

O STATUS DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO

Josefa Jumar Ramos Souza*

Ana Patrícia Souza**

RESUMO: No presente trabalho será abordada a forma como a legislação brasileira tutela o embrião humano pré-implantado com fulcro no estudo das principais teorias que tratam do início da pessoa humana, no âmbito jurídico. Procurar-se-á conceituar embrião humano e discutir seu significado a partir do início da vida, mostrando que ele é pessoa e que possui direito à vida e à dignidade e como tal, deve ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa tem como foco o momento atual do desenvolvimento científico, mormente no que se refere às tecnologias de reprodução assistida, a fim de assegurar a observância dos princípios éticos e morais, e ao mesmo tempo não criar obstáculos ao avanço das pesquisas. Serão tecidas algumas considerações sobre as principais teorias que tratam sobre o início da vida humana, trazendo um paralelo com o Princípio da Dignidade Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, que deve ser utilizado como fonte de interpretação para regular o emprego de embriões humanos em experimentos científicos e técnicas de reprodução assistida.

PALAVRAS-CHAVE: Vida. Embrião Humano. Nascituro. Teorias da Personalidade. Dignidade Humana.

1 INTRODUÇÃO

O avanço científico notadamente no campo da reprodução assistida trouxe à tona reflexões de caráter ético refletindo na vida em sociedade,

* Bacharelada em Serviço Social pela Universidade Anhanguera, Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera, Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

** Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Fanese, Pós-Graduada em Direito Penal pela Fase, Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

exigindo ditames de conduta juridicamente definidos, objetivando assegurar os princípios éticos tanto na criação quanto na utilização de novas tecnologias sem criar obstáculos para o desenvolvimento da ciência.

As técnicas de reprodução assistida trazem consigo uma série de problemas éticos para os quais o ordenamento jurídico pátrio ainda não oferece soluções adequadas à nova situação. Alguns autores chegam até mesmo a afirmar que o progresso técnico científico na área da procriação humana traduz-se na revolução mais profunda que o direito já sofreu até hoje.

Com o desenvolvimento da engenharia genética, o homem foi capaz de descobrir aspectos da sua evolução biológica e possibilitou a manipulação de material celular humano e conseqüentemente, a manipulação da própria vida.

Todavia, tais aspectos podem colidir com princípios fundamentais assegurados constitucionalmente e também protegidos pelos diplomas internacionais, dos quais destaca-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando discussões de cunho moral, ético e jurídico, acerca da manipulação de material genético.

O uso indiscriminado das técnicas de reprodução humana assistida fez com que surgissem inúmeras controvérsias quanto ao embrião humano no que concerne a possibilidade de sua manipulação, aos limites dessa utilização, bem como ao destino dos embriões excedentários.

Nesse diapasão, surgiram questionamentos sobre qual seria o status jurídico do embrião humano, uma vez que este ser possui um estágio de desenvolvimento diferente do nascituro, da pessoa e da prole eventual, constituindo uma pessoa em formação.

O objetivo deste estudo é abordar a tutela jurídica do embrião pré-implantado de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, traçando um paralelo dos elementos jurídicos do embrião e da proteção assegurada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, traçando a diferenciação entre nascituro, embrião e feto.

O status jurídico do nascituro vem sendo tratado em diversos diplomas legais mas é no Direito Civil que ele encontra seu nascedouro, uma vez que ao se tratar do nascituro, estar se tratando do início da personalidade e partir daí surge a polêmica sobre em qual o momento a vida humana deve ser protegida.

O estudo elencará os aspectos essenciais de algumas das teorias que tratam sobre o início da vida humana, salientando que no que concerne às teorias que tratam sobre o início da personalidade, não há um consenso doutrinário sobre o assunto, ressaltando que o Código Civil confere proteção aos direitos do nascituro desde o momento da concepção.

Por fim, com base no estudo das teorias que tratam sobre o início da personalidade, será traçado um paralelo sobre o status jurídico do embrião humano pré-implantado, mencionando qual o entendimento do ordenamento jurídico pátrio sobre o assunto.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 CONDIÇÃO DO NASCITURO

A questão relativa à personalidade jurídica do embrião pré-implantado, não encontra entendimento pacificado juridicamente. Assim, é relevante a sua definição para que se determine a partir de que momento esse novo ser, será considerado vivo e terá personalidade jurídica.

Segundo Alves (2003, p. 97-111), no Direito Romano, a personalidade jurídica se iniciava quando presente os seguintes fatores: nascimento com vida, forma humana e a perfeição orgânica. Com a influência do Cristianismo (século XII), na Idade Média, chega-se ao consenso de que o sentido de pessoa está em um ser completo.

Na fase do Renascimento, a esse conceito foi acrescido o elemento dignidade humana, e, na Idade Moderna, o surgimento da expressão direitos fundamentais, refletem as mudanças ideológicas que emergiam no interior da sociedade.

O Código Civil tem várias disposições a respeito do nascituro, embora não o conceba com personalidade.

Na definição de Venosa (2003, p. 161),

O nascituro é um ente já concebido que se distingue daquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um

direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido.

Ainda segundo Venosa, a posição do nascituro é peculiar, pois ele já tem um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade.

Nesse sentido, de acordo com a nossa legislação, inclusive no Código Civil de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

No entendimento de Venosa (2003, p. 161),

O fato do nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.

Convém ressaltar que a pacificação sobre o assunto ficou um pouco mais distante com os avanços da engenharia genética. Foram introduzidos novos aspectos ao debate pela necessidade de considerar a distinção entre o nascituro e o embrião, já que a concepção de um novo ser humano também pode ocorrer *in vitro*, mediante utilização de técnica de fertilização artificial.

No entendimento de Castro (2009, p. 12),

Nascituro é o ser que está para nascer, já concebido e no ventre materno. A eventual formação do embrião, através de técnicas de reprodução assistida - ou popularmente, “fecundação artificial” -, não indica a existência da figura do nascituro, enquanto não implantado o embrião no ventre materno, isto é, enquanto *in vitro* ou crioconservado. Apenas é possível falar em nascituro quando já existe a gravidez.

Essa preocupação não existia no passado, e foi com o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida que surgiu a possibilidade de formação do embrião fora do ventre materno.

Para se entender a personalidade jurídica do embrião pré-implantado, faz-se necessário, trazer a lume as principais teorias acerca do início personalidade jurídica, as quais serão tratadas a seguir.

2.2 PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Dentre as teorias que tratam da personalidade jurídica do nascituro, destacam-se: a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicional.

Segundo a teoria natalista, ao nascituro não deve ser reconhecida personalidade, embora lhe seja permitido o exercício de atos destinados à conservação de direitos, conforme dispõe o art. 130 do CC/02, na condição de titular de direito eventual, por se encontrar pendente condição suspensiva (nascimento com vida). Dentre os defensores desta estão: Cézar Fiuza, Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mario da Silva Pereira e Sérgio Abdalla Semião.

Sobre o assunto, Monteiro (apud, Monteiro de Barros, 2006, p. 59) assim assevera:

Para que ocorra o fato do nascimento, ponto de partida da personalidade, preciso que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada ou haja exigido intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora do tempo.

Com relação à ruptura do cordão umbilical, Beviláqua (apud, Monteiro de Barros, 2006, p. 59) entende que para que o nascimento com vida se perfaça basta que a criança respire o ar atmosférico, razão pela qual também torna-se dispensável a separação completa do ventre materno.

Como se verifica, para esta teoria é insuficiente o nascimento; faz-se necessário que a criança tenha nascido com vida para que se lhe

reconheça a personalidade.

Uma técnica utilizada para provar que o nascimento com vida é a docimasia hidroestática de Galeno, segundo a qual os pulmões do recém-nascido são colocados num recipiente com água. Se sobrenadarem é porque a criança respirou, tendo nascido com vida; o que não acontece com os pulmões que não respiram, ficando comprovado que a criança não nasceu com vida.

Convém ressaltar que o legislador brasileiro adotou a teoria natalista, que exige para a aquisição da personalidade o nascimento com vida. É o entendimento que predomina na doutrina civilista e que se contrapõe a teoria concepcionista que defende o início da personalidade desde a concepção.

No Brasil, para a aquisição da personalidade, pouco importa o tempo de vida. Portanto, desde que tenha respirado, serão necessários dois registros: o de nascimento e o de óbito. Se, ao revés, não houver respirado, lavrar-se-á apenas o registro de óbito do nascituro, sendo vedado o registro do nascimento diante do fato de não ter sido pessoa.

Contudo, há que se perquirir que os defensores da corrente natalista não negam tais direitos ao nascituro, apenas rechaçam o exercício condicional destes, por entenderem que diante da ausência do atributo da personalidade jurídica, existiria apenas expectativa de direito.

Sobre tal situação, Tartuce (2008, p. 90) assevera que o grande problema da corrente natalista é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro.

Em sentido contrário está a Teoria Conceptionista, segundo a qual a concepção surge uma vida distinta, que por ser independente organicamente de sua mãe biológica, merece proteção.

Os defensores dessa corrente sustentam que o sistema jurídico brasileiro reconhece diversos direitos ao nascituro, a começar pelo Texto Constitucional, que lhe assegura o direito à vida (art. 5, caput), do qual decorre o direito à assistência ao pré-natal e a proibição da prática de aborto.

No entendimento de Ehrhardt Júnior (2011, p. 134), embora alguns não esclareçam qualquer diferença de tutela jurídica entre as mencionadas figuras, deve-se ressaltar que, independentemente da forma de fecundação (natural ou artificial), apenas com a nidação do

zigoto, ou seja, com a implantação da célula-ovo na parede do útero é que consideramos a existência de um nascituro.

Impende salientar que se confere ao nascituro, por exemplo, capacidade para figurar numa relação processual para reclamar alimentos, buscar reconhecimento de sua origem genética e pleitear reparação por danos. Existe ainda a possibilidade de o nascituro figurar como sujeito passivo de obrigação tributária, hipótese em que figura como contribuinte do imposto de transmissão *inter vivos*.

As situações descritas acima servem para corroborar a tese da Teoria Conceptionista que atualmente conta com mais adeptos entre os autores contemporâneos, dentre outros, segundo Tartuce (2008, p. 91) estão: Silmara Chinelato, Rubens Limongi França, Giselda Hironaka, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Cristiano Chaves, Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Maria Helena Diniz, Antônio Junqueira de Azevedo e Renan Lotufo.

Garcia (2004, p. 154) entende que não é pelo nascimento que se torna humano algo que não o seja; o ser humano, em todos os estados ou etapas, é homogêneo em si mesmo.

A autora acima entende que o feto deve ser considerado geneticamente único, irrepetível e autônomo, ressaltando que o nascimento não existe isolado, sendo este uma sucessão de fases, de modo que desde a concepção até a velhice é sempre o mesmo ser vivo que se desenvolve, amadurece e morre.

Já, os defensores da Teoria da Personalidade Condicional entendem que a personalidade jurídica do nascituro começa desde a concepção. Entretanto, os direitos estão sujeitos ao nascimento com vida.

A personalidade jurídica do nascituro só existirá se houver nascimento com vida. Havendo nascimento com vida, os seus direitos retroagem à data da concepção. Para os adeptos dessa teoria, o nascituro possui direitos sob condição suspensiva.

Nessa óptica, Wald (1995, p. 120) preleciona que a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de chegar o feto a não viver. De acordo com este entendimento, os direitos da personalidade do nascituro, ficarão condicionados ao nascimento com vida.

Há ainda uma corrente que defende que o início da vida ocorre com

a formação do sistema nervoso.

Segundo entendimento de Zatz (2004, p. 36) se a morte encefálica é inquestionavelmente considerada como o fim da vida, muitos pesquisadores consideram que o início da vida humana também devesse seguir o mesmo critério, ou seja: o início da atividade cerebral.

Uma outra corrente defende ainda que a vida começa com a concepção do embrião no útero. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano não poderia ser tido como nascituro, apesar de ser-lhe devido proteção jurídica como pessoa virtual com carga genética própria. Esta corrente entende que o nascituro só poderia ser considerado pessoa quando o ovo fosse implantado no útero materno.

Segundo Ehrhardt Júnior (2011, p. 136), a discussão não é dotada de utilidade prática, haja vista que nos moldes atuais não há vencedores e ressalta sobre a necessidade de se envidar esforços na busca constante de meios de efetivação e facilitação da proteção legal ao nascituro, redirecionando a discussão para os problemas pertinentes ao embrião em face das implicações éticas que encerram, já que o mencionado art. 2º do Código Civil de 2002 não trata da proteção jurídica deste.

Nesse diapasão, convém citar o entendimento de Nery Júnior e Nery (2007, p. 185): “antes de nascer o nascituro não tem personalidade jurídica, mas tem natureza humana (humanidade), razão de ser de sua proteção jurídica pelo CC”.

Trata-se de momento que serve de marco para o início da discussão acerca de várias questões bioéticas, como por exemplo, a manipulação genética de embriões e a utilização de métodos contraceptivos como a “pílula do dia seguinte”.

Diante das considerações feitas acerca do início da personalidade do homem, passar-se-á análise da condição jurídica do embrião humano proveniente da fertilização *in vitro*.

3 O STATUS DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO

Diante das novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, levantou-se o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, haja vista que a vida tem início naturalmente no ventre materno.

O embrião assim concebido não é nascituro, e a discussão jurídica

é se tal embrião pode ser tratado como pessoa, ou é equiparável ao nascituro, para efeito de proteção. Apesar de não se poder falar em nascituro ou em pessoa, é certa a preocupação legislativa em torno da proteção do embrião.

De acordo com o disposto no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), permite-se a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que não atendidas determinadas condições, para fins de pesquisa e terapia.

Impende salientar que qualquer utilização de embriões humanos fora das hipóteses estritamente admitidas é capitulada como crime nos arts. 24 e seguintes da Lei 11.105/2005.

Segundo Castro (2009, p. 13), o embrião não implantado apesar de não ser considerado pessoa, recebe proteção e tratamento próprio do campo das pessoas, sem que, no entanto, se lhe garanta proteção equivalente ao nascituro, ao qual se ressalvam todos os direitos.

Exatamente pelo disposto no art. 2º do Código Civil de 2002 que assegura todos os direitos do nascituro, muitos autores insistem que é mais sistemático afirmar, contra a literalidade do seu texto, que o nascituro tem personalidade, sujeita a condição resolutiva. Argumenta-se ainda que o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao nosso direito e que indica que a personalidade se inicia com a concepção.

Ainda de acordo com Castro (2009, p. 13),

(...) deve-se prestigiar o texto da lei; a personalidade se inicia com o nascimento, mas a ressalva aos direitos do nascituro é ampla, é genérica. De tal modo, as mais diversas situações, podendo o nascituro demandar o reconhecimento de sua filiação, pleitear alimentos, ser usufrutuário de bens, etc. Os seus direitos estão todos ressalvados, e daí que o nascituro pode ser parte processual, representado normalmente pela gestante. E é por isso que alguns autores reconhecem a aptidão genérica, não restrita, para o nascituro.

Segundo Araújo (2008, p. 21), ainda que o embrião não seja pessoa é de sua natureza que possa sê-lo, por conseguinte, deve ser afastada a

condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana.

Convém destacar que existem opiniões doutrinárias contrárias acerca da diferenciação entre nascituro e embrião, das quais é o entendimento de Silmara Juny Chinelato.

Para a referida autora, deve-se adotar um conceito amplo de nascituro, abarcando o embrião pré-implantatório, ou seja, aquele que se encontra fora do ventre materno; e ressalta que nestes casos, concepção já existe, não havendo distinção na lei quanto ao *locus* da concepção.

Conforme preleciona Ehrhardt Júnior (2011, p. 137), uma vez percebida a distinção, torna-se mais fácil perceber que independentemente do sistema jurídico ter ou não ter concedido personalidade jurídica ao nascituro, sua condição de sujeito apto a figurar numa relação jurídica, assegurada no art. 2º do Digesto Diploma Civil, garante a titularidade dos direitos inerentes a sua condição humana.

Para o citado autor, a limitação de utilização de células embrionárias, prevista no art. 5º da Lei de Biossegurança, equivaleria ao reconhecimento de que o nascituro é uma pessoa humana.

Outuzar apud Garcia (2004, p. 151), entende que a perspectiva de novas técnicas de reprodução assistida e a manipulação genética humana, devem ser considerados os interesses individuais que podem ver-se afetados por essa nova tecnologia, como a vida, a integridade física ou psíquica e a liberdade individual.

O ponto fulcral da questão é saber se o embrião congelado, resultante da fertilização *in vitro*, é pessoa. A resposta a essa pergunta será feita tendo como parâmetro a Teoria Natalista e a Teoria Concepcionista, ressaltando que o ordenamento jurídico brasileiro não trata do embrião pré-implantado.

Borba apud Venosa (2003, p. 151) aponta que, pela circunstância dos direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, possuem a característica de serem inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade.

Preleciona Venosa (2003, p. 160) que em razão dos novos horizontes da ciência genética, procura-se proteger também o embrião, segundo projeto que pretende já alterar essa dicção da nova lei.

O autor supra mencionado ressalta ainda que o ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código Francês, o qual estabelece que a personalidade começa com a concepção, diferentemente do nosso ordenamento, no qual predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

Impende salientar que os direitos do nascituro estão dispostos no Código Civil de 2002, uma vez que os seus direitos são salvaguardados e também no Código Penal, no que concerne à vedação da prática do aborto.

Observa-se diante de tal situação que o nascituro tem uma posição peculiar dentro do ordenamento jurídico brasileiro haja vista que, embora não tenha adquirido ainda todos os requisitos da personalidade, recebe a proteção do Código Civil e do Código Penal.

Todavia, adverte Venosa (2003, p. 161) que apesar do nascituro ter a proteção legal de seus direitos desde a concepção, não se pode imaginar que ele tenha personalidade tal como a concebe o ordenamento. Nesse sentido,

O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito. [...] Há tentativas legislativas no sentido de ampliar essa proteção ao próprio embrião, o que alargaria em demasia essa personalidade (VENOSA, 2003, p. 161).

A afirmação do autor supra mencionado, corrobora o entendimento de que não há violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o referido princípio faz alusão ao respeito à pessoa não havendo, portanto, referência à vida humana.

Dessa forma, não há por que se debater a questão da existência da vida humana ou não, em se tratando de embrião.

Por oportuno, corrobora ainda menção de que o embrião pré-implantado não foi tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o código civil refere-se à questão do nascituro e o código

penal ao vedar a prática do aborto faz alusão ao feto, entes que não correspondem ao embrião pré-implantado.

Considerável parcela doutrinária defende que o direito civil positivo adotou, nesse particular, a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida. Pelos que defendem a teoria natalista, o nascituro não sendo pessoa, possui apenas mera expectativa de direitos.

Contrários a esse posicionamento estão os adeptos da teoria concepcionista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, posicionamento seguido por Gagliano e Pamplona Filho. Apresentam-se favoráveis à ampla proteção do embrião concebido *in vitro*, uma vez que não reputam justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de deste ter se desenvolvido intrauterinamente.

Aludem os referidos autores,

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intrauterina – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos (GLAGIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 93).

Ressalte-se que, de acordo com a teoria concepcionista, ao nascituro estaria assegurada apenas a titularidade de direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à vida e a uma gestação saudável, não estando assegurados entretanto, os direitos patrimoniais, os quais estão condicionados ao nascimento com vida.

Sobre esta questão, adverte Diniz (2002, p. 7) que na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal. No que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Assevera ainda a autora que o embrião humano congelado não poderia ter sido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual com carga genética própria (DINIZ, 2002, p. 8).

Rodrigues (2003, p. 36) define o nascituro como sendo aquele ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Para este autor, a lei não concebe personalidade ao nascituro, a qual lhe será conferida se nascer com vida.

Dessa forma, o nascituro só será pessoa quando o ovo fecundado for implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida, uma vez que na fecundação na proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozoide que inicia a vida, é a nidação do ovo ou zigoto que a garantirá.

Contestando tal assertiva, Diniz assevera que,

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher (2002, p. 8).

Pelos posicionamentos dos doutrinadores acima mencionados, verifica-se que existe uma profunda controvérsia no que concerne a questão do nascituro, o qual, apesar de não ser considerado pessoa, tem os seus direitos resguardados desde a concepção.

Entretanto, o ponto central da questão ora apresentada é se o embrião é pessoa humana, haja vista que conforme já fora mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro não protege a vida humana por si só, mas sim a vida da pessoa humana.

De acordo com o entendimento da maioria dos doutrinadores citados o nascituro, embora tenha proteção legal dos seus direitos não é considerado pessoa. Por esta razão, não há porque falar que a utilização de embriões humanos em pesquisa e terapia viola o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Trazendo a lume entendimento de Oliveira (2005, p. 27), a qual

assevera que a inviolabilidade do direito à vida diz respeito aos brasileiros, considerando os nascidos, e, por outro lado o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o ser humano que recebe o qualificativo pessoa.

No entendimento de Semião (2000, p. 175), no ordenamento jurídico brasileiro não existe qualquer proibição quanto à destruição do embrião congelado porque considera que a Constituição Federal em seu art. 5º concede direito à vida apenas aos indivíduos já nascidos, brasileiros e estrangeiros. Segundo ele, tal conceito está ligado diretamente à nacionalidade, estando dessa forma, vinculado diretamente ao nascimento.

Entendimento oposto advém dos defensores da teoria concepcionista. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano pré-implantado merece toda proteção de uma pessoa já nascida, independentemente de sua viabilidade de desenvolvimento.

Contestam o argumento dos natalistas quanto à análise do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sob a alegação de que o direito à vida é inerente a qualquer pessoa independentemente de ser brasileiro ou estrangeiro, não tendo tal garantia, ligação com a nacionalidade.

Assim, consideram o ser concebido, mas ainda não nascido, como pessoa. De acordo com esse entendimento, os embriões excedentes não podem ser descartados, uma vez que se trata de vidas humanas, resguardando-se seus direitos desde a concepção mesmo que esta ocorra fora do ventre materno.

Segundo preleciona Barboza (2005, p. 264) uma vida humana, entretanto, não é ainda homem-pessoa, merecendo portanto, tutela jurídica inferior a esse. Assim,

[...] Se é certo que o concebido não é coisa, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade (BARBOZA, 2005, p. 266).

Com esta afirmativa, a autora respalda a ideia de que o poder legiferante ao aprovar o artigo 5º da Lei de Biossegurança adotou teoria compatível com os valores últimos do Estado Democrático de Direito, haja vista que o poder constituinte originário não tratou de conferir um

status jurídico ao embrião pré-implantado.

Conforme já mencionado anteriormente, para os natalistas, o nascituro não é pessoa, embora tenha vida humana. Logo, os embriões excedentes, segundo os adeptos dessa teoria não são pessoas, e, por isso, admitem que eles sejam destruídos, ante a falta de viabilidade para sobreviverem, se não forem implantados logo no útero materno.

Dessa forma, de acordo com a teoria natalista não há proteção aos embriões que vivem extraterinamente, podendo, então, serem utilizados para fins de pesquisa e terapia, desde que respeitem aos parâmetros estabelecidos na Lei de Biossegurança.

No entendimento de Ehrhardt Júnior (2011, p. 140), a distinção entre nascituro e embrião mostrou-se decisiva para a formação do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto sobre a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas que apresentou notável contribuição para dirimir a já clássica discussão entre concepcionista e natalistas.

Convém destacar que o Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos julgou improcedente a Adin 3.5100/DF declarando a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança que prever a utilização de pesquisas com células-tronco embrionárias a partir de embriões humanos congelados.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que não há uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e que não é papel daquela Corte Suprema estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente estabelecidos na própria Lei Maior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, verificou-se que o embrião humano implantado tem a sua tutela equiparada a do nascituro. Já, o embrião resultado da fertilização *in vitro*, enquanto não estiver implantado no útero materno não goza da proteção conferida aos demais, e, assim, não pode ser considerado ente humano.

Contextualmente, o estudo das teorias que tratam sobre o início da vida foi importante para o objeto dessa pesquisa. Nesse diapasão, pode-se inferir que a Teoria Concepcionista é a mais adequada em tutelar os

direitos do embrião implantado, pois o considera pessoa humana em estado de latência.

Assim sendo, tendo em vista que o embrião como pessoa em potencial deve merecer todo respeito e dignidade que é dado a todo homem.

É indubitável que a retirada de uma vida humana é crime contra a pessoa. Nesse ínterim, a interrupção da vida de um embrião congelado, ou qualquer outra forma de interrupção voluntária da vida também configura um fato antijurídico em sua essência.

Impende salientar que a produção científica da humanidade na área da biotecnologia avança num ritmo acelerado. Nos últimos anos, o mundo foi palco de descobertas surpreendentes e revolucionárias na área da ciência genética.

O anseio muito grande pelo novo que a sociedade pós-industrial tem, traz como consequências a capacidade técnica de interferir cada vez mais em coisas que antes estavam muito além da sua esfera de ingerência.

Todavia, convém salientar que a manipulação *extra corporis* de embriões humanos traz consigo a análise de aspectos jurídicos muito delicados e por vezes inexplorados, sobretudo no que pertine aos embriões excedentários, ou seja, aqueles embriões que não são implantados no útero da mulher e que são congelados para eventual utilização.

Ora, a sociedade deve estar atenta a esta nova realidade, haja vista que inevitáveis conflitos de interesse, tendem a ganhar força. Nessa esteira, o Direito enquanto ciência social e de caráter multidisciplinar não pode em hipótese alguma ficar inerte, sendo necessária uma reflexão ético-jurídica de forma conjunta e consciente.

As inovações tecnológicas no campo da biotecnologia têm trazido possibilidades nunca antes tratadas pelo direito, e, em razão disso são desprovidas de proteção legal. É papel do direito, tentar se adequar às novas proposições, buscando sempre abarcar as possíveis consequências.

Nesse diapasão, a Lei de Biossegurança permite em seu art. 5, que células-tronco embrionárias sejam utilizadas para fins de pesquisa e terapia, obtidas a parte de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não foram implantados no ventre da mulher,

desde que sejam atendidas certas condições.

Convém destacar que para os que são adeptos de que o embrião fertilizado in vitro não merece proteção legal, entendem que não há problema em descartá-lo. Pelo princípio da legalidade, tem-se que tudo aquilo que não for proibido por lei, é permitido aos particulares em geral.

Nesse sentido, não havendo proibição legal expressa ao descarte dos embriões excedentários, não há crime por parte dos médicos que destroem embriões em estado pré-implantatório.

A discussão ganha força na medida em que se multiplicam as formas de agressão ao ser concebido, não apenas limitadas ao aborto, mas também, a experimentação e manipulação genéticas com embriões e à produção de um número desnecessário de embriões para a fecundação assistida ou para finalidades não ligadas à procriação, tais como: cosméticas, industriais ou de extração de tecidos para transplantes.

Cabe ressaltar que o direito sempre conferiu proteção jurídica ao nascituro, embora não haja consenso sobre sua natureza jurídica. Alguns consideram, tratar-se de direitos sem sujeito; outros entendem que há no caso só meros estados de vinculação, passando pela retroacção da personalidade ao momento da constituição do direito e, há outros que sustentam haver lugar entre a concepção e o nascimento a uma personalidade parcial.

Impende salientar que a controvérsia doutrinária acerca da personalidade jurídica do nascituro apresenta relevância jurídica, pois implica em numerosas consequências práticas, haja vista que quem afirma personalidade afirma direitos e obrigações.

Cabe asseverar que não existe ainda um estatuto próprio para o embrião. Desta feita, no período entre a fertilização in vitro e a implantação no útero materno o embrião não é objeto de tutela específica. Essa tutela será mais ou menos intensa de acordo com o estatuto que lhe seja atribuído no plano ético jurídico, qual seja, pessoa ou coisa.

É claro que todo avanço tem um preço. Todavia, tal preço não pode ser pago com vidas humanas. Os avanços científicos devem pautar-se nos valores contidos na Constituição, pois a vida humana é um valor superior previsto no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Nesse diapasão, pode-se inferir que o embrião pré-implantado

deve ser tratado pelo Direito como pessoa, ou seja, como sujeito detentor de direitos da personalidade. Ainda que se adote a corrente contrária, a proteção legal da vida antes do nascimento deve alcançar a existência desde o momento da concepção. Portanto, o embrião é indubitavelmente, um bem a ser protegido legalmente.

Assim, o direito à vida corresponde não apenas ao ato de nascer, mas é abrangente ao ser humano como organização corpórea, plasmada no desenvolvimento do embrião, suscetível de proteção onde quer que se encontre.

THE STATUS OF HUMAN PRE-EMBRYO IMPLANTED

ABSTRACT: In the present work will be discussed how Brazilian law protects the human embryo pre - deployed with the fulcrum in the study the major theories dealing with the beginning of the human person, in the legal sphere. Search will conceptualize human embryo and discuss its meaning from the beginning of life, showing that he is a person and has the right to life and dignity, and as such, should be protected by Brazilian law. The research focuses on the current situation of scientific development, especially with regard to assisted reproductive technologies in order to ensure compliance with the ethical and moral principles, while not hindering the advancement of research. Will be woven some considerations about the main theories that deal with the beginning of human life, bringing a parallel with the Principle of Human Dignity, the foundation of the democratic rule of law, which should be used as a source of interpretation to regulate the use of human embryos in scientific experiments and assisted reproductive techniques .

KEYWORDS: Life. Human Embryo. Unborn. Theories of Personality. Human Dignity.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles de. *Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo*. In Revista trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, vol 35, jul/set 2008.1.

ALVES, J. C. M. *Direito Romano*. Vol. I. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense,

2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. In CASALONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (Orgs). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*, v. 1: Lei de introdução e parte geral. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL, *Código Civil*. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Aspectos controvertidos da situação jurídica do nascituro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_ed=11922>. Acesso em nov 2013.

BRASIL. Lei n.º 11.105/2005. Dispõe sobre a política nacional de biossegurança. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004_2006_2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 20.out.2013

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil – Lições*. 3. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2009.

CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto Jurídico do Nascituro: o Direito Brasileiro*. In *Questões controvertidas. Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral*. Volume 1. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6 ed. São paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: A dignidade da pessoa: A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed. 2007.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque. *A constitucionalidade material do artigo 5º da lei de biossegurança*. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, ano IV, n. 42, p. 26-29, 30. set. 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*. Vol I, 33 ed. São Paulo:

Saraiva, 2003.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo horizonte: Del Rey, 2000.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página virada no Direito Brasileiro. In *Questões Controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZATZ, Mayana. *Ética: Da clonagem aos testes genéticos*. In Borem Santos. *Biotecnologia de A a Z*, Viçosa: UFV, 2003.

ZATZ, Mayana. *Células-tronco*. *Revista Consulex*, ano VIII, n.º 180, 15 jul. 2004.