁵ SEMIÃO, op.cit. p. 34, 89-90 e 111.

²⁶ DIAS, Adahyl Lourenço. Venda a descendente. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 278.

²⁷ Ibid.,p.281.

É relevante destacar que os direitos do nascituro não são taxativos, a ele se estendendo todos os demais compatíveis com sua condição de pessoa concebida e ainda não nascida. Cabe frisar que inúmeros são os direitos do nascituro, devendo-se considerar, dessa forma, ser ele um ente dotado de personalidade jurídica.

Afinal, conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts.2º, 1609, parágrafo único, 1779 e 1798; CP, arts. 124 a 127, 128, I e II; Leis n. 8974/95, art. 13, 8069/90, art. 7º a 10, 208, VI, 228 e parágrafo único, 229 e parágrafo único). Assim, entendo que o ser humano em qualquer de suas fases embrionárias, dentro ou fora do corpo da mulher, merece proteção jurídica.

Dessa forma, percebe-se que o embrião, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade, conforme preceitua a Constituição Federal em seu arts. 1º, III, e 5º, III. Assim, sendo o produto da fundação *in vitro* merecedor da proteção estatal, mister que se lhe garanta os mesmos direitos reservados aos embriões que foram fecundados no interior do corpo feminino, entre eles e, principalmente, o direito de nascer.

4 - O DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

No que diz respeito à reprodução humana assistida, o problema do destino dos embriões excedentes é um dos seus maiores impasses, tendo em vista que antes da fertilização *in vitro*, quando não usado o método *Intra Cytoplasmic Sperm Injection* (ICSI), ou seja, o da injeção do óvulo inoculando um espermatozóide, a mulher é submetida a um tratamento hormonal para obter superovulação, para que vários óvulos sejam fecundados, mas dos 15 apenas 4 serão implantados no útero. Diante desse fato surge uma série de questões, dentre as quais será trabalhado nessa pesquisa a seguinte problemática: Que fazer com os demais embriões dito supranumerários? Como protegê-los juridicamente? Poderiam ser eliminados? Poderiam ser utilizados em pesquisas científicas?²⁸

4.1 A Eliminação dos Embriões Excedentes

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** – atualizado conforme o novo Código Civil. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2002,p. 412.

Primeiramente, cumpre esclarecer que antes da fecundação *in vitro*, a mulher é submetida a tratamento hormonal para ter uma superovulação, para que vários óvulos sejam fertilizados na proveta, implantando-se, porém, dos 15 liberados, no máximo 4 deles no útero. No entanto uma séria questão ético-jurídica surge: o que fazer com os embriões dito supranumerários?

Muitas vezes a resposta a essa pergunta, do ponto de vista prático, não é tão agradável. A Inglaterra, por exemplo, que impõe o limite legal de 5 anos para o armazenamento dos embriões excedentes, em 1998 esteve diante de um impasse a ser resolvido quanto ao destino a ser dado a 5000 embriões, deixados numa clínica de reprodução assistida, cujos contratos de tutela entre a clínica e as famílias já haviam expirado, e ninguém queria receber. Assim, a solução encontrada foi a destruição de todos os embriões congelados, em obediência à lei, ou seja, alguns milhares de embriões que não tinham mais "utilidade" foram jogados no lixo.

Apenas para deixar bem caracterizado até que ponto chega o medo de muitas pessoas quanto a assumirem os efeitos de seus atos, surgiu até uma proposta de se inserirem 4 embriões por útero, em 1250 voluntárias, todas elas em fase pré-menstrual, para que a própria natureza, dias após, produzindo sua eliminação, fizesse o que os "cientistas" não tinham coragem de fazer! Mas não seria isso uma forma camuflada de aborto? Afinal, houve uma eliminação que poderíamos denominar de indireta, que, no entanto, não deixa de ser um método de destruição de embriões e conseqüentemente de aborto.

O dr. Bourn Hall, o primeiro a obter um bebê de proveta há mais de dezoito anos, era o que apresentava o maior número de embriões congelados, mais de oitocentos e, à maneira das outras trinta e duas clínicas britânicas, inutilizou-os.²⁹

Várias sociedades, que pugnam contra as práticas abortivas, e não poucas autoridades eclesásticas e especialistas em bioética, pronunciaram-se contrariamente à prática, mas sem conseguir sensibilizar as autoridades.

A lastimável experiência britânica de determinar o aniquilamento de embriões chegados aos cinco anos, além de provocar reações negativas nos campos da religião e da moral, de igual modo perturbou muitos cientistas, inclusive grande parte daqueles envolvidos com a fertilização *in vitro*. É que não havia qualquer razão científica válida para o limite imposto, de cinco anos. A técnica da criopreservação (congelamento), usada desde 1985, não apresentou até hoje qualquer motivo aceitável para a eliminação dos embriões mais antigos, ou maduros. Até hoje não foi comprovado ao certo que há diferenças significativas entre os resultados de implantação de embriões recém fertilizados e daqueles estocados há vários anos; de modo igual, o número de nascimentos de crianças com defeitos físicos não apresenta nenhuma alteração quando se analisa os implantes de embriões estocados por longos períodos.

Dessa forma, uma questão relevante a respeito do tema é saber se há algum limite de tempo para estocagem de embriões humanos. Mas além disso, outro ponto crucial seria o critério para imposição do prazo de duração do congelamento.

²⁹ MESTIERI, op.cit.p.41

Na Espanha, este prazo é de 5 anos, sendo que, passados 2, sem que o casal não se manifeste, os embriões ficam à disposição do banco; na Noruega, o prazo é de 3 anos, após o qual poderão ser descartados os não utilizados. Mas será que estaria isso correto? E o que fazer após o escoamento do prazo legal para congelamento?

O periódico *The Gene Letter*, vol. I, nº 2, de setembro de 1996, comentando o tormentoso episódio britânico fala da situação em outros países, inclusive no Brasil, onde número crescente de embriões se acumula e nos quais não há permissão para matá-los, a não ser através do que denomina de subterfúgios médicos.³⁰

Em nosso ordenamento jurídico atual o embrião congelado tem direito à vida ou poderá legitimamente ser destruído?

Sendo o embrião humano congelado um ser humano, contendo uma genuína manifestação de vida, merecedor, por isso, de respeito e preservação, não se pode admitir a destruição dos embriões, pois tal destruição é considerada ilícita pela Constituição Federal em seu art. 5º, caput, que assegura o direito à vida.

Assim, apesar da ausência de uma legislação específica que regule as técnicas de reprodução assistida, o certo é que em nosso Ordenamento Jurídico vigente não pode o embrião ser legitimamente destruído, pois a Constituição assegura a ele o direito à vida, sendo, dessa forma, ilícita a destruição de embriões. Nossa Lei Magna já proíbe a eliminação, seja direta ou indiretamente – inserindo embriões em úteros de mulheres em fase pré-menstrual, para que elas, por sua própria natureza, dias após, produzam a eliminação destes.

Tendo em vista que o nascituro tem todos os direitos elencados no capítulo 3 deste trabalho, cumpre esclarecer que sendo o embrião pessoa, não há como se permitir a sua destruição, seja direta ou indiretamente.

Ressalta-se que o primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral, uma vez que a Constituição Federal estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”- art. 1º, III.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha³¹, em brilhante artigo editado na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, a Constituição foi toda estruturada para defender a vida e a dignidade da pessoa humana, com os objetivos elencados em seu art. 3º, destacando-se os incisos I e IV. O inciso I trata do objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esta a meta prioritária da República Federativa do Brasil. No entanto, muito longe de conseguir esse fim, a Constituição de 1988 quis consagrar a liberdade, o ideário da justiça e da solidariedade. O inciso IV trata do objetivo de promover o bem de todos, sem

³⁰ Ibid,p.44.

³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Cidadania e Constituição (As Cores da Revolução Constitucional do Cidadão). IN: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 65, ano XXVII, julho/ dezembro 1997, p. 29 a 5

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dessa forma, observa-se que a igualdade formal foi consagrada neste inciso, tratando-se da enunciação do princípio constitucional da isonomia.

Assim, o embrião é protegido, sendo ilícito o aborto, porque, enquanto dura o processo fisiológico do feto no útero ou fora dele, a pessoa tem direito à vida embrionária.

A vida é um bem inalienável e é garantido expressamente na Constituição o direito à vida, entretanto cabe observar que não há direito sobre a vida, e se a mãe não tem direito sobre a sua própria vida, para dela dispor, não há fundamento reconhecer-lhe o direito de dispor do filho por nascer. Assim como também os cientistas não tem esse direito de dispor de vidas humanas.

Sem lei específica que regulamente seu destino, que se deveria fazer com os embriões congelados se a redução embrionária e o descarte de embriões não utilizados são praticas vedadas pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil (Resolução 1358/92) e pela Constituição Federal? Deveras, se a redução embrionária, quando o médico retira do útero embriões para evitar a gravidez múltipla, é um aborto, o mesmo se diga da eliminação de embriões excedentes, ou não usados, ainda que com autorização de seus pais. A adoção pré-natal não seria uma solução?

Cabe destacar que há o Projeto de Lei n. 90/99, que visa regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, determinando que o congelamento de embriões será punido com prisão de 6 a 20 anos, pois os médicos poderão retirar apenas 3 ou 4 óvulos da mulher. Com isso haverá redução de embriões a serem implantados no útero, podendo eliminar o problema dos excedentes.

Outra questão relevante e que deve ser colocada é que as matérias relacionadas às técnicas de reprodução assistida são propositadamente colocadas para o público de maneira exclusivamente científica, ou seja, procura-se, dentro do possível, evitar considerações éticas ou religiosas. Esse procedimento contribui muitíssimo para que a atividade de pesquisa e, mais ainda, do uso comercial dos achados da engenharia genética, chamem o mínimo de atenção possível e sejam explicáveis apenas tecnicamente, o que garante certa autonomia ou independência para essa atividade; apenas *insiders* teriam condição de avaliar o fenômeno e, assim, sendo o avaliador o próprio avaliado, teríamos sempre a aprovação daquilo que se pratique nesse setor.

O Prof. Artur Caplan,³² por ocasião da referida destruição em massa de embriões ocorrida na Inglaterra, entrevistado ao vivo pela *National Public Radio* dos EUA, ao responder a uma pergunta do entrevistador sobre o perfil dos cientistas envolvidos com pesquisa em tecnologia da reprodução humana, deixou claro que estes realmente procuravam afastar de seu questionamento as considerações morais, mas não porque temessem as conseqüências de uma indagação dessa natureza e, sim, por uma natural necessidade de desenvolver as pesquisas e o próprio trabalho comercial da tecnologia da reprodução ao abrigo de interferências externas.

³² Ibid,p.42.

Segundo ele, muitas das pessoas envolvidas com a tecnologia da reprodução vivem a experiência como um privilégio, o de ajudar pessoas querendo ter filhos, e assim lançam mão de técnicas e da tecnologia disponível para ajudá-las a alcançar esse fim. Contudo, esclarece que nos Estados Unidos da América, a realidade cultural imperante apresenta uma configuração peculiar. De modo geral, a estratégia em relação ao trabalho com procriação, sexo, e a criação da vida, consiste em manter o governo e outros segmentos afastados. Isso representa a reserva de um espaço bastante grande para o desenvolvimento do trabalho. Acrescentando-se a isso o dado inegável de que estamos adstritos a um mecanismo de mercado, o qual está presentemente conduzindo a chamada tecnologia da reprodução, sendo inegável que exista hoje um volume apreciável de dinheiro envolvido nesses projetos.

Destarte, para que não se fique pensando que o problema do destino dos embriões excedentes é uma hipótese sem raízes reais, veja-se algumas repercussões práticas sobre o assunto.

Em 1992, na Suprema Corte do Tennessee, EUA, o juiz titular reconheceu ao cônjuge marido divorciado o direito de não procriar e de ver exterminados os embriões que sua mulher queria ver preservados para futura concepção.

Posição bastante diferente, inclusive ignorando esse precedente nacional, tomou a Suprema Corte de Nova Iorque, em 1995. Maureen Kass, de New Hyde Park, conseguiu a posse dos embriões congelados, produto de óvulos seus fecundados por esperma do marido. Divorciados logo depois da fertilização *in vitro*, ocorrida em 1993, disputavam judicialmente apenas sobre essa questão, da permanência dos embriões e sobre o direito de a mulher, no futuro, vir a implantá-los em seu útero. O posicionamento judicial apoiou no que denomina-se de limite (ausência) do direito ou interesse do marido uma vez doado o esperma. A decisão foi fundamentada nos direitos de personalidade dos futuros pais. Na apreciação desse caso, surpreendentemente, deixou-se de lado duas questões que deveriam ser prevalentes: o direito primário dos embriões à vida e a posição da mulher, Maureen Kass, de trinta e três anos, se poderia ela, ou não, vir a ter filhos, uma vez eliminados os embriões.³³

Essa delicada matéria recebeu exame muito mais acurado em *Davis v. Davis v. King*, Circuit Court for Blount County, Tennessee, em Marville, Equity Division (Division I), case nº E-14496.

Aqui também a única pendência do casal dizia respeito a sete embriões congelados mantidos vivos no *Fertility Center of East Tennessee*, produzidos *in vitro* pelo casal Davis. Os pontos salientes do julgamento, na expressão da Corte, são por ela mesma alinhados da maneira seguinte:bbb

(1) O Sr. e a Sra. Davis se submeteram à técnica de fecundação *in vitro* com o objetivo de conseguirem um filho.

(2) Os sete embriões preservados são embriões humanos.

(3) Os princípios da *American Fertility Society* regulamentam a questão no meio médico-profissional, não limitam a atuação da Corte, mas servem como prova perante a Corte.

³³ Ibid,p.43.

(4) Desde a fertilização, as células de um embrião humano são diferenciadas, únicas e singularizadas no mais alto grau.

(5) Embriões humanos não são propriedade.

(6) A vida humana começa com a concepção.

(7) O Sr. e a Sra. Davis produziram seres humanos *in vitro*, que no futuro seriam reconhecidos como seu(s) filho(s).

(8) Para os propósitos das relações de família, não há nenhum regramento público prevenindo a aplicação da *common law* ao caso dos sete seres humanos existindo como embriões.

(9) A doutrina da *common law* do *parens patriae* aplica-se a crianças *in vitro*.

(10) É manifestamente do melhor interesse da criança ou crianças, *in vitro*, que a sua mãe, Sra. Davis, venha a ter a oportunidade de levá-los a termo através da implantação uterina.

Cabe observar que a instrução desta causa colocou em evidência aspectos muito interessantes da vida humana. Das várias testemunhas qualificadas ouvidas em plenário, pelo menos cinco eram especialistas no assunto e estas deixaram claro à Corte que a vida humana já está presente no embrião; pois nele existem as características humanas.

Assim, conforme os assentamentos deste caso, a Corte concluiu que a vida humana tem início no momento da concepção; que o Sr. e Sra. Davis conseguiram realizar o seu intento original, de produzir um ser humano, para ser (no futuro) conhecido como seu filho.

Baseada nesses pressupostos, a Corte decidiu: "A custódia temporária dos sete embriões humanos criopreservados é concedida a Mrs. Davis para o propósito de implantação. Todas as mais questões de manutenção, visitação, custódia final e outras análogas serão consideradas e decididas pela Corte quando um ou mais dos sete embriões humanos sejam produtos de nascimento com vida."

A questão, como se vê, é sobremaneira interessante e está a merecer estudo aprofundado. Assim, nota-se como a questão não é apenas hipotética, mas domina, em sua essência, a realidade dos fatos em vários países, inclusive no Brasil.

4.2 Intervenções Científicas em Embriões Excedentes

No dia 03 de março de 2005, por 363 votos contra 58, a Câmara aprovou a Lei de Biossegurança e, com ela, as pesquisas com células tronco obtidas de embriões humanos. Para começar a vigorar, a lei depende apenas da sanção do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A nova lei brasileira determina que o uso de embriões para pesquisa está liberado. No entanto, só poderão ser utilizados os que estiverem congelados há mais de três anos. Assim como também será preciso ter a autorização dos

genitores para o uso e de um comitê de ética para a realização do estudo. A lei proíbe a venda de embriões e também a clonagem.³⁴

Cumpra esclarecer, que é merecedor de sanção qualquer tráfico de embriões crioconservados para fins científicos, comerciais ou industriais, assim como nulo será o contrato que o prever, conforme preceitua o art. 199, § 4º da Constituição Federal que diz: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. A proibição é expressa constitucionalmente. As instituições médicas e científicas que tiverem embriões em seu poder na qualidade de depositárias não poderão deles dispor onerosamente, sendo possível apenas usá-los ou entregá-los para doação, a fim de serem utilizados em fertilização assistida, desde que haja anuência dos doadores dos gametas ou do casal que os encomendou e do órgão controlador. Não caberá à clínica nem ao médico a tomada de decisão sobre o destino do embrião alheio ou o controle dele.³⁵

A questão a ser analisada deste fato é que a aprovação de pesquisas com células tronco muda o destino dos embriões congelados nas clínicas de fertilização. Afinal, ao invés de serem descartados, serão utilizados em pesquisas, as quais poderão trazer curas e tratamentos para algumas doenças. No entanto, uma relevante questão a ser destacada, é que de qualquer forma, haverá a eliminação do embrião, ou seja, de uma vida.

Dessa forma, verifica-se que, se por um lado, tal permissão representa uma esperança para os deficientes físicos e pacientes de doenças degenerativas, por outro, há um fato muito importante que também deve ser considerado, qual seja, para extrair a célula-tronco, o embrião é destruído. Portanto, um fato que não foi devidamente ressaltado acerca do assunto foi o de que para a pesquisa com células-tronco embrionárias é necessário a supressão dos embriões.

É importante ressaltar que os supostos fins terapêuticos que alguns cientistas alegam para defender a manipulação, a pesquisa com células-tronco ou até mesmo a clonagem de embriões não justificam a eliminação de vidas humanas, mesmo que estas, como é o caso dos embriões, se encontrem no estágio inicial de seu desenvolvimento, pois se por absurdo fosse lícito eliminar vidas humanas embrionárias para supostamente beneficiar outras vidas humanas, alguém poderia teorizar e propor, por exemplo, a “exclusão” de pessoas idosas e doentes, para deixar vagas disponíveis nos hospitais a pessoas jovens que, uma vez curadas, poderiam trabalhar e produzir mais, em termos econômicos, em benefício da sociedade. Isso representaria, evidentemente, uma aberração e uma discriminação absolutamente inaceitáveis e indignas.

³⁴ HOLLANDA, Eduardo. **A vitória da razão**. In: Revista Isto é. Três. Ed, 1847, 09 de março de 2005, p.35.

³⁵ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.57.

Com a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e com o surgir das difíceis questões ético-jurídicas por elas suscitadas, o direito não poderia deixar de reagir, diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, impondo limites à liberdade de pesquisa, consagrada pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988.

A Lei Magna, em seu art. 5º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou o ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da Constituição. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade. A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano na sua dignidade.³⁶

Na verdade, a resposta aos legítimos anseios e às esperanças da sociedade em relação à cura de doenças passa pela pesquisa científica que respeite os limites da ética e da dignidade da pessoa humana.

Destarte, não há como garantir que o ser humano na fase embrionária não seja um ser vivo, portanto, não obstante o pensamento de inúmeros cientistas que utilizam embriões em experimentos genéticos, o Direito deve estar bastante atento para evitar que o direito à vida humana seja ferido, afinal esta deve ser respeitada sempre, desde o seu início até o seu termo.

Em outros países, a questão acerca da permissão do uso de embriões humanos para pesquisas é contraditória. Na Europa, eleitores suíços, votaram em 28/11/2004 pela autorização de células tronco embrionárias em pesquisas. Inglaterra, Bélgica, Holanda, França, Dinamarca e Espanha já permitem o uso das células tronco para fins terapêuticos. Enquanto que nos Estados Unidos, o Governo Bush proibiu recentemente a pesquisa com embriões humanos congelados e, conseqüentemente, com células-tronco embrionárias humanas. Também há a proibição de tais pesquisas na Alemanha, Irlanda, Itália e Portugal.

Deve-se ressaltar que, sendo a experimentação no homem e com ele, indispensável para o progresso científico, com suas benéficas conseqüências para a humanidade, ratifique-se que tal experimentação só deve ser praticada com o respeito às normas de natureza ética e jurídica, dentre as quais sobressaem-se o respeito pela vida e dignidade humana.

³⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana.** In: A reconstituição do Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 563.

Porém, é claro que a dignidade do ser humano não pode ser tutelada através de simples apelo à consciência dos cientistas; esse trabalho cabe ao controle do Direito, que deve se apressar na adequação de normas norteadoras das condutas envolvidas na Engenharia Genética, de modo a preservar os direitos humanos fundamentais, em especial, os direitos do embrião, que como qualquer outro ser humano, deve receber a devida tutela estatal para que possa desfrutar de seu direito maior: a vida.

4.3 Considerações Finais/ Sugestões Doutrinárias

Sendo o embrião humano congelado um ser humano, contendo uma genuína manifestação de vida, merecedor, por isso, de respeito e preservação, como admitir a destruição dos embriões? Como solucionar o problema do prazo de estocamento e do destino dos embriões crioconservados? Se não forem transferidos ao útero de sua mãe, deverão ser “doados”, ou melhor, cedidos, gratuita e obrigatoriamente, a outro casal, desde que seus pais renunciem a qualquer direito e permaneçam no anonimato?

Diante de tais questões percebe-se que é preciso a edição de normas especiais para a tutela dos embriões gerados na proveta, como se deu em alguns países, propondo medidas para a solução dessa situação, principalmente se estiverem congelados e superado o prazo legal estabelecido para sua conservação. Por exemplo, a pesquisa sobre embrião humano é vedada na Irlanda, Áustria, Noruega, Alemanha, exceto para determinação, prevenção ou cura. Na Dinamarca proíbem-se o uso de embriões em pesquisas, a produção de seres humanos idênticos e a criação de seres humanos pela fusão, antes da implantação no útero, de embriões ou de partes de embriões geneticamente diferentes, assim como a produção de seres humanos híbridos, originários de cruzamento de espécies diferentes, mas permite o congelamento por um ano, sendo que, em caso de não-produção de embriões para pesquisa, o da não-reimplantação de um embrião já testado em experiências e o da anuência dos genitores para utilização dos embriões excedentes em pesquisas, cujo congelamento é permitido por 5 anos, período após o qual se poderá ter o descarte ou a sua adoção a outro casal infértil. As Recomendações n. 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa exigem que, sendo o embrião uma pessoa humana, deverá ser tratado com respeito à sua dignidade, dando-se-lhe tutela jurídica desde a fecundação do óvulo, e não admitem que nele se façam experiências suscetíveis de atingir uma alteração artificial de seu genoma.

Maria Helena Diniz³⁷ sugere que seria de bom-senso que a lei estipulasse: a) a imposição de técnicas de engenharia genética ou a modificação do número de óvulos a serem extraídos e fecundados que, em caso de fertilização *in vitro*, reduzam ao mínimo imprescindível o número de embriões, que deverão ser crioconservados para serem usados futuramente para fins procriativos; b) a comunicação ao casal do número de embriões produzidos, para que decida

³⁷ DINIZ, op.cit.p.416-417.

quantos serão transferidos ao útero, devendo os demais serem congelados; c) a utilização efetiva dos embriões congelados para procriação, facilitando sua “doação”, ou melhor, cessão a outros casais estéreis e evitando sua destruição; d) a ampliação do prazo máximo de crioconservação de embriões para resolver sua situação, se não forem usados, mediante adoção pré-natal, vedando sua eliminação, comercialização e sua utilização para fins científicos não terapêuticos, experimentais, cosmetológicos ou bélicos; e) aperfeiçoamento do método *Intra Cytoplasmic Sperm Injection* (ICSI), para que haja uma única transferência de embriões, evitando-se o congelamento, pois assim não haveria excedentes; f) os efeitos que decorreriam para os embriões congelados em caso de separação judicial ou divórcio de seus pais, morte ou incapacidade superveniente de um ou de ambos, desacordo entre eles, mudança de endereço deles sem informar à clínica o novo domicílio, impossibilitando sua localização para continuação do tratamento ou, ainda, de seu abandono pelos pais nas clínicas ou de declaração judicial da ausência destes etc; g) obrigatoriedade de, no momento da crioconservação, o casal expressar, por escrito, sua vontade quanto ao destino dos embriões excedentes em caso de separação, divórcio, moléstia grave ou falecimento de um deles ou de ambos; h) a efetivação de um compromisso por parte de seus pais de que os usarão para a própria procriação; i) a exigência de um consentimento prévio e escrito dos pais para ceder, gratuitamente, os embriões congelados não usados por eles a outros casais para fins procriativos, abrindo mão de seus direitos e permanecendo no anonimato; j) as medidas a serem empregadas durante o período de crioconservação referentes à custódia, aos gastos de manutenção que, em regra, custa R\$ 180,00 por semestre, e à sua tutela jurídica; k) os direitos do embrião, inclusive os acessórios, preservando sua vida e integridade corporal, impondo responsabilidade civil por dano moral e patrimonial a ele causado; l) o respeito devido à dignidade humana do embrião em todas as circunstâncias.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, entende-se que o nascituro é, em si, uma pessoa e como tal, portadora de personalidade jurídica desde a concepção, com os direitos a ele garantidos desde tal momento. Afinal, o embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica.

Dessa forma, verifica-se que ainda que desprovido de capacidade de exercício de seus direitos, é portador destes, dentre os quais avulta-se, especialmente, o direito à vida, que é o maior direito do ser humano.

Assim, a proteção tem que iniciar desde a concepção ou fecundação do embrião, e não somente após o nascimento com vida, objetivando-se uma ampla proteção do nascituro, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente diante dos avanços científicos atuais experimentados na Biologia, e principalmente, na Engenharia Genética. Cabe ainda destacar que a proteção do nascituro deve ocorrer desde quando ele é concebido, não importando a forma

como isso aconteceu, se por métodos naturais ou em laboratório. Afinal, o embrião gerado pelo processo de fecundação *in vitro* há de ser considerado, para todos os efeitos da proteção jurídica do Estado, um ser já concebido e como tal passível de desenvolvimento e de gerar uma vida futura e autônoma, devendo ser estendida ao mesmo a proteção que se reserva aos nascituros intra-uterinos.

Quanto ao destino dos embriões excedentes, conclui-se que definitivamente estes não podem de forma alguma ser destruídos, em respeito aos princípios assegurados no artigo 5º de nossa Constituição. Destarte, ao fim dessa pesquisa, como conclusão pode-se afirmar que:

Os avanços da tecnologia têm causado grandes perplexidades na área das Ciências Sociais, notadamente na esfera jurídica, que não tem conseguido dar respostas satisfatórias aos problemas surgidos em decorrência dos avanços nas ciências biológicas. É nesse contexto que se situam as novas técnicas de reprodução humana. O procedimento utilizado nessas técnicas para a obtenção do material celular embrionário é o da fertilização *in vitro*, através da hiperestimulação ovariana, que converge na produção de embriões supranumerários. E o problema surge quando os embriões “restantes” não são mais desejados, nem mais necessários. Essa fato é muito sério e está a merecer estudo mais aprofundado pela Ciência Médica, eis que tal questão envolve vidas humanas, tendo em vista que o embrião é ser humano, não é coisa.

Assim como também a Ciência Jurídica deve refletir a fundo toda a problemática surgida em decorrência das novas técnicas de reprodução humana, devendo-se criar uma legislação séria, embasada em modelos éticos, decorrentes de uma discussão ampla com todos os setores da sociedade civil.

Uma saída viável para o problema seria a criação de uma lei específica para tratar do caso de embriões supranumerários, estabelecendo, inclusive, a obrigatoriedade da assinatura, pelos pais, de um termo estipulando que, caso os embriões excedentes não venham a ser implantados na mãe, dentro de determinado prazo, eles possam ser doados para outras pessoas interessadas em gerar um filho.

Deverá a legislação consagrar que as técnicas de reprodução humana só devem ser utilizadas com o intuito terapêutico, ou seja, para devolver a possibilidade de gerar filhos a quem não teve naturalmente essa oportunidade.

A legislação deve proibir, baseada no princípio do respeito à vida do nascituro, consagrado no artigo 2º do Código Civil, a destruição de embriões congelados. Afinal, como foi visto nesta pesquisa, o nascituro não é uma parte do organismo materno, e sim, um efetivo ser humano, perfeitamente individualizado e que, portanto, não pode ser objeto de disposição nem sequer de seus progenitores. Ninguém, portanto, tem o direito a destruí-lo .

Destarte, enfim, cabe concluir que sendo o Direito a ciência da ética por excelência, deveria acompanhar mais de perto tantos avanços que ocorrem nas outras ciências. Uma delas é a Medicina, onde já é iminente a clonagem de seres humanos e as reproduções assistidas. O Código Civil aponta apenas um início legislativo, sendo necessários estudos jurídicos mais aprofundados. O Direito e as outras ciências poderiam e deveriam caminhar mais próximas.

BIBLIOGRAFIA

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito – atualizado conforme o novo Código Civil. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

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

SEMIÃO, Sérgio Abdalla Semião. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e Biodireito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Novo Código Civil: Lei 10.406, de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

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

BRANDÃO, Dornival da Silva. A vida dos Direitos Humanos. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do Direito Romano. *Revista brasileira de Direito comparado*. Rio de Janeiro, nº 13, 2º Semestre, 1992.

MIRANDA, Pontes. “Nasciturus” e “nondum conceptus”. In: *Tratado de direito privado. Parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SAUWEN, Regina e HRYNIEWICZ, Severo, O Direito in vitro, 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. A tutela jurídica do nascituro. 4.ed.São Paulo: LTr, 2000.

PASTORE, Karina; FRANÇA, Valéria. Nova Proveta: Técnica Experimental Permite Gravidez Depois da Menopausa. IN: Revista Veja. Editora Abril. Edição 1519. Ano 30. Nº 43. 29 de outubro de 1997. P. 68.

PASTORE, Karina. A Vida no Freezer: Americana dá à luz gêmeo de menino nascido há sete anos. IN: Revista Veja. Editora Abril. Edição 1535. Ano 31. Nº 8 . 25 de fevereiro de 1998. P. 40.

BUCHALLA, Anna Paula. Células da esperança. In: Revista Veja. Abril. ed. 1846. Ano 37. Nº 12. 24 de março de 2004. P. 84-91.

HOLLANDA, Eduardo. A vitória da razão. In: Revista Isto é. Três. ed 1847. 09 de março de 2005, p.35.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12.ed., Belo Horizonte: Malheiros, 2002.

KILDARE, Gonçalves Carvalho. Direito Constitucional Didático. 8.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23.ed..São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: parte geral. 30. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência 25. ed. São Paulo: RT, 1999.

LORENZETI, Ricardo Luis. O Direito Privado como proteção do indivíduo. In: Fundamentos do Direito Privado. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MEDEIROS, Leonardo. Entenda a polêmica sobre as células tronco. Folha Online, 13/03/2004.

MEDEIROS, Leonardo. Lei de Biossegurança proíbe pesquisas com células tronco embrionárias. Folha Online, 13/03/2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana. In: A reconstituição do Direito Privado. São Paulo: Saraiva,2002.

SCAVOLINI, Francesco. Dolly e os embriões humanos. Revista Consulex. Brasília, ano VIII, n. 180, julho/2004, p.26.