

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Aline Costa da Silva

EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO: OBJETO OU SUJEITO DE DIREITOS?

Juiz de Fora

2013

Aline Costa da Silva

EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO: OBJETO OU SUJEITO DE DIREITOS?

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora pela acadêmica Aline Costa da Silva, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Israel Carone Rachid.

Juiz de Fora

2013

Aline Costa da Silva

EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO: OBJETO OU SUJEITO DE DIREITOS?

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora pela acadêmica Aline Costa da Silva, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Israel Carone Rachid.

Banca Examinadora

Prof. Israel Carone Rachid

Prof. Abdalla Daniel Curi

Prof^ª. Maria José Guedes Gondim Almeida

Juiz de Fora

2013

“As leis não bastam, os lírios não nascem das leis.”

Carlos Drummond de Andrade

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus que me permitiu vivenciar o início, o meio e o fim de minha graduação. O início cheio de sonhos, o meio repleto de questionamentos e o fim certo de que cada dia valeu a pena. Sou grata à Professora Maria José Guedes Gondim Almeida que ministrou os mais complexos temas tratados em sala de aula, com a humanização e o respeito que merece o ser humano, mostrando a importância da vida e do exercício da empatia. Agradeço ao Professor Abdalla Daniel Curi por me permitir ser livre em meus pensamentos, por acreditar em mim, por dedicar-me sua amizade, por ouvir com respeito e, mais do que isso, por ouvir com interesse os poucos conhecimentos de uma iniciante no mundo jurídico e por ter me apresentado à Dr. Christina Féo, cuja obra, “Um Estatuto para o Embrião Humano,” foi a maior fonte de inspiração para a realização de minha monografia. Toda gratidão, admiração e respeito que eu possa sentir pelo Professor Israel Carone Rachid não são capazes de traduzir o quanto suas lições me permitiram ter a certeza de que estou no caminho certo, de que aconteça seja o que for a corrupção jamais se abaterá sobre meu exercício profissional, do quanto forjaram em mim o amor que sinto pelo Direito. À Universidade Federal de Juiz de Fora, precipuamente à Faculdade de Direito e a seu notável quadro acadêmico, meu muito obrigada. Nunca poderia deixar de agradecer aos meus alicerces, sem os quais nada teria sido possível, minha família pelo amor incondicional; especialmente, a meu marido, Luciano Siqueira, instrumento de Deus.

RESUMO

SILVA, Aline Costa da. Embrião Excedentário: Objeto ou Sujeito de Direitos? Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013.

Resumo: Trata o presente trabalho do reconhecimento da natureza jurídica do embrião, notadamente do embrião excedentário, quanto a seus direitos e garantias fundamentais estabelecidos no rol dos Direitos da Personalidade. Buscando-se um denominador comum para o entendimento de quando tem início a qualidade de pessoa, bem como a partir de quando se passa a ter personalidade jurídica, a doutrina se vê envolvida no debate sobre o conceito de embrião. A elaboração de um estatuto para o embrião excedentário abarca questões de ordem filosófica, doutrinária, prática e jurisprudencial, uma vez que envolve a compreensão e a incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para diversas comunidades em diversos momentos históricos. Nesse sentido, a importância do estudo do Direito Comparado. O avanço da biotecnologia está diretamente relacionado às questões essenciais da vida, tais como as relações sociais, educacionais e familiares. Desse modo a Bioética e o Biodireito passaram a enfrentar os novos dilemas que surgiram com o desenvolvimento da tecnologia. Assim, a Ciência Jurídica passou a ter que responder as questões suscitadas por toda a sociedade, tendo que estabelecer os direitos e garantias inclusive de quem está por nascer.

Palavras-Chave: Conceituação de embrião. Bioética e Biodireito. Direitos Fundamentais. Princípio de Dignidade da Pessoa Humana. Embrião Criopreservado.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONCEITUAÇÃO DE EMBRIÃO, O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	11
3. BIOÉTICA E BIODIREITO	14
3.1. Noções Gerais	14
3.2. Bioética: a ética da vida	14
3.3. A Bioética e o Embrião.....	16
3.4. Biodireito: em âmbito nacional e internacional.....	17
4. DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
4.1. Breve histórico	19
4.2. Direitos da Personalidade	20
4.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	23
5. O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO.....	26
5.1 Embrião excedentário: Objeto ou Sujeito de direitos?	27
5.2. Possíveis destinações para os embriões excedentários	29
5.3. Início da proteção legal.....	32
6. CONCLUSÃO	37
7. BIBLIOGRAFIA.....	39

1. INTRODUÇÃO

O tema que envolve a presente monografia é de grande importância, por envolver questões de ordem filosófica, doutrinária, prática e jurisprudencial.

Filosoficamente, por abordar pontos que envolvem a dignidade humana, a responsabilidade individual e social para com a vida, uma vez que ela é um direito fundamental, garantido constitucionalmente no ordenamento pátrio aos olhos do biodireito e da bioética.

Doutrinariamente, as várias correntes sobre a Teoria do Direito da Personalidade não encontram consenso. Existem três vertentes que buscam estabelecer qual é a Natureza Jurídica do embrião. As correntes Natalista, da Personalidade Condicionada e a Verdadeiramente Concepcionista.

Para a corrente adepta da Teoria Natalista, tem personalidade aquele embrião que nasce com vida. Atualmente é a corrente adotada pelo Código Civil Brasileiro. Para os defensores da Teoria da Personalidade Condicionada, o início da vida acontece mediante uma condição suspensiva do nascimento com vida, retroagindo a personalidade à concepção. Para a Teoria Verdadeiramente Concepcionista, nascituro é pessoa desde a concepção; sendo esta a mais ousada das correntes.

No presente trabalho será adotado o posicionamento de CHISTINA FÉO¹, em busca de se estabelecer uma conceituação dos termos pré-embrião e embrião; aquele fará referência ao estágio embrionário que acontece entre a fecundação e a nidação²; este corresponde à nomenclatura após a fase de nidação.

¹ FÉO, Christina. Um Estatuto para o Embrião Humano.1.ed.São Paulo:Ed.Paco,2010.p.34

² Nidação: após a fecundação do espermatozoide no óvulo haverá o processo de fixação do pré-embrião no útero. Essa fixação denomina-se nidação.

Em seu efeito prático, analisa-se qual o impacto psicológico nas famílias e na sociedade, bem como as possíveis consequências econômicas e sociais no caso de manipulação e uso do embrião crio-preservado que não foi implantado.

Jurisprudencialmente, faz-se mister analisar as decisões dos tribunais no caso de autorização de manipulação ou adoção dos embriões por parte de terceiros.

A questão ainda não foi debatida exaustivamente; em que pese tal complexidade, os autores trabalham o tema de forma insuficiente, deixando de abordar ou esclarecer pontos relevantes, como por exemplo, como deverá ser feito o descarte dos embriões criopreservados em caso de não haver um projeto parental.

Devemos defender a ideia de que a vida é pressuposto para todos os demais direitos e que seja a nomenclatura denominada de embrião ou de pré-embrião, pelo fato de existir potencial de vida o mesmo deve ser preservado.

Não se trata de proibir os avanços da ciência sobre as pesquisas com os embriões preservados em laboratório, mesmo porque se estaria defendendo um retrocesso do pensamento humano, o que seria um contrassenso diante da própria evolução da espécie.

Questiona-se, pois, qual será a responsabilidade de uma comunidade que se vê às voltas, por exemplo, com o casamento ou união estável de irmãos que foram adotados/gerados por pais diferentes, mas que possuem a mesma origem biológica?

Sendo o embrião, com sua constituição genética modificada, implantado e, ao nascer, os pais constatam que o bebê apresenta problemas de saúde, de quem será o ônus de arcar com os cuidados necessários para o seu desenvolvimento e sua sobrevivência? Dos pais? Dos médicos? Do Estado?

Se não existe consenso no âmbito jurídico e nem no âmbito científico quanto à conceituação de embrião, o que pensar na nomenclatura de embrião excedentário? Mas,

mesmo sendo um fato forjado pelo ser humano em laboratório, sua existência independe de qualquer vontade humana, por se tratar de um ser com potencial de vida, haja vista que não se trata de um “embrião de laboratório” ou de um “embrião científico”, mas de um embrião com as mesmas características genéticas dos que se desenvolvem no útero materno.

Desse modo, nas palavras de NELSON ROSENVALD:

Não é demais advertir para a impropriedade de definir a pessoa natural como *ser biologicamente concebido*. É que, na contemporaneidade, em razão das possibilidades descortinadas pela biotecnologia, a concepção também pode ser artificial, através das técnicas de fertilização medicamente assistida (*fertilização in vitro* e inseminação artificial). E, nesse caso, a pessoa natural não seria *biologicamente concebida*³.

Razão pela qual é possível concluir que, seja qual for a origem do embrião, este é dotado de personalidade jurídica, sendo, pois, pessoa e não objeto de direito.

³ [1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. DIREITO CIVIL: Teoria geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.278

2. CONCEITUAÇÃO DE EMBRIÃO, O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A doutrina se divide na busca por uma definição de embrião, porque esbarra na questão de quando se inicia o momento em que a vida deve ser protegida. Há os que defendem que a proteção começa desde a fecundação; outros, contudo, que a garantia dos direitos deve ocorrer de modo gradativo, após a nidação. Para os doutrinadores que assim compreendem a questão, do momento que acontece a fecundação até o 14º dia, não há problema algum desse embrião ser manipulado geneticamente, por se tratar somente de um amontoado de células; por não sentir dor, por exemplo.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *caput*, confere o direito à vida e, claro, inclui o nascituro, ao estabelecer que: “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”.

Corroborando com o preceito constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, (Lei nº 8.069/90) no artigo 7º explicita: “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Atualmente, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 478 de 2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e outras providências, com o escopo de proteger os direitos civis do ser humano que está por nascer. A aprovação de um instrumento que proteja a vida humana não nascida é de suma importância; pois, em termos práticos, possibilita ao Estado a elaboração de políticas públicas específicas, direcionadas a salvaguardar os direitos de um ente vivo, que, por razões óbvias, não tem autonomia para decidir, prescindindo, assim, de um regulamento na ordem jurídica que proteja sua integridade física e moral.

Nesse ínterim, buscando um denominador comum para o entendimento de quando se inicia a qualidade de pessoa, bem como a partir de quando tem início a personalidade jurídica,

a doutrina se vê envolvida no debate sobre como conceituar embrião. Questão verdadeiramente complexa que dividiu os doutrinadores em três linhas de pensamento.

Uma corrente filia-se à Teoria Natalista, que defende a tese de que somente com o nascimento com vida adquire-se a personalidade civil. Possui como representante ARNOLDO WALD, que é taxativo em seu posicionamento: “o nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal.”⁴

O Código Civil, em seu art. 2º, preceitua que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. No mesmo sentido estão as legislações da Itália, de Portugal, da Suíça e da Alemanha, para as quais o início da personalidade da pessoa natural ocorre com o seu nascimento com vida; o que confere respaldo à Teoria Natalista.

FÁBIO ULHOA, adepto da Teoria Condicionista, sustenta que “a condição para que o nascituro seja sujeito de direitos, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida.”⁵. Desse modo, para que o embrião tenha personalidade, ele está sujeito a uma condição: a de nascer com vida.

Finalmente, há os seguidores da terceira corrente, a Teoria Concepcionista. É a mais avançada das três correntes, uma vez que defende a ideia de que o embrião tem personalidade jurídica, a qual é adquirida desde o momento da concepção. São signatários dessa corrente, dentre outros, PONTES DE MIRANDA, FÁVIO TARTUCE e SILMARA CHINELLATO. Esta última, por sua vez, explicita que: “quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o *status* atributos da personalidade.”⁶ Enfatiza a ilustre doutrinadora que o nascituro é possuidor de direitos da personalidade.

⁴[2] Idem, p.281.

⁵ COELHO, Fábio Uhoa. Curso de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 2004, vol.1. p. 145.

⁶ ALMEIDA, Silmara Juni de A. Chinellato e. Tutela Jurídica do Nascituro, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175

Entendendo-se nascituro como aquele que já foi concebido e que está por nascer, tanto o pré-embrião quanto o embrião possuem a proteção da personalidade jurídica; conforme a visão da corrente Concepcionista, pré-embrião e embrião são considerados pessoas e como tal devem ser respeitados em toda sua plenitude. Ainda mais se pensarmos que condições mínimas devem ser garantidas ao nascituro para que ele nasça com vida. Isso posto, a genitora, atuando como representante legal, poderá pleitear o recebimento de alimentos, de assistência médica, inclusive o reconhecimento da paternidade.⁷

Retomando-se a questão do desenvolvimento embriológico, um ponto importante da Teoria Concepcionista diz respeito à distinção entre pré-embrião e embrião propriamente dito. Referida corrente doutrinária delimita o campo de atuação dos cientistas sobre o material embrionário. No momento em que há a comprovação científica de que no período compreendido entre a fecundação e a nidação - aqui chamado de pré-embrião para melhor interlocução entre as partes - existe um agrupamento de células totipotentes⁸, capazes de se multiplicar, dando origem a qualquer parte do corpo humano, inclusive de se dividir, dando origem a gêmeos, ficando claro que não há especialização celular organizada capaz de identificar um indivíduo; uma pessoa. Há que ficar garantida a necessária proteção jurídica para o seu desenvolvimento sadio.

⁷ STF, Ac.Tribunal Pleno, Rcl2040/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j.21.2.02,DJU 27.6.03, p.31. Caso da artista Glória Trevi que mesmo opondo-se ao teste de DNA, o mesmo foi realizado devido ao reconhecimento de um direito do nascituro.

⁸ A totipotência é a capacidade de uma única célula, geralmente uma célula-tronco, se dividir e produzir todas as células diferenciadas no organismo, incluindo os tecidos extraembrionários. As células totipotentes incluem os esporos e os zigotos.

3. BIOÉTICA E BIODIREITO

3.1. Noções Gerais

O avanço da biotecnologia faz com que os estudos do Biodireito e da Bioética fiquem diretamente relacionados às questões essenciais da vida, tais como as relações sociais, educacionais, familiares; enfim, trata de temas essenciais do cotidiano humano que outrora pertenciam tão somente a filmes de ficção científica.

A Bioética e o Biodireito passaram a enfrentar os novos problemas que surgiram com o desenvolvimento da tecnologia. Desse modo, a ciência jurídica passou a ter que responder as questões suscitadas por toda a sociedade.

O progresso científico trouxe para o mundo as pesquisas com o DNA - material genético – e com a engenharia genética, ao melhorar a qualidade e a quantidade dos alimentos, dos medicamentos, dos hormônios, ao proporcionar a transfusão sanguínea, os transplantes de órgãos, a clonagem e o atual debate proposto, a manipulação e a criopreservação dos embriões.

A evolução das pesquisas científicas relacionadas à manipulação genética humana requer que ocorra, conjuntamente, a evolução jurídica, para que preceitos essenciais dos Direitos Fundamentais, como a dignidade humana, não sejam violados.

3.2. Bioética: a ética da vida

Uma vez que as descobertas do desenvolvimento no campo da biotecnologia repercutem diretamente na essência do ser humano, o posicionamento ético da comunidade científica deve ser claro e taxativo rumo à preservação da vida do próprio planeta.

No ensinamento de ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF:

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.⁹

O estudo transdisciplinar, contudo, ocorre de forma diferente no mundo. Em virtude das diferenças sociais, culturais, religiosas, em consequência da conjugação de diversos momentos históricos, cada povo compreende conforme sua cultura o estudo e a aplicação prática de todas as técnicas que estão atualmente em desenvolvimento.

Embora o direito à vida seja um direito fundamental; senão o maior deles, não o é de forma absoluta. Para exemplificar, no Brasil o aborto é despenalizado em caso de risco de vida para a gestante ou de estupro, direito posto no artigo 128 do Código Penal. De modo geral, no mundo, a mulher pode realizar o aborto por essas mesmas razões. Contudo; segundo CHISTINA FÉO, em países como a Austrália, Áustria e Finlândia, é facultado à gestante abortar também por razões socioeconômicas, como a impossibilidade financeira de sustentar um filho.

Outra questão compreendida de modo bastante diverso, segundo a mesma autora, diz respeito à tendência legislativa quanto ao termo embrião. Países como Alemanha, Áustria, Canadá, França, Reino Unido, dentre outros, compreendem o conceito de embrião como aquele que surge com a fecundação. Em sentido contrario, a Espanha divide o termo em embrião e pré-embrião.

Relativamente à clonagem reprodutiva, o Canadá é favorável. Alemanha, França, Bélgica e Portugal, dentre outros países, posicionam-se de modo contrário.

⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas dabus. Curso de Bioética e Biodireito. 1ed.São Paulo: Editora Atlas, 2010,p.6.

Ponto bastante polêmico diz respeito às pesquisas com o embrião. A Alemanha apresenta-se com dupla moralidade, uma vez que suscita questões como a eugenia. Isso porque o país não admite as pesquisas sobre seus embriões nacionais; contudo, se estes forem embriões estrangeiros, a pesquisa é permitida. Como não pensar em “seleção de raças”?

Tendo em vista que o estudo da Bioética possui como referência moral o princípio da dignidade humana, a Alemanha insiste em se esquecer do seu passado e todo seu histórico de violência perversa contra a humanidade. O holocausto foi um marco para o estudo da ética, por evidenciar que a ciência não é superior ao ser humano; pelo contrário, o avanço tecnológico e científico deve estar a serviço do ser humano, preservando sua integridade física e psicológica.

Não é possível permitir que a ciência avance à custa da dor e do sofrimento, da mutilação, da escravização e do assassinato de milhares de pessoas. Desse modo, limites devem ser impostos; normas e leis devem ser editadas com o escopo de proteger o menos favorecido sócio-político e economicamente e as pessoas incapazes de exercer a empatia.

3.3. A Bioética e o Embrião

Definir um conceito para determinar o início da vida não é tarefa fácil e vem ocupando o pensamento de inúmeros estudiosos, sejam eles, cientistas, filósofos, teólogos, juristas e até mesmo a comunidade de um modo geral.

Na definição corrente, nascituro é aquele ser que ainda vai nascer, porém já foi concebido (nascituro provém do latim *nacituru*, que significa aquele que há de nascer)¹⁰.

ADRIANA MALUF compreende que se faz mister abordar a questão sob a luz das pesquisas científicas e luzes doutrinárias. Reporta-se a SILMARA CHINELLATO, a qual leciona que o tema possui imensa importância, embora no Brasil seja pouco tratado, por se

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas dabus. Curso de Bioética e Biodireito. 1ed.São Paulo: Editora Atlas, 2010,p.98.

relacionar diretamente com o direito à vida; colocando os direitos do nascituro “em sede própria”, valorizando seus direitos personalíssimos.

Segundo diretrizes bioéticas não há como almejar um conceito uniforme e padronizado dos valores; o que se exige é uma reflexão sobre as causas e consequências do tema proposto e, aí sim, ao pautar-se pela liberdade inerente a cada ser humano, cada qual poderá escolher sua posição e defendê-la com os argumentos que entender pertinentes.

A bioética exige, como condição para a tomada de posição, uma visão plural e interdisciplinar dos dilemas éticos que permeiam o dilema em análise. Assim, ao questionar-se sobre a origem da vida, importante relativizar a evolução social, histórica, política e econômica dos diversos segmentos sociais de toda a humanidade.

3.4. Biodireito: em âmbito nacional e internacional

O Biodireito fundamenta-se em princípios e regras aplicados a fatos cotidianos, refletindo o modo como a sociedade os legitima. Com o avanço das pesquisas científicas, o biodireito coloca-se como instrumento de regulamentação do estudo e da pesquisa médico-científica. Apresenta-se com normas de cunho imperativo, limitando e, até mesmo, cominando sanções para os profissionais que violarem os princípios protegidos pelo biodireito, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a proteção à saúde, o direito à informação e, claro, o princípio do respeito à vida, pressuposto de todos os demais direitos.

A comunidade médica e científica passou a questionar a prática da bioética nas pesquisas e passou a delimitar o campo de atuação de seus pares. Um exemplo que ilustra sobremaneira essa posição é a edição de Código de Ética Médica, que no Brasil é a Resolução CFM nº 1.931 de 2009, cujo capítulo XII delimita a conduta médica.

No Artigo 99 encontra-se de forma taxativa a vedação de “participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.”¹¹

Já em âmbito internacional, para a bioética e para o biodireito, a vida humana não pode ser uma mera questão de sobrevivência física; é preciso que seja digna. Desse modo, destaca-se a Convenção sobre os Direitos Humanos, de 1969, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional 45, que explicita no artigo 4º.

Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

O Direito Internacional leva em consideração, ao fundamentar os estudos sobre a bioética, a ética relativa aos negócios econômicos, políticos e sociais que envolvem, principalmente, as pessoas que detêm o poder de tomar decisões.

Considerando-se a autonomia de cada profissional ao decidir sobre o que irá repercutir, seja em sua vida pessoal, profissional e, precipuamente, na existência do outro, o biodireito apresenta-se com um caráter coercitivo, uma vez que objetiva limitar e até mesmo, punir os experimentos científicos que exorbitem os limites éticos e morais aceitos pela sociedade.

¹¹ Resolução CFM n° 1.931 de 2009

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Breve histórico

Relativamente à proteção da integridade da pessoa humana, em uma evolução dogmática sobre os Direitos da Personalidade, tomamos como marco a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

No Estado Liberal havia uma nítida distinção entre o Direito Público e o Direito Privado. A atuação do Estado era negativa, ou seja, o Estado não interferia nos assuntos cuja esfera de interesses pertença ao Direito Privado, que por sua vez é regido por códigos. Sob o primado do individualismo, a garantia maior incidia sobre a propriedade e a liberdade de disposição dos bens, a pessoa humana era considerada de modo abstrato, aquela que possuía direitos e obrigações no que concernia ao campo contratual e patrimonial. Para a lógica desse momento histórico, questões como o respeito à igualdade material, à igualdade distributiva e à dignidade não careciam de proteção.

A valorização da pessoa humana ganhou prioridade no pós II Guerra Mundial, cujo estopim foi a ação bárbara dos nazifascistas sobre o povo judeu. O princípio da dignidade da Pessoa Humana passou a ditar as diretrizes e a impor limites à atuação do Estado, com o objetivo de assegurar que a pessoa não seria objeto de manipulação do Poder; bem como, por um viés positivo, passou a garantir “o pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana”.¹²

Relativamente ao Estado Social, com o crescente desenvolvimento tecnológico, com a rapidez de circulação das informações, com o aumento da competitividade e o aguçamento das classes menos favorecidas sobre a evolução jurídica de seus direitos, impossível a sobrevivência de um estado Liberal. Nesse contexto de críticas, nas palavras de DENNIS

¹² Lacerda, Dennis Otte. Direitos da Personalidade na Contemporaneidade - A repactuação semântica. São Paulo: Editor Sergio Antônio Fabris Editor, 2010, p.15.

OTTE LACERDA a “o homem contemporâneo passa a exigir o direito à diferença, que contempla a especialidade”.

Ainda nos dizeres de Lacerda, por Direitos da Personalidade “compreendem-se aqueles direitos inerentes à pessoa humana e à sua tutela, envolvendo ainda a sua integridade física e moral. Abrangem, portanto a sua dignidade”.

Segundo a pequena síntese sobre raciocínio evolutivo do Direito da Personalidade, observa-se o processo de Constitucionalização do Direito e, assim, interesse público e privado passam a andar juntos, influenciando-se mutuamente. Nesse contexto, os Direitos Fundamentais passam a ser o centro do sistema jurídico e não mais o patrimônio. Nesse contexto, no Brasil, os Direitos da Personalidade são positivados como base do Estado Democrático de Direito, elegendo o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, conforme Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Conclusivamente, a transição do estado Liberal para o Estado Social fez com que ruísse o Direito Civil clássico patrimonialista e patriarcalista para um Direito Civil Constitucional, que publicizou o Direito Privado, ao subordinar os códigos aos ditames dos princípios constitucionais, colocando a pessoa humana como principal destinatário da ordem jurídica.

4.2. Direitos da Personalidade

Modernamente, a noção de personalidade relaciona-se diretamente à de capacidade; que por sua vez é a possibilidade de a pessoa exercer os atos da vida civil, seja de forma plena ou relativa. A Constituição Federal de 1988 reconhece que a pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade, como o direito à vida e à liberdade.

Segundo ORLANDO GOMES,

(...) sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.¹³

Os direitos da personalidade conferem proteção à integridade física, à integridade intelectual e à integridade moral. Como nos ensina ADRIANA MALUF, o direito à integridade física:

Abrange a concepção e a descendência (natural ou artificial); a identidade pessoal (direito ao nome, ao domicílio, ao estado e à carga genética); os direitos do embrião (redução embrionária); os direitos do nascituro; o direito à alimentação equilibrada (...); o aborto; à proteção médica (o acesso ao atendimento médico, ao prolongamento artificial da vida e à morte digna); direito ao acesso às modernas técnicas biológicas; ao transplante e ao culto religioso.¹⁴

Quanto à integridade moral, esta dependeria de uma autoconsciência; de uma autodeterminação, tratando-se de das pessoas que podem exercer sua capacidade plenamente. Mas, é preciso pensar que, mesmo no caso dos nascituros, em que a capacidade é exercida de modo relativo, a dignidade humana não lhes pode ser limitada, ao revés, devem ser protegidos por serem sujeitos de direito.

Quando são considerados os direitos da personalidade e o exercício da capacidade dos fetos e dos embriões, impossível, por óbvio, pensar em autodeterminação e autoconsciência; entretanto, impossível negar-lhes dignidade. Não é porque terceiros decidem

¹³ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 1995.p.131-132.

¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. 1ed.São Paulo: Editora Atlas, 2010,p.37-38.

por eles que estas escolhas devem ser norteadas apenas pelo sentido moral e pessoal daquele que decide. Há que ser adotada uma escolha pautada no senso de que um feto ou embrião, este *in útero ou in vitro*, possuem potencial de vida e em nada mais poderão transformar-se. Em consequência, toda e qualquer decisão poderá acarretar-lhes consequências desastrosas e irreversíveis, não sendo, portanto, “coisa” passível de manipulação ou comercialização.

Segundo FÉO, existem diferenças radicais sobre a conceituação de pessoa e dois extremos destacam-se: os que entendem que pessoa é um ser autônomo, e, portanto, o embrião não pode gozar de pessoalidade, e os que consideram que a qualidade de pessoa é inerente ao embrião.

Para os seguidores do pensamento de que a condição de pessoa está ligada à ideia de autonomia da pessoa, em um viés secular, é quem pode consentir algo; é quem pode transmitir autoridade moral; na filosofia, pessoa é o ente racional que detém consciência. Ainda conforme FÉO, citando HEGEL, “a pessoa é um sujeito relacional, onde a consciência de si própria (do seu “eu”) se dá por meio do reconhecimento mútuo de outro sujeito (outro “eu”) com quem se relaciona.”¹⁵

Um reforço ao argumento dos que defendem a autonomia é que a dignidade do embrião deve estar relacionada a um projeto parental, ou seja, caso o embrião esteja apto para ser implantado no útero materno ou doado, este possuirá pessoalidade; do contrário o embrião por ser um “conjunto de células” apenas (sem nenhum sentido pejorativo), não seria o caso de conferir personalidade ao mesmo e poderá ser disponibilizado para pesquisas científicas.

Ao revés, o pensamento dos que compreendem que o embrião possui a qualidade inerente de pessoas, a personalidade jurídica começa com a fecundação, devendo esta ser reconhecida desde a concepção.

É esse, possivelmente, o ponto mais dramático de ser atingido, através de consenso, por parte da comunidade jurídica, porque exige confiança. Confiança e credibilidade na

¹⁵ FÉO, Christina. Um Estatuto para o Embrião Humano.1.ed.São Paulo:Ed.Paco,2010.p.117.

ciência e nos pesquisadores. Acreditar que um “amontoado de células”, por não possuir sistema nervoso e, desse modo, não sentir dor, poderá ser manipulado sem que alguma consequência desastrosa lhe ocorra é verdadeiramente um desafio para o Direito e para toda humanidade.

4.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em sua origem, o termo “dignidade humana” apresentava significado diverso do que atualmente possui. Aparecendo em várias Constituições brasileiras, sua semântica foi sofrendo modificações conforme o momento histórico.

Assim, na Constituição de 1934, no art. 115, lia-se:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos *existência digna*. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

A Constituição de 1946, em seu art.145, estipulava:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.
Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite *existência digna*.

No texto de 1967, encontra-se no art.157, II:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
II – valorização do trabalho como condição da *dignidade humana*.

Por incrível que possa parecer até mesmo o Ato Institucional nº 5 fazia referência à expressão ao pontuar que:

“considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à *dignidade humana*, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964);

Na Constituição Federal de 1988, no Título I - Dos Princípios Fundamentais -, em seu artigo 1º, inciso III, apresenta-se o princípio da dignidade como um dos princípios orientadores da ordem jurídica:

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

III - *a dignidade da pessoa humana.*

Atualmente é impensável o estudo do Direito sem considerá-lo pautado pelas diretrizes principiológicas constitucionais. Assim, entendendo-se a ordem jurídica por comandos normativos constitucionalizados, será possível dar primazia ao ser humano em toda sua plenitude. Daí depreende-se que, segundo a lição de ADRIANA MALUF, os objetivos que devem orientar o Estado brasileiro são expressões dos aspectos sociais, políticos e econômicos. Nesse contexto, sendo inalienável, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha concretude em face dos Direitos da Personalidade.

Seguindo-se essa ótica principiológica da dignidade da pessoa humana, compreende-se que a concepção da supremacia da vida humana deve ser digna. Nos ensinamentos de OTTO LACERDA temos que:

(...) impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida como um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto, físico e biológico.¹⁶

Na concepção de José Afonso da Silva, “a vida não deve ser apenas vista em seu caráter biológico, mas em um sentido amplo. Todo ser dotado de vida é indivíduo que não se pode dividir, é um ser portador de identidade, unidade e continuidade substanciais”¹⁷

¹⁶ Lacerda, Dennis Otte. Direitos da Personalidade na Contemporaneidade - A repactuação semântica. São Paulo: Editor Sergio Antônio Fabris Editor, 2010, p.91.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p.56.

5. O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

Os embriões criopreservados são aqueles oriundos da técnica de fertilização *in vitro* e que não foram implantados no útero de uma genitora, seja esta a mãe biológica, mãe por adoção ou proveniente de uma barriga de aluguel. Segundo CHISTINA FÉO, “é considerado excedentário aquele embrião obtido num processo de fertilização artificial, que não foi transferido para a cavidade uterina.”¹⁸

Enquanto o homem produz milhares de espermatozoides, de forma contínua, a mulher produz a cada mês, em condições normais, apenas um ovócito. Logo, é possível deduzir que conseguir engravidar é um processo difícil.

Em vista disso, muitos casais recorrem à técnica de fertilização *in vitro*, procedimento no qual a mulher será estimulada a produzir um maior número de óvulos, que serão retirados de seu organismo para que a fecundação ocorra no exterior de seu corpo e posteriormente implantado em seu útero. Esse tratamento traz riscos para a saúde da mulher, podendo causar feridas no colo do útero, gravidez múltipla e, até mesmo, câncer.

Contudo, para que o tratamento tenha eficácia, tanto para se conseguir a gestação quanto para ser economicamente acessível, é necessário que os terapeutas obtenham um número razoável de embriões, a fim de levar a gravidez a termo.

Este pode ser considerado um ponto crucial no debate proposto, momento em que surgem inúmeras perguntas: quantos embriões podem ser criados? Quantos podem ser usados na fertilização? Deverão todos os embriões criados ser implantados? O que fazer com os embriões não implantados?

Quanto ao número de embriões a transferir, Cristina Féo afirma que varia a legislação conforme o país. Austrália e Alemanha, por exemplo, só admitem que sejam

¹⁸ FÉO, Christina. Um Estatuto para o Embrião Humano.1.ed.São Paulo:Ed.Paco,2010.p.139.

produzidos embriões em número necessário para a implantação, limitando ao número de três. Já em Portugal a quantidade de embriões pode variar conforme a idade e as condições físicas e psicológicas da mulher. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.358/92, estabelece que “o número ideal de oócitos¹⁹ e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiplicidade”²⁰.

Apesar da divergência filosófica, religiosa e científica quanto ao momento exato em que se inicia a vida humana, especialmente em sede doutrinária, vem sendo discutida a tutela do embrião excedentário, oriundo da fertilização *in vitro*. Independentemente de qualquer discussão, infere-se que o ordenamento pátrio confere ao nascituro os direitos da personalidade e, portanto, proteção jurídica fundamental. Logo, deve-se concluir que os embriões, sejam eles implantados no útero ou criopreservados, são destinatários dos direitos da personalidade.

5.1 Embrião excedentário: objeto ou sujeito de direitos?

Segundo as palavras de NELSON ROSENVALD, é importante conceituar-se o termo Direito. Isso porque “a ideia geral que se absorve sobre o Direito influenciará a solução de questões concretas, como o dever fundamental de respeito à pessoa humana”²¹.

Exprime o Direito a ideia de adaptação social e, em um duplo aspecto, o ser humano adapta-se ao Direito, uma vez que este disciplina sua vida em sociedade, bem como o Direito reflete as necessidades da humanidade no ceio da sociedade.

¹⁹ Os ovócitos ou oócitos, são células germinativas femininas ou células sexuais produzidas nos ovários dos animais. Resultam de um processo fisiológico denominado oogênese (ovogênese, oogênese ou ovogênese).

²⁰ FÉO, Christina. Um Estatuto para o Embrião Humano.1.ed.São Paulo:Ed.Paco,2010.p.140/141.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. DIREITO CIVIL: Teoria geral. 9º ed . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.01.

A relação entre Direito e sociedade não pode ser dissociada, haja vista que o Direito existe para pacificar as relações sociais, sendo, pois, reflexo da vontade social. Nesse sentido, é natural que a sociedade busque estabelecer debates sobre sua própria origem e evolução. Este é um dos grandes debates no qual a sociedade está envolvida. A doutrina, por sua vez, divide-se em várias correntes, devido à falta de consenso. Para uns a vida tem início com a fecundação, são os chamados essencialistas, inclusive, posição defendida por muitas religiões. Para outros, a vida merece respeito na medida em que vai se desenvolvendo, são os chamados gradualistas. Estes defendem que a proteção de embrião deve acontecer de forma gradativa, conforme o desenvolvimento embrionário e fetal; aqueles, a seu turno, defendem que a vida merece proteção desde o momento do encontro do espermatozoide com o óvulo, como antes mencionado.

A proteção à vida humana, no Direito pátrio, está assegurada no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, presente no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos: a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

O presente trabalho busca contribuir para os debates relativamente à discussão do tema: os embriões criopreservados são objetos ou sujeitos de direitos?

Considerando-se a ampliação dos métodos de pesquisas e o avanço da biotecnologia sobre o material genético, principalmente o humano, notadamente os embriões congelados, o meio jurídico viu-se obrigado a refletir sobre o assunto. Desse modo, a ordem jurídica, diante do fato irreversível do crescente uso das células totipotentes e multipotentes, das células-tronco, do diagnóstico genético (diagnóstico pré-natal), do aconselhamento genético (diagnóstico pré-conceptivo), da seleção de características biológicas, da adoção, da pesquisa terapêutica dentre outras técnicas oferecidas pela bio-ciência, não poderia deixar de regulamentar a questão.

Como os embriões e fetos não são dotados de autoconsciência e não têm autonomia, dependem de que terceiros decidam por eles. Essas decisões, porém, não podem ficar

vinculadas, apenas, ao sentido moral que este terceiro lhes impõe; é preciso que este sentido moral seja proveniente de um entendimento moral secular.

Como garantir que as técnicas de manipulação genética serão desenvolvidas e aplicadas conforme preceitos legais, éticos e morais por parte da comunidade científica? De que modo as demais ciências poderão compreender o que está sendo proposto para a humanidade e fiscalizar de modo efetivo os avanços da ciência?

Questões difíceis de serem respondidas, tamanha a complexidade das possíveis consequências, tanto para os seres humanos quanto para as demais espécies, como também para o próprio pré-embrião.

Evidentemente que não há freio suficiente capaz de parar o avanço das pesquisas tecnológicas. Certo, também, é o desejo por um “milagre” que cure todos os males que adoecem e matam o corpo, e, por que não, a alma humana. Porém, curar e salvar parte da humanidade e demais espécies, à custa da espoliação e do sofrimento de nossos pares, é um ato criminoso que deve ser rechaçado.

5.2. Possíveis destinações para os embriões excedentários

Repercutem no meio jurídico quais seriam as possíveis destinações para os embriões excedentes. São citados o congelamento, a doação a terceiros, a adoção, a investigação e a destruição.

Os embriões que não foram transferidos poderão ser armazenados por congelamento. Estes poderão, futuramente, ser implantados, permanecer congelados (em países que não permitem a destruição ou qualquer outra destinação que não a implantação), doados a casais inférteis, destruídos ou destinados à pesquisa quando a legislação pátria assim permitir. O prazo para que os embriões permaneçam congelados é bastante variável. Na Suécia é de um ano, na França e Espanha é de cinco anos e no Brasil o prazo determinado é de três anos, conforme posto no art. 5º da Lei 11.105/05, a chamada Lei de Biossegurança; a saber:

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.

É permitida a adoção a terceiros. Os defensores dessa prática argumentam que tal gesto pode representar a chance para que casais inférteis, ou mesmo de solteiros, ao mesmo tempo em que constituem uma família, reconheçam a dignidade do ser adotado. Contudo, países como Noruega e Suíça explicitamente negam a referida prática. Ao contrário, Portugal autoriza a doação por via legal.

De ser destacado que, no Brasil, existe uma lacuna, haja vista que aqui não é tratada essa possibilidade terapêutica. A Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é omissa quanto a esse aspecto. Pelo princípio da legalidade não haveria impedimento de adoção. Desse modo, pela Resolução 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, no item IV, observamos quais devem ser as condutas médicas, ao se optar pela reprodução assistida:

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.

4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um (a) doador (a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

Tratando-se de adoção e à investigação, a pesquisa poderá ocorrer em diversas vias, dentre as quais podem ser citadas a terapêutica e a que envolve células-tronco. No primeiro caso, as técnicas aplicadas ainda se encontram em estágio experimental, objetivam a correção de genes que podem causar diversos tipos de doenças ou potencializar uma doença pré-existente. A problemática gira em torno do eugenismo, ou seja, da possibilidade de a ciência ser usada para o chamado “melhoramento da espécie” ou “purificação da espécie”, que foi almejado no período nazifascista, na II Guerra Mundial. O posicionamento majoritário entende que não há problemas em se adotar a terapia em casos de tratamento de patologias, desde que o patrimônio não genético seja preservado.

Relativamente às pesquisas em células-tronco, dois problemas são levantados: o uso e a manipulação do embrião para fim diverso da procriação e a destruição do mesmo. Neste momento surge a questão emblemática de que, mesmo considerando-se que o embrião excedentário é sujeito de direitos, ele poderá ser destruído?

Teóricos de todas as linhas divergem quanto a essa prática terapêutica. Mas, em decisão inédita, o Brasil, através do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05, a Lei de Biossegurança.

Após muitos debates, o voto condutor do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF, do Ministro Carlos Ayres Brito, pontuou que a “proteção constitucional do direito à vida não atinge o embrião humano fertilizado *in vitro*”, uma vez que a Constituição Federal silencia-se sobre qual é momento inicial da vida humana. Afirmou, ainda, a Corte Constitucional, que “o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino”, desse modo, sendo realizada a fertilização *in vitro*, o embrião excedentário, por não ser considerado nascituro, poderá ser destruído, sem estar sendo vítima do crime de aborto.

5.3. Início da proteção legal

Considerado o embrião excedentário como sujeito de direitos, faz-se mister identificar qual seria o início da proteção legal. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, é possível delimitar que para os embriões que estão *in vitro*, por não serem considerados nascituros e por não ser possível mantê-los congelados indefinidamente, a proteção legal deverá acontecer de modo específico, por meio de um estatuto para o embrião (embora possuam capacidade de direito); já para os embriões concebidos pelas vias, digamos naturais, a proteção se iniciará a partir da fecundação.

Mas, quais seriam os direitos inerentes ao embrião?

Primeiramente, deve-se compreender o embrião quanto a sua capacidade jurídica. A capacidade jurídica confere ao sujeito a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres. Divide-se em capacidade de direito e de fato. A capacidade de direito é reconhecida a qualquer titular de personalidade, seja natural ou jurídica. A capacidade de fato é a aptidão para praticar, pessoalmente, os atos da vida civil.

Não é difícil concluir que os embriões, excedentários ou não, possuem a capacidade de direito, aquisição ou de gozo, confundindo-se com a noção de personalidade; mas prescindem da capacidade de fato ou de exercício; logo, os mesmos são incapazes na ordem jurídica e necessitam ser representados quanto ao exercício dos atos civis.

Relativamente aos direitos subjetivos pertencentes ao embrião, CHISTINA FÉO elenca a filiação, a adoção, a ação de perfilhação, os direitos patrimoniais e a tutela penal como os mais proeminentes.

Hodiernamente, em virtude de existirem diversas técnicas para a gestação do embrião, questiona-se quem será considerada a mãe do feto gerado. Será aquela que gesta o bebê ou aquela que doou os óvulos? Em diversas partes do mundo, como por exemplo, na França, Itália e Reino Unido, a maternidade é conferida à mulher que gerou o feto; no Brasil, a maternidade pertence à mulher que doou os óvulos; resguardados os preceitos da Resolução nº 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina.

No que se refere ao exercício da paternidade, na maioria dos países europeus é necessária a autorização do marido/companheiro para que seja ele considerado pai após a fertilização de sua esposa/companheira, com o material genético do doador. Assim ocorre na Espanha e no Reino Unido.

No Brasil também é obrigatória a autorização do marido/companheiro para que se proceda à chamada inseminação heteróloga, ou seja, quando o material genético provém de um doador. Porém, nos países europeus basta um simples consentimento; já para o ordenamento pátrio é necessária autorização expressa do marido ou companheiro, de forma que possa ser viabilizada a referida técnica de reprodução assistida. Esse consentimento, que tem que ser expresso e escrito, é suficiente para gerar presunção de paternidade. Como preceitua o art. 1.597, inciso V do Código Civil, serão reconhecidos como filhos aqueles “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” A paternidade também é reconhecida quando da inseminação homóloga – quando o material genético pertence ao marido ou companheiro -, como se vê naquele mesmo artigo,

em seu inciso IV, quais sejam aqueles “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

Tratando-se da perfilhação, ou seja, do reconhecimento voluntário da filiação, esta é irrevogável; salvo se comprovada a ocorrência de algum vício. Em sede de decisão da Suprema Corte, garantiu-se ao nascituro o direito de reconhecimento de sua filiação, por exemplo, no caso Glória Trevi, na Reclamação nº 2.040-1/DF.

Segundo o artigo 1.609 do Código Civil, o reconhecimento da paternidade ou maternidade será feito da seguinte maneira:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Questiona-se se o homem que adotou o esperma, com a exigida autorização para a realização da fecundação heteróloga, não assumir suas obrigações, poderá sofrer uma ação de perfilhação de forma a garantir o direito a alimentos para a criança. A resposta é afirmativa, haja vista a Lei nº 11.804/2008, que dispõe, em seu art. 6º:

Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Quanto aos direitos patrimoniais, estes são garantidos aos embriões excedentários. Importante a leitura da decisão da Suprema Corte, na ADIN 3510/DF, quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade.

No aspecto penal, a Lei de Biossegurança, em seu art. 6º elenca o rol de condutas proibidas:

I – implementação de projeto relativo à OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo **in vitro** de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

Os Direitos da Personalidade compreendem, pois, os direitos inerentes à pessoa humana e à sua tutela, no que se refere à integridade física e moral. Logo, compreende sua dignidade. E como, no ordenamento pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana

orienta e legitima o sistema jurídico como um todo e, mais contundentemente, os direitos da personalidade, é fundamental que os direitos subjetivos inerentes à condição do embrião sejam reconhecidos; porque a pessoa humana, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico.

6. CONCLUSÃO

A guisa de conclusão cumpre destacar que a posição inicial de tomar frente quanto a alguns aspectos cruciais ligados à problemática de ser ou não o embrião excedentário objeto ou sujeito de direitos, demonstrando que os pontos abordados encontram-se intimamente ligados ao exercício dos direitos da personalidade e que o pressuposto do direito à vida é o princípio norteador de toda e qualquer decisão, serviu para corroborar a convicção de que a questão ainda não está pacificada.

Pontua-se, assim, que ainda há contrassenso na doutrina, nacional ou internacional, em ser o embrião excedentário objeto ou sujeito de direitos, ser ou não destinatário dos Direitos Fundamentais e quanto à elaboração de normas que regulamentem a conduta científica.

A Constitucionalização do Direito, o reconhecimento da pessoa humana e dos direitos fundamentais, funcionaram como elo entre o Direito Público e o Privado, de forma que o Estado passou a agir de forma positiva, a ressaltar no ordenamento pátrio os princípios como norteadores do bom Direito.

Imprescindível que diante da insuficiência legislativa ao elaborar o estatuto para o embrião, notadamente quanto aos embriões excedentários, a comunidade em geral, mas principalmente a jurídica, estabeleça quantos debates forem necessários, com o objetivo de expor ideias e conhecimentos, notadamente quanto ao Direito Comparado, de forma a compreender de modo teleológico, seja em seu viés moderno, que pretende explicar as relações de causa e efeito por um ponto de vista científico, mas sobremaneira em seu sentido original, no qual, para Aristóteles, a concepção teleológica remete à essência de cada ser, que permite explicar a natureza de cada ser.

Superada a “fase de pré-embrião”, momento que vai até o 14º dia, o mesmo não apresenta potencialidade de vida, mas perspectivas, podendo, assim, ser designado para as pesquisas científicas. Passa-se, em seguida, a compreender que o “embrião” é aquele que

atinge a fase de nidação ou que está envolvido em um projeto parental; logo, considerado uma pessoa em potencial, bastando concluir seu ciclo biológico.

Defende-se neste trabalho que o embrião excedentário é sujeito de direito, pelo simples fato de sua condição biológica ser de um ser humano, justificando-se pela incidência do princípio da igualdade material ou substancial, uma vez que a realidade demonstra a vulnerabilidade deste ser e o seu reconhecimento como sujeito de direito, portanto, se faz exigível de proteção.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2040/DF, Relator Ministro Néri da Silveira. Julgamento: 21.02.2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 27.06.2003.

_____. Decreto 687/1992- Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

_____. Lei 11.105/2005 disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm

_____. Lei 8.069/1990 Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm

_____. Lei 11.804/2008 Dispõe sobre o direito a alimentos gravídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm

_____. Resolução CFM 1.358/1992. Disponível em:
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm

_____. PL 478/2007 Dispõe sobre Estatuto do nascituro. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>

_____. Código de Ética Médica 1.931/2009. Disponível em:
http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122.

COELHO, Fábio Uhoa. Curso de Direito Civil, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2004.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em:
<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Direito do nascituro a alimentos. Disponível em:
<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Civil/doutciv114.html>, acessado em 13/07/2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Teoria Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito das Famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FÉO, Chistina. *Um estatuto para o embrião humano*. 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2010.

FIÚZA, César. *Novo Direito Civil: curso completo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Tese de Doutorado, UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da Personalidade na Contemporaneidade - A repactuação semântica*. São Paulo: Editor Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em:
http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Nascituro. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Nascituro>, acessado em 01/03/2013.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forence, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: 2011.