



# NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO E O MARCO INICIAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

---

*Joyceane Bezerra de Menezes\**

## RESUMO

Este artigo pretende analisar a natureza jurídica do embrião humano no Brasil, especialmente considerando os direitos de personalidade que pretendem amparar a pessoa humana em todas as etapas de sua existência, a partir da fase pré-natal. A problemática parte do conflito aparente entre a disposição do Código Civil que informa o marco inicial da pessoa a partir do nascimento, com vida, e o direito à vida que se estende à figura do nascituro, assim como outros direitos de personalidade.

## Palavras-chave

Embrião humano. Direito de personalidade. Natureza jurídica.

## ABSTRACT

This article seeks to examine the legal status of the human embryo in Brazil, especially considering the rights of the person they want to support the human person at all stages of its existence, from the pre-natal. The issue of the apparent conflict between the provision of the Civil Code that informs the initial framework of the person from birth, life and the right to life that extends to the figure of the unborn child, as well as other rights of personality.

## Key-words

Humans embryo. Right of personality. Legal status.

## 1 INTRODUÇÃO

A engenharia genética e a biomedicina têm feito avanço inimaginável nestes últimos anos. A sociedade pós-industrial é marcada por estudos, experiências e descobertas que otimizam a qualidade de vida mas que também geram riscos, perplexidades e incertezas. O homem descobre a técnica da clonagem animal, realiza fecundações *in vitro*, amplia os métodos de manipulação genética, suscitando

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunta do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

questionamentos éticos e incitando debates. No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal foi chamado a examinar a Lei de Biossegurança (no.11.105/2005) por força de Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pelo então Advogado-Geral da União, Dr. Cláudio Lemos. Embora a ação não haja sido julgada, o Ministro Relator já apresentou o seu voto, com argumentos que, se acatados, trarão novo rumo para questões como a manipulação dos embriões, o marco inicial da vida, a proteção jurídica aos embriões. O marco inicial da pessoa, sujeito de direitos e deveres para a ordem civil, é o nascimento com vida, muito embora se ponha a salvo o direito do nascituro, desde a concepção. Porém, com as técnicas atuais de manipulação genética, surgem situações que não se enquadram nas *fattispecies* previstas pelo Código Civil Brasileiro e que recebem regulamentação incipiente pela Lei de Biossegurança. Questões como o congelamento de embriões, estudos científicos e pesquisas com células embrionárias ainda não causam perplexidades entre os atores sociais e jurídicos brasileiros. A Lei de Biossegurança dispõe, perfunctoriamente, sobre a utilização de células embrionárias em pesquisas científicas, mas neste ponto teve a sua validade constitucional questionada. A este artigo não interessa os rumos da ciência no uso de células embrionárias, mas uma análise geral sobre a natureza jurídica do embrião humano (excedentário ou implantado no ventre humano), com enfoque no direito à vida e nos direitos de personalidade na fase inicial da ontogenia humana.

## 2 EMBRIÃO HUMANO: NATUREZA JURÍDICA E A PROBLEMÁTICA DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Não há consenso sobre a definição de embrião humano tampouco sobre o momento acontece a concepção. Para Axel Kahn<sup>2</sup>, o embrião corresponde a um “organismo em via de desenvolvimento, depois de seu estado unicelular até a realização de uma forma de vida autônoma”, sem aqui importar se a sua origem é derivada de partenogênese pela fertilização artificial ou natural do gameta feminino pelo gameta masculino ou de clonagem.

O fato é que a ontogenia humana inicia na fase da concepção e se estende até a vida adulta. Não haverá nascituro, nem pessoa sem a conjunção dos gametas feminino e masculino na formação de uma programação genética. Não haverá pessoa sem a prévia figura do embrião. Sabendo que o direito a vida é consagrado em todos os diplomas internacionais relativos aos direitos do homem, é possível dispensar essa proteção aos embriões? A partir da fecundação já se tem em referência a um ser humano? Quando se inicia a vida?

Estas questões têm profundas repercussões no ambiente da ética e da biociência, merecendo, no plano jurídico, regulamentação que considere o diálogo dos diversos atores sociais e os valores de justiça assinalados pela Constituição Federal.

<sup>2</sup> KAHN, Axel. Le clonage thérapeutique et le statut de l’embryon. In: MC LAREN, Anne (Coord.). *Le Clonage*. Alemanha: Editions du Conseil de l’Europe.2002, p.113.

No Brasil, o Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, momento em que, supostamente, se inicia a vida. A Constituição Federal de 1988 é silente quanto ao marco inicial da vida. Na literalidade do artigo 5º., relativo aos direitos fundamentais, deduz-se uma interpretação que destina a tutela aos interesses dos nascidos, das pessoas. Senão veja-se, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. A Constituição de 1988 trata da dignidade da pessoa humana; dos direitos fundamentais de todos os brasileiros e estrangeiros; dos direitos sociais considerados suportes ao desenvolvimento pessoal e social do indivíduo; dos direitos políticos dos brasileiros natos e naturalizados. Mas não menciona a figura do nascituro, do embrião.

Para Sambrizzi<sup>3</sup>, o embrião surge quando os vinte e três cromossomos paternos se conjugam com os vinte e três cromossomos maternos, formando um novo código genético representativo de um ser de características irrepitíveis, identidade genética próprias e autonomia para chegar ao nascimento. No mesmo sentido ressalta Diaz<sup>4</sup>, informando que “de acordo com dados científicos conhecidos, a concepção ocorre no momento em que os dois gametas, masculino e feminino, entram em íntimo contato e se fundem de modo a formar uma única célula, dita zigoto. (...) Entre a 18a. e a 38a. horas da evolução ocorre o momento culminante da concepção em que emerge uma nova informação genética. Tal informação pode descrever-se como uma série ordenada de numerosas instruções, ditas genes, codificadas numa linguagem extremamente precisa e cada uma indicando uma operação a desenvolver no interior da célula. (...) Não existem hoje dúvidas sobre a novidade do programa genético que emerge no momento da concepção”.

São diversas as correntes que explicam o início da vida. Eduardo de Oliveira Leite<sup>5</sup> lista duas correntes: a concepcionista e a genético-desenvolvimentista. Para a primeira corrente, a personalidade surge no momento da concepção, do encontro dos gametas feminino e masculino, dando-se origem ao zigoto. Na justificativa da corrente genético-desenvolvimentista, o momento inicial do embrião se dá cerca de quatorze dias após a fecundação, com a implantação do zigoto, até ali designado pré-embrião, no endométrio<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> “...al conjugarse los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos y quedar de esa forma impreso un nuevo código genético – un nuevo ser, irrepitible, con una autonomía e identidad genética propia, distinta por cierto a la de sus padres, el cual, desde el principio de su existencia y cn independencia de las diferencias biológicas que el nuevo ser tiene durante su desarrollo, posee potencialidad suficiente como para, mediante un proceso irreversible y continuo, desarrollarse y llegar al nacimiento.(SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p.130).

<sup>4</sup> DIAZ, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 1996, p.172.

<sup>5</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p.134.

<sup>6</sup> Arrolando as teorias que explicam o momento da concepção, Reinaldo Pereira da Silva cita a doutrina genético-desenvolvimentista que distingue o pré-embrião do embrião implantado. Pré-embrião seria o zigoto não implantado, na fase que segue da fecundação ao 14º. Dia. (*Introdução ao biodireito*. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: RT, 2002, p.82).

Jussara Meireles<sup>7</sup> enumera três correntes: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista. Para a doutrina natalista, o surgimento da personalidade ocorre do nascimento, com vida, afastando-se qualquer proteção ao nascituro ou ao embrião não implantado. Pela corrente da personalidade condicional, embora a personalidade somente surja do nascimento, com vida, os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção. Segundo a corrente verdadeiramente concepcionista, a personalidade começa a partir da concepção.

No Brasil, filiam-se a corrente concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, Maria Helena Diniz<sup>8</sup>, Francisco Amaral<sup>9</sup>, Limongi Franca<sup>10</sup>, dentre outros. Inclínados para a corrente natalista tem-se Clóvis Beviláqua<sup>11</sup>, Virgílio Carvalho<sup>12</sup>, Joaquim Aguiar<sup>13</sup>, Eduardo Espínola<sup>14</sup> e até mesmo Joaquim Ribas<sup>15</sup>. São muitos os adeptos da corrente da personalidade condicional, entre eles citam-se, Pontes de Miranda<sup>16</sup>, Washington de Barros Monteiro<sup>17</sup>, Arnold Wald<sup>18</sup>.

A corrente genético-desenvolvimentista é acatada pela Corte Alemã e ainda pelo informe Warnock<sup>19</sup>, recebendo a adesão de Ronald Dworkin<sup>20</sup>. Para

<sup>7</sup> ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. O nascituro no código civil e nosso direito constituendo. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.41.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>9</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.255.

<sup>10</sup> FRANÇA, Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

<sup>11</sup> Clóvis Beviláqua define que personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. Posiciona-se a favor da teoria concepcionista, quando defende que a personalidade se remonta à concepção (*Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p.172). Para justificar a teoria concepcionista, informa que “quando, entre nós, havia pena de morte, não era aplicada à mulher em estado de gravidez. Nesse caso não era sequer submetida a julgamento” (op.cit, p.75). Deduz-se que tal cautela visava a proteção dos direitos do nascituro. Noutro momento, parece afiliar-se a corrente da personalidade-condicional, quando arremata, “o feto no útero materno ainda não é homem, porém se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção” (op.cit., p.76).

<sup>12</sup> CARVALHO, Virgílio Antônio de. *Direito Civil: Parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936.

<sup>13</sup> AGUIAR, Joaquim. *Programa de Direito Civil: Introdução e parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Cargine, 1974.

<sup>14</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

<sup>15</sup> RIBAS, Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

<sup>16</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

<sup>17</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte geral*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>18</sup> WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>19</sup> Conforme cita SAMBRIZZI, esta compreensão orientou decisão da Corte Constitucional da Alemanha, em 25/2/1975, sobre aborto. E ainda é a orientação do Informe Warnock, em 1984, quando se afirmava que apenas após a nidação poderia se falar em embrião. (SAMBRIZZI, E. op cit., p.139 e 141).

<sup>20</sup> Segundo ele, “o desenvolvimento fetal é um processo de criação contínuo, um processo que mal começou no instante em que ocorre a concepção. De fato, uma vez que a individualização genética ainda não se consumou a essa altura, poderíamos dizer que o desenvolvimento do ser humano com características únicas só vai iniciar-se cerca de catorze dias mais tarde, no momento da implantação. Depois desta, porém, à medida que prossegue o crescimento do feto, o investimento natural que o aborto poria a perder torna-se cada vez maior em mais significativo” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.123).

esta corrente<sup>21</sup>, diferenciam-se a figura de pré-embrião e embrião. Herman Nys<sup>22</sup> esclarece que, o óvulo fecundado chama-se zigoto e que o embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da sua implantação no útero até oito semanas depois da fecundação; após esta fase, já começa a ser denominado de feto. Logo, o nascituro somente exsurge dessa fase, da implantação do embrião no útero materno.

Vêm-se controvérsias sobre o início da vida até mesmo na ciência. As diferentes teorias que explicam o momento da concepção se fundam em critérios arbitrários; representam escolhas, segundo Márcia Correia Chagas<sup>23</sup>, movidas por componentes ideológico e até econômicos.

Ressalta-se, porém que, se a partenogênese ocorre no aparelho reprodutor feminino, a possibilidade de evolução do embrião para o nascimento é mais concreta, mesmo que não seja biologicamente garantida<sup>24</sup>. Desde a fecundação ter-se-ia o concebido, aquele que está por nascer, o nascituro na linguagem do CC/2002, proteção jurídica. Implantado no corpo materno, ainda que a fecundação tenha sido feita *in vitro*, também goza da proteção legal deferida ao nascituro. Fora do útero materno ainda não haveria a possibilidade concreta do embrião chegar ao nascimento, mas isso não lhe retira a individualidade enquanto ser independente. O embrião não pode ser confundido com tecido, órgão ou fluido da mãe, é um potencial genético para confluir para a formação de uma pessoa.

O Código Civil de 2002 informa que o nascimento é o marco inicial da personalidade jurídica, pondo a salvo os direitos do nascituro deste a concepção como forma de proteger os interesses da pessoa que está por nascer. Porém, sem a identificação legal ou o consenso científico sobre o marco da concepção, não haverá tranqüilidade quanto ao início da proteção que se delibera ao nascituro, especialmente em face dos embriões excedentários, zigotos compostos *in vitro* para auxiliar na reprodução artificial sem que hajam sido implantados no útero materno.

A inseminação artificial já é prática corriqueira no Brasil, embora com uma regulamentação precária. Sujeita-se, quase tão somente ao controle social do Código de Ética da Associação Médica Brasileira e da Resolução no.1.358/1992 do

<sup>21</sup> Arrolando as teorias que explicam o momento da concepção, Reinaldo Pereira da Silva cita a doutrina genético-desenvolvimentista que distingue o pré-embrião do embrião implantado. Pré-embrião seria o zigoto não implantado, na fase que segue da fecundação ao 14<sup>o</sup> Dia. (*Introdução ao biodireito*. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: RT, 2002, p.82).

<sup>22</sup> NYS, Herman. Experimentação com embriões. *Biotecnologia, Direito e Bioética*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org). Belo Horizonte: Del Rey e PUC MINAS, 2002, p.177-178.

<sup>23</sup> CHAGAS, Márcia Correia. *Tecnologias médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2005. Orientação: Prof. Dr. Paulo Antonio Menezes Albuquerque, 186 fl., p.104.

<sup>24</sup> O aborto espontâneo é uma ocorrência freqüente na vida reprodutiva dos casais, estando relacionado a alterações genéticas, anatômicas, hormonais, infecciosas, imunológicas e outras.

Conselho Federal de Medicina. O Código Civil Brasileiro<sup>25</sup> fez breve referência à fecundação artificial homóloga e heteróloga, ao tratar da presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, sem se deter em questões relativas ao procedimento.

As técnicas de reprodução assistida têm envolvido e partem da manipulação *in vitro* de embriões para ulterior implantação no corpo materno. Porém nem todos os ovos produzidos pela mulher e devidamente fecundados são utilizados no procedimento e os embriões não utilizados são congelados até ulterior decisão dos genitores. Adotada a compreensão de que o embrião surge na fecundação, ocasião em que ocorre a concepção de uma nova vida, muitas restrições devem ser impostas à sua manipulação. De outra banda, mesmo entendendo-se que não há vida nos embriões excedentários, urge uma regulamentação mais efetiva acerca de sua manipulação, para evitar a reificação da existência humana.

Vê-se que dessa prática despoletam vários questionamentos. Seriam os embriões excedentários considerados nascituros, por admitir-se que houve a concepção no instante da fecundação? Há distinção capaz de qualificá-los numa condição diversa, identificando-os como *concepturos*? Por quanto tempo se permitiria o estado de congelamento desses embriões, considerando que o tempo implica na perda da sua totipotência? O congelamento de embriões somente se destinará à reprodução? Seriam os embriões, neste momento, titulares do direito à vida, com direito ao efetivo nascimento? Sendo os embriões excedentários titulares do direito à vida, quais os limites da vontade dos genitores sobre a sua destinação? Seria legítima a fecundação de embriões em quantidade superior a ser implantada no corpo materno, para fins reprodutivos? Como solucionar o problema de embriões excedentários cujos genitores faleceram? Poderiam tais embriões ser cedidos a terceiros, numa espécie de adoção ou filiação sócio-afetiva? Essas indagações fazem parte das perplexidades que justificam um estatuto do embrião.

Maria Helena Diniz<sup>26</sup>, defende que a vida se inicia com a fecundação e que o começo da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. Por esta razão, simplifica a questão se opondo a qualquer experimentação terapêutica com embriões e também a técnica de reprodução assistida que implique em perda de óvulos fecundados.

Mas as respostas a esses questionamentos envolvem opiniões contraditórias e atualmente, uma regulamentação incipiente, o que favorece o conflito.

<sup>25</sup> “Art. 1.597. 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.”

<sup>26</sup> DINIZ, M. op. cit. p.428.

## 2.1 Manipulação de embriões excedentários e a tutela da vida

A Lei de Biossegurança (Lei no.11.105, de 24 de março de 2005) proibiu a clonagem humana e dispôs sobre as condições e possibilidade de utilização de células tronco obtidas de embriões excedentários produzidos por fertilização *in vitro*, quando não utilizados no procedimento de reprodução assistida. A utilização fica condicionada à obediência dos critérios do art.5o.<sup>27</sup>, quais sejam: que o embrião haja sido obtido por fertilização *in vitro*; que tenha sido utilizado no procedimento de fertilização artificial; que seja inviável ou que esteja congelado há três anos ou mais; o consentimento dos genitores; que a pesquisa seja realizada por instituições de pesquisa e serviços de saúde com a submissão e aprovação dos seus projetos pelo respectivo comitê de ética. Vedou qualquer comercialização desse material biológico.

A utilização de embrião excedentário inviável para pesquisa não seria tão tormentosa, haja vista a sua impossibilidade de desenvolvimento, mesmo se fosse implantado no ventre materno. A utilização de embriões congelados por três anos eleva a novos questionamentos. Seriam ainda viáveis? Por que permitir-se a fecundação *in vitro* em quantidades superiores a que será utilizada, de modo a sobejar e justificar o congelamento?

Num e noutro caso, a declaração de inviabilidade do embrião demandaria elevada responsabilidade e a necessidade de séria fiscalização por parte do poder público. Se embrião não é considerado pessoa, também não se pode desconsiderar a sua potencialidade genética de se transformar em pessoa. É um ser humano com potencialidade, sustenta Dias, que pode “passar da potência ao acto desde que lhe seja proporcionado um ambiente adequado, não a forma ou a essência, que essa esta indelevelmente escrita, *ab initio*, no genoma”<sup>28</sup>.

Seria mesmo um ser humano? A resposta também não encontra consenso.

De toda sorte, o artigo 5º. da Lei de Biossegurança teve a constitucionalidade questionada pela Ação Direta de Constitucionalidade no.3.510-0, sob exame pelo Supremo Tribunal Federal. Muito embora não haja ocorrido o julgamento, já se tem

<sup>27</sup> “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

<sup>28</sup> DIAZ, J. op. cit. p.184.

acesso ao voto do Relator, Ministro Carlos Brito. O autor da ação, então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, “sustenta que: ‘a) a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação’; b) o zigoto, constituído por uma única célula, ‘é um ser humano embrionário’; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe proporcionando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e concretamente, mais promissora do que a pesquisa com célula embrionária”<sup>29</sup>.

A peça do advogado público Rafael Abritta, a qual aderiram o Ministro Alvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado-Geral da União e o próprio Presidente da República, diz que “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para a utilização de material embrionário, em via de descarte, para fins de pesquisa e terapia consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente”.

O atual Procurador-Geral da República, atuando com fiscal da lei, opinou pela inconstitucionalidade do artigo, apoiando o parecer do colega Cláudio Fonteles.

O voto do relator culmina no reconhecimento da validade constitucional do artigo. Justifica que, na dicção da lei, a pesquisa científica com células embrionárias somente recairá sobre os embriões excedentários inviáveis para a reprodução humana ou sobre aqueles crioconservados há três anos ou mais, cujos genitores não desejarem a sua utilização para fins reprodutivos. Sendo necessária, numa ou noutra hipótese, a autorização dos genitores<sup>30</sup>.

Antes de apresentar a sua conclusão, o relator desenvolve uma argumentação sobre a natureza do embrião, o início da vida e a proteção jurídica do embrião. E neste aspecto, teme-se pelos efeitos desse julgamento. Sabe-se que essa decisão do Supremo Tribunal Federal importará na construção de uma interpretação, senão a mais correta, mas aquela constitucionalmente válida, a ser seguida pelos operadores jurídicos e pelo executivo federal, estadual e municipal, no tocante à temática<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

<sup>30</sup> Na dicção do relator, “Afirmar-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento *externa-corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente condicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potencia máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da auto-replicação), poderiam experimentar com o tempo o risco de u’a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido totipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalar”.

<sup>31</sup> Lei nº 9868/99 Art. 28.(...). Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.



Quanto à natureza jurídica do embrião, apresenta afirmações contraditórias se consideradas as correntes doutrinárias mencionadas acima. Reflete a influência da corrente concepcionista, quando demarca o início da vida humana na concepção, coincidente com o momento da fecundação. *In verbis* “não se nega o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino pelo espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que consiste o zigoto”<sup>32</sup>. Mesmo assim, não faz coincidir o início da vida com o surgimento da pessoa, que ocorre somente do nascimento com vida<sup>33</sup>. Admite o conceito normativista de pessoa.

De todo modo, concorda que a fecundação artificial resulta na produção de vida humana. Representando uma vida humana, os embriões excedentários teriam a tutela constitucional do direito à vida? Por esse raciocínio, tem-se o entendimento de que a produção de embriões excedentários em quantidade superior aquela que será implantada no útero, já representaria um desperdício de vida. Sendo legítima e urgente a necessidade de regulamentação da prática.

Em outra passagem, o relator acosta o pensamento da antropóloga Débora Diniz para quem não há um início da vida, mas um ciclo interminável de geração da vida humana, “a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possam reconhecer alguns estágios da biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros”<sup>34</sup>. Recorrendo a teses desta ordem, o Relator parece se filiar a uma corrente genético-desenvolvimentista, especialmente quando afirma que o embrião viável aprisionado *in vitro*, empaca nos primeiros degraus do que seria a sua evolução genética, pois não poderia passar pela nidação e alcançar as perspectivas de suas mutação em feto. Diz que na “gélida solidão do confinamento *in vitro* o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo (...)”<sup>35</sup>.

Em reforço, cita Ronald Dworkin<sup>36</sup>, adepto da corrente genético-desenvolvimentista, para informar que o Direito tutela de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano<sup>37</sup>, sendo tanto maior a

<sup>32</sup> Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

<sup>33</sup> Adiante, o relator afirma que “sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural”, página 46.

<sup>34</sup> Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 04.04.2008.

<sup>35</sup> Conforme vê-se do voto citado.

<sup>36</sup> Apona o momento da individualização genética após catorze dias da fecundação, no momento da implantação (DWORKIN, R. op. cit. p.123).

<sup>37</sup> Atribui a Dworkin a idéia de que a tutela jurídica da vida será tanto maior quanto maior o investimento pessoal realizado, de sorte que a proteção à vida vai aumentando a medida que se adensa o investimento natural e da própria família. Entendo que não foi isso o que Dworkin

proteção quanto maior o investimento realizado pela natureza, pelo sujeito e pelos familiares.

Noutra passagem, para justificar a utilização do embrião excedentário em pesquisas e terapias, o relator associa os fenômenos da *fecundação* e *gravidez* como pressupostos da ocorrência do nascituro, passando a operar uma distinção entre *nascituro* e *concepturo* (embrião não implantado)<sup>38</sup>. Com isso, reforça a adesão à corrente genético-desenvolvimentista, identificando a concepção no instante da nidação. Neste entendimento, o embrião excedentário não mereceria a mesma tutela do embrião em via de implantação ou já implantado. Lembre-se aqui, de que o próprio relator afirmou, na mesma peça, que o instante da fecundação seria o marco inicial da vida humana.

Noutro momento, compreende o embrião como uma pessoa em potencial, aproximando-se da corrente da personalidade condicional.

Denuncia o mutismo da Constituição de 1988 acerca da vida pré-natal mas compreende que a importância nuclear depositada no princípio da dignidade da pessoa humana autoriza o seu transbordamento para proteger “tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa”<sup>39</sup>. Mais uma vez reforça a proteção ao embrião (mesmo excedentário) receptáculo de vida e amparado pela tutela protetiva da dignidade da pessoa humana.

Mesmo assim, deixa entrevê adiante, que o embrião terá proteção tanto maior se estiver em condições de avançar para a trilha do nascimento<sup>40</sup>, fazendo-se

---

quis dizer na passagem citada do seu livro. O exame integral do texto demonstra que a frustração acerca da perda da vida será tanto maior a depender da fase em que se encontre o sujeito. O próprio Dworkin diz que as pessoas acreditam que o aborto será mais difícil quanto mais tarde houver sido praticado. Isto porque já houve um investimento maior pela natureza, pela mãe, pelos familiares, do que houvera nos primeiros dias da gestação (DWORKIN, R. op.cit. p.123).

<sup>38</sup> Diz “retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o contúbio ou acasalamento. Fora da relação sexual. Do lado externo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. Fertilização *in vitro*, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). (...) Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino” (Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

<sup>39</sup> (Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008..

<sup>40</sup> Deixa entrevê o entendimento do trecho de Dworkin, quando diz “O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não.(..) As pessoas acreditam que o aborto não é apenas emocionalmente mais difícil, mas moralmente mais criticável quanto mais tarde form praticado (...). De fato,(...) poderíamos dizer que o desenvolvimento de um ser humano com características únicas só vai iniciar-se cerca de catorze dias mais tarde, no

corresponder ao conceito de nascituro – “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”, no conceito de Sílvio Rodrigues, utilizado pelo próprio relator.

Ressalta que “a possibilidade de algo pra se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas três realidades não se confundem: embrião é embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana”<sup>41</sup>.

Após análise do voto do relator, Ministro Carlos Britto, no julgamento da ADIN no.3.510-0, conclui-se que foram emitidos juízos no sentido de:

- a. Reconhecer o início da vida a partir da fecundação natural ou *in vitro*;
- b. Identificar como legítimas as técnicas de reprodução assistidas;
- c. Diferenciar o embrião concebido e não implantado daquele que está a caminho da implantação ou já está implantado, cuja caracterização a partir deste momento, passa a condição de nascituro (o concepturo seria o embrião não implantado, enquanto o nascituro é o embrião no ventre materno);
- d. Reiterar o marco inicial legal da existência da pessoa a partir do nascimento com vida;
- e. O princípio da dignidade da pessoa humana estende a sua incidência para amparar o processo vital do homem, a partir da fecundação, de modo a evitar “tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”;
- f. Reconhecer a possibilidade de utilização do embrião inviável nos casos e condições do art.5º. da Lei de Biossegurança, como alternativa mais adequada que o descarte.

O próprio Ministro do STF reconhece a ocorrência de vida e a necessidade de tutela jurídica do embrião a partir da fecundação artificial ou biológica. Contudo, admite um tratamento diferenciado entre o embrião implantado (nascituro) e embrião não implantado no ventre materno (pré-embrião ou mero concepturo), como se a vida que repousa num e noutro não fosse digna da mesma proteção. Justifica a manipulação dos embriões excedentários como sendo menos impactante aos valores sociais, em face do investimento natural e pessoal menores, do que se de fato já estivesse o embrião no ventre materno. Não aborda a questão da discricionariedade da decisão sobre a inviabilidade do embrião e, especialmente, a fecundação excessiva a ponto do sobejamento dos embriões crioconservados.

---

momento da implantação. Depois desta, porém, à medida que prossegue o crescimento do feto, o investimento natural que o aborto poria a perder tornar-se cada vez maior e mais significativo (DWORKIN, R op. cit. p.122, 123).

<sup>41</sup> Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

De todo modo, quando afirma que a existência humana começa da fecundação, reitera a necessidade da tutela jurídica específica a partir da manipulação *in vitro* dos gametas masculinos e femininos nos procedimentos de fecundação artificial. Se surge vida humana com a fecundação *in vitro*, é importante não permitir o sobejo de embriões excedentários. Se o ordenamento jurídico pátrio não lhes reconhece a condição de pessoa, a doutrina não lhes conforma na condição de nascituro, mas também não é correto afirmar-se que são coisas. Por este voto do Min. Carlos Britto, caso seja, confirmado, o próprio STF estaria a reconhecer-lhe a condição de vida humana. O princípio da dignidade da pessoa humana se espraia por todas as fases da existência humana, a partir do primeiro momento – a fecundação, a fim de resguardar-lhe proteção (assim também orienta o voto do relator). O que envolve vida humana toca a interesses jurídicos tutelados em face deste princípio e ainda do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3 O MARCO INICIAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O conceito de pessoa, na generalidade dos ordenamentos da família romano-germânica, é pautado numa concepção estritamente normativista. O ordenamento jurídico fixa o momento em que o sujeito humano se torna pressuposto dessa qualificação, passando, a partir daí, a se definir como a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos.

Inobstante, essa concepção normativista de pessoa não parece idônea para resolver a problemática dos interesses humanos, meritórios de uma tutela. Soa estranho que um ente seja considerado humano, sem que lhe seja atribuída qualquer personalidade jurídica. A tutela deve se estender para antes do nascimento. O humanismo metafísico, assinala Diaz<sup>42</sup>, “reconhece ao homem uma dignidade ontológica superior à estrita proteção legal, porventura existente, independentemente da capacidade de sentir ou do grau de desenvolvimento”. Nesta perspectiva, o embrião deverá gozar de proteção satisfatória.

Como referido, o reconhecimento da personalidade jurídica se opera, nos países de tradição romano-germânica<sup>43</sup>, a partir do nascimento, com vida.

<sup>42</sup> DIAZ, J. op. cit. p.185.

<sup>43</sup> No Direito Francês, a proteção do nascituro envolve uma análise de sua viabilidade, sendo esta presumivelmente existente a partir do 180o. dia da gravidez. E há permissão para o aborto até a décima semana da gestação, donde se conclui que o concebido não goza de total proteção. Mas neste mesmo país, em 1984, o Comité Consultivo Nacional de Ética para ciências da vida e da saúde formulou uma recomendação no sentido de deliberar proteção maior ao embrião, pessoa em potencial. A legislação da Itália já contempla a manipulação de embriões, com certa liberalidade, comparando-se inclusive, ao que é feito no Brasil. A Espanha, também tem legislação sobre a matéria, permitindo a manipulação de embriões excedentários. (DIAZ, J. op. cit, p.188). Ressalte-se que na Espanha, somente se considera pessoa o nascido com, figura humana e que ultrapassa 24 horas, em separado da mãe, senão veja-se o artigo 30 do Código Civil Espanhol: “Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veintecuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Inobstante, o reconhecimento de direitos a partir da concepção está mais circunscrito a interesses patrimoniais do que pessoais, sendo o nascimento, com vida, uma espécie de condição suspensiva de sua concretização. Mesmo assim, essa proteção tem escapado o âmbito da pura patrimonialidade para autorizar a imposição da responsabilidade civil por lesão sofrida na vida intra-uterina, presente o nexo causal entre o fato ilícito e culposo e o dano.

No países do *common law*, a proteção ao concebido se faz, tradicionalmente, em razão de preocupações de caráter patrimonial, tutelando-lhe os direitos patrimoniais e sucessórios desde a concepção, conquanto que nasça vivo. No entanto, desde os anos oitenta, os tribunais americanos têm enfatizado a possibilidade do nascido requerer indenização por danos ocorridos antes do nascimento<sup>44</sup>.

No Brasil, há proteção dos direitos da pessoa desde a sua concepção, preservando-se os direitos do nascituro ou não, conforme venha ou não a nascer com vida. A personalidade jurídica é atributo da pessoa.

A personalidade jurídica, na dicção de Paulo Otero, é “o reconhecimento pelo Direito de que determinada realidade é suscetível de ser titular de direitos e estar adstrita a obrigações traduzindo o cerne do tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa – isto no que respeita às pessoas físicas, sem se tomar agora em consideração as pessoas coletivas, levaria, numa primeira observação, a pensar que o Direito somente tutelaria o ser humano após o seu nascimento”.

No entanto, o direito à vida é assegurado pela Constituição aos humanos, destina-se àquele que a tem, sendo este o caso do concebido. Independente do reconhecimento do embrião ou do feto como pessoa, o concebido é um ser particularmente tutelado pelo direito pátrio. É considerado um ser humano, uma vida humana (para isso converge o voto do Relator Carlos Britto, conforme acima analisado). É a condição de ser humano que demanda a titularidade de certos direitos, a exemplo da vida, da dignidade, sustenta Beltrão<sup>45</sup>.

A tutela penal defende a vida intra-uterina, proibindo o aborto. A tutela civil prevê direitos patrimoniais na medida em que resguarda o direito sucessório do nascituro (art.1798) e admite até a sua instituição como herdeiro testamentário. Admite-se a perfilhação do concebido por fecundação heteróloga. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tratamento especial a gestante (art.7º.), como forma de assegurar o pleno desenvolvimento do embrião/feto. A lei de biossegurança (Lei no.11.105/2005) regula restritivamente as experiências em embriões, permitindo apenas o uso dos excedentários congelados há mais de três anos. No âmbito do direito processual, a genitora tem legitimidade ativa para defesa de *direitos* do nascituro (art.877). Se na sistematização tradicional do direito privado apenas a pessoa é sujeito de direitos, seria o nascituro pessoa?

<sup>44</sup> Por informação de DIAZ, J. op.cit, p.197.

<sup>45</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p.79.

Rememorando, o direito sucessório do nascituro só se consolida no momento do seu nascimento, com vida. No entanto, outras garantias lhe são dirigidas como medidas satisfativas de interesses imediatos, dentre elas, a inviolabilidade da vida que se estende ao nascituro, na sua substância ontológica, haja vista a proibição do aborto; o direito à verba alimentar, como condição ao seu desenvolvimento, etc.

Não se pode argumentar que os direitos dirigidos ao nascituro estão sujeitos a um *numerus clausus* pois a própria legislação processual, ao estabelecer a legitimidade ativa da genitora, fala em *direitos* do nascituro. Disto se deduz a existência de uma parcial personificação jurídica do nascituro. Decisões jurisprudenciais recorrentes vêm reconhecendo o direito do nascituro aos alimentos, assim como a possibilidade de investigação de paternidade ainda na fase pré-natal. Estes direitos também são de natureza satisfativa, voltam-se ao desenvolvimento da embrião ou feto e não se apresentam como uma garantia prévia a se consolidar com o nascimento. Tratam-se de direitos indispensáveis à formação da personalidade, saúde e vida do nascituro.

Mesmo admitindo a idéia de um *numerus clausus* de direito de personalidade do nascituro, não se excluiria a tutela geral da sua personalidade física e moral, pois aquela mesma enumeração se justificaria na necessidade de garantir-se o desenvolvimento desta personalidade<sup>46</sup>. Por esta perspectiva, é tutelável a vida e a integridade física do nascituro, sendo ilícito e indenizável o comprometimento de sua vida fora dos casos taxativamente admitidos em lei. Para Sousa<sup>47</sup>, é indenizável até mesmo a ofensa à sua personalidade moral, com injúrias ou difamações. A defesa do concebido se estende não apenas em face de ações ilícitas, mas também em face de omissões.

A tutela da personalidade do nascituro encontra limites resultantes do condicionamento natural do concebido face à sua mãe. Por isso, o concebido tem de suportar, numa perspectiva de ponderação de valores, os riscos naturais e sociais corridos por sua mãe e os atos e riscos voluntários que esta venha a assumir de modo não ilícito. Havendo conflito entre a vida e a saúde da mãe e a vida e saúde do concebido, de modo a que somente a interrupção da gravidez possa salvar a mãe ou livrá-la de grave e irreversível lesão física ou psíquica, o direito do concebido há de ceder<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Para Souza, "é tutelável a vida do nascituro concebido, sendo ilícito e indenizável o aniquilamento de sua vida, fora dos casos admitidos taxativamente de interrupção de gravidez fundada em justa e tempestiva indicação legal. Também a integridade física do concebido recebe proteção jurídica nos termos atrás referidos, face, v.g., à danificação da saúde do nascituro em virtude de administração de medicamentos ou drogas lesivas, de infecções provenientes de transfusão de sangue, de agressões directas ou indirectas ao feto, de radiações, etc." (SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.162-163).

<sup>47</sup> "A tutela da personalidade do nascituro abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo, por ex., ser civilmente indemnizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido" (SOUZA, R. V. A.. *op.cit.*, p.163).

<sup>48</sup> SOUZA, R. *op.cit.*, p.168.

Santos Cifuentes<sup>49</sup> entende que o concebido é uma pessoa por nascer, ainda no ventre materno, sendo desde a concepção titular de direitos personalíssimos. Situação especial seria, para ele, a figura do embrião excedentário (*extracorpóreo*), ao qual não se pode reconhecer a mesma tutela. Em suas letras, “la fecundación extracorporeal altera la perspectiva expuesta. Es imprescindible detener-se aquí, pues, como avanzado fenómeno de los tiempos actuales presenta diferenciado panorama acerca del derecho de vivir y de su comienzo, que no puede ser tratado como el embrión com sus logros vitales em el seno materno”<sup>50</sup>. O embrião excedentário não é para, Cifuentes, um nascituro.

Porém, ele mesmo denuncia a premente necessidade de regulamentação da manipulação genética de embriões, posto que reconhece no embrião excedentário, o *embrión extracorpóreo*, a vida humana, merecedora de tutela. Em sua dicção, “es de toda urgencia denifir y proyectar soluciones a las nuevas creaciones de la vida, manteniendo lo vigente para la concepción em el seno materno, em lo que hace a su protección – como se há expuesto -, pero paralelamente reconocer las situaciones distintas del embrión extracorpóreo”<sup>51</sup>.

A despeito de toda a discussão em torno da natureza jurídica do embrião excedentário, não se trata de uma coisa. Oliveira Ascensão<sup>52</sup> sustenta que deve-se considerar que o embrião excedentário tem fins próprios, devendo-se assegurar que toda intervenção seja movida por interesses deste. A discussão sobre interesses jurídicos e direito subjetivo do embrião excedentário será especulatória sem a previsão legal. Não lhe sendo reconhecida personalidade jurídica, tampouco a condição de nascituro, custoso seria reconhecer-lhe direitos subjetivos próprios. De todo modo, é de se assegurar a tutela do interesse de ordem pública – a vida, nos procedimentos da biomedicina e da engenharia genética. Note-se que a partir da fecundação já se tem em causa a ontogenia humana.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par das especulações filosóficas ou religiosas e até mesmo científicas acerca da natureza do embrião, não se tem resposta pacífica. Tradicionalmente, os sistemas jurídicos de ascendência romano-germânica deferem proteção especial aos nascituros. Porém, as leis que tratam do tema, em geral, definindo o marco inicial da existência da pessoa, apontam que o nascituro surge da concepção. Quando era possível apenas a partenogênese natural, a questão não apresentava problema. No entanto, em razão do avanço da biomedicina, especialmente com a possibilidade de fecundação *in vitro* e crioconservação de embriões, criou-se uma

<sup>49</sup> “Para mi, en cambio, el nasciturus es persona, luego, el delito de aborto impide y sanciona los atentados contra su vida. En otras palabras, el derecho personalísimo principia en la concepción, instante éste en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia aunque dependiente” (*Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p.238-239).

<sup>50</sup> CIFUENTES, S. op. cit, p.241.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p.244.

<sup>52</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2000, p.69.

confusão em torno da natureza jurídica do embrião. Teria o embrião excedentário a condição de nascituro? Quando começa a vida, a partir da fecundação (natural ou *in vitro*) ou da nidação, com a fixação do embrião no endométrio? Qual a extensão da proteção do embrião? São questões que não encontram soluções uniformes. Há, como demonstrado uma pluralidade de correntes com respostas diferentes.

O Código Civil põe os direitos do nascituro à salvo desde a concepção. Mas isso não resolve a questão, devolve-se a pergunta: quando ocorre a concepção?

A manipulação de embriões para fins reprodutivos foi contemplada na lei de biossegurança, e o conflito se acentuou em função da permissão para manipulação genética de células embrionárias para fins científicos e terapêuticos. A celeuma entre adeptos da corrente concepcionista e genético-desenvolvimentista chegou a discussão no Supremo Tribunal Federal, a partir de Ação Direta de Inconstitucionalidade que se opõe ao artigo 5o. da citada lei.

A decisão do STF nesta ação terá um efeito histórico, especialmente em face do art.28, parágrafo único da Lei no.9.868/99 que estabelece o efeito vinculante quanto à interpretação desenvolvida no julgamento da ADIn. O voto do Relator, Ministro Carlos Britto, deixa entrevê certa confusão nos argumentos utilizados, o que pode ser comum em face da turbulência que o tema proporciona.

O relator afirma que a fecundação é o momento inaugural da vida e que a dignidade da pessoa humana permite um transbordamento para proteger as diversas etapas ontogênicas do homem, inclusive na etapa embrionária. Não obstante, opina favoravelmente à manipulação do embrião excedentário, atribuindo-lhe menor valia pelo fato de não estar implantado no ventre materno. Utiliza o argumento de Dworkin para quem quanto maior o investimento natural realizado, mais criticável e sofrível será a supressão da vida. Para explicar esse argumento, Dworkin exemplifica que quanto mais cedo se realize o aborto, menos impactante será o seu efeito moral e socialmente.

Embora o relator atribua ao embrião, seja qual for a natureza da fertilização, necessidade de tutela especial, em face da existência de vida humana nesta fase, não se detém no delicado tema da *declaração de sua inviabilidade*. Tenta convencer que a Lei em xeque apenas autoriza a manipulação de embriões inviáveis, no entanto, não se detém nos argumentos sobre a manipulação dos embriões congelados, hipótese em que a inviabilidade não é pressuposto. O embrião congelado ainda viável poderia ser manipulado para fins de pesquisa e terapia? A decisão deixa entrevê que, antes do descarte, pelo desinteresse dos genitores, seria mais oportuna a sua utilização para fins de pesquisa e terapêuticos.

Embora sequer questione sobre o porquê de tantos embriões excedentários congelados, opina favoravelmente as técnicas de reprodução assistida como instrumentos do planejamento familiar. Ora, se a fecundação (mesmo *in vitro*) gera vida, não seria justificável a produção indiscriminada de embriões. Cabe o olhar da sociedade sobre esse momento inaugural de todo o processo. O problema maior não é a utilização dos embriões crioconservados em pesquisa como opção mais adequada do que o seu descarte. A questão maior é o sobejamento desses embriões.



É certo que a personalidade jurídica surge, no momento em que a lei autoriza, e no Brasil, isto ocorre do nascimento, com vida. Mas não é menos certo que o sistema jurídico assegura proteção ao nascituro. É pacífico entre os juscivilistas que estudam os direitos da personalidade, a ocorrência de uma personalidade (ainda que mitigada) na fase humana pré-natal. No entanto, a fertilização *in vitro* trouxe uma realidade diversificada que não tem tratamento adequado – o embrião excedentário. Concorde-se com Cifuentes, se não se tem aqui um nascituro, tem-se uma vida, cuja tutela há que ser implementada.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. O nascituro no código civil e nosso direito constituendo. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.39-52.
- AGUIAR, Joaquim. *Programa de Direito Civil: Introdução e parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Cargine, 1974.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- CARVALHO, Virgílio Antônio de. *Direito Civil: Parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936.
- CHAGAS, Márcia Correia. *Tecnologias médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2005. Orientação: Prof. Dr. Paulo Antonio Menezes Albuquerque, 186 fl., p.104.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- DIAZ, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- FRANÇA, Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- KAHN, Axel. Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon. In: MCLAREN, Anne (Coord.). *Le Clonage*. Alemanha: Editions du Conseil de l'Europe. 2002, p.110-123.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p.121-146.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NYS, Herman. Experimentação com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC MINAS, 2002, p.170-184.

PESSINE, Leo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

RIBAS, Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira da. *Introdução ao biodireito*. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Rabindranath V. A.. Capela de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995