

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CRISTÃ CURSO DE DIREITO

LUCIANA CARVALHO GONÇALVES DOS SANTOS SILVA

**A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES “IN VITRO” E SUAS
CONSEQUÊNCIAS SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Recife
2018

LUCIANA CARVALHO GONÇALVES DOS SANTOS SILVA

**A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES “IN VITRO” E SUAS
CONSEQUÊNCIAS SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade
Damas da Instrução Cristã como
requisito parcial para obtenção de título
de Direito.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina
Othon Lacerda Andrade

Recife
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Silva, Luciana Carvalho Gonçalves dos Santos.

S586n A natureza jurídica dos embriões “in vitro” e suas consequências sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro / Luciana Carvalho Gonçalves dos Santos Silva. - Recife, 2018.
52 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Reprodução humana assistida. 3. Sujeito especial de direitos. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-124)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CRISTÃ CURSO DE DIREITO

LUCIANA CARVALHO GONÇALVES DOS SANTOS SILVA

A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES “IN VITRO” E SUAS
CONSEQUENCIAS SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Defesa Pública em Recife, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Examinador(a):

Dedico este trabalho à minha família, que sempre me apoiou em todos os momentos, me dando forças para seguir e lutar pelos meus sonhos, aos meus amigos que nunca me deixaram desistir e a Deus por sempre iluminar o meu caminho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre me abençoar e iluminar o meu caminho, me dando forças para seguir;

Aos meus pais, Betânia e Antonio, que me colocaram no mundo e sempre cuidaram de mim com amor e carinho. Sempre lutaram para me proporcionar o melhor e, principalmente, me deram a chance de fazer uma boa faculdade e construir o meu futuro;

À minha irmã Gabriela, que sempre me apoiou, me deu conselhos e me ajudou em todos os momentos, nesta longa jornada;

Ao meu noivo Igor, que esteve ao meu lado durante todo este longo caminho de monografia, me dando apoio e me empurrando para frente;

À minha melhor amiga Beatriz Cerejeira, que esteve comigo nos tempos de colégio e faculdade, sempre me apoiando e me aconselhando, construindo nosso futuro juntas;

Às minhas amigas, Camila, Gracy, Lucineide, Marília e Manuela que sempre me apoiaram quando eu mais precisei, me deram conselhos que levo para vida;

Aos meus amigos, Bruno, Artur, Lucas, Leonardo e Antonio que sempre me proporcionaram muita alegria e risadas;

À Doutora e professora Renata Andrade que com sua dedicação me orientou durante todo esse caminho de monografia, passando todo o seu conhecimento;

À Faculdade Damas, seu diretor, professores e colaboradores que estão sempre prontos a ajudar e me proporcionaram uma boa formação.

RESUMO

O trabalho tem como objeto de pesquisa a natureza jurídica dos embriões “in vitro” sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida proporcionou aos casais que possuem dificuldades de se reproduzir pelo meio natural a possibilidade da procriação, conseqüentemente, gerando muitos embriões “in vitro” ou excedentários que permanecem congelados nas clínicas de fertilização. Devido à falta de uma legislação específica sobre estes embriões congelados, existem muitas dúvidas a respeito de sua natureza, os direitos garantidos e se estes embriões devem ser protegidos pelo estado, razão pela qual este trabalho busca determinar sua natureza jurídica e esclarecer a insegurança sobre estes embriões. O objetivo geral desta pesquisa é realizar uma comparação entre os embriões e o nascituro, buscando uma igualdade entre ambos, para que assim os embriões “in vitro” possam receber o mesmo tratamento que os nascituros perante o ordenamento. Na primeira parte foi explicado um pouco sobre a reprodução assistida; os tipos de concepção; as classificações e os problemas éticos, jurídicos e religiosos. A finalidade desta primeira parte é mais geral, esclarecer algumas questões sobre a RHA, para posteriormente mostrar como os embriões “in vitro” são reproduzidos. A segunda parte do trabalho, voltada para a área jurídica, é estabelecido o conceito de nascituro e embriões, bem como suas diferenças; as teorias da personalidade jurídica; o estatuto do nascituro; o conceito dos três tipos de natureza jurídica do embrião “in vitro” e a cobertura do ordenamento jurídico sobre estes excedentários, com o objetivo de esclarecer o que são esses embriões congelados, se estes podem ser comparados aos nascituros e quais são seus direitos perante o ordenamento jurídico. O último capítulo do trabalho é voltado para um enquadramento jurídico a respeito da natureza do embrião “in vitro”, apontando as vantagens e conseqüências existentes para cada tipo. Através do trabalho é possível perceber que os embriões congelados já estão concebidos e possuem uma expectativa de nascer, razão pela qual devem ter seus direitos protegidos pelo estado, se igualando aos nascituros. Ao final, com base na teoria concepcionista, código civil, lei de alimentos gravídicos, direito canônico e entendimentos jurisprudências é possível concluir que a melhor forma de caracterizar os embriões “in vitro” quanto a sua natureza jurídica é a categoria dos sujeitos especial de direitos, pois, tanto os embriões seriam beneficiados, quanto os sujeitos já nascidos, além de que não existiria nenhum conflito normativo.

Palavras – chave: Embriões “in vitro”. Reprodução humana assistida. Sujeito especial de direitos.

ABSTRACT

This paper has as object of research the juridical nature of “in vitro” embryos, under the light of the Brazilian juridical ordainment. The development of new techniques of assisted human reproduction has provided couples with difficulties of reproducing naturally the possibility of procreation, consequently, producing many “in vitro” embryos or surpluses that remain frozen in fertilization clinics. Because of the lack of a specific law regarding frozen embryos, there are many doubts about their nature, their guaranteed rights and if these embryos must be protected by the state, which is why this paper aims to determine its juridical nature and clarify the insecurity about these embryos. The main goal of this research is to make a comparison between embryos and nasciturus, searching for a balance between both, so that the “in vitro” embryos can receive the same treatment as nasciturus by the ordainment. The first part explains a little about assisted human reproduction; the types of conception; the classifications and ethical, juridical and religious problems. The goal of this first part is to clarify some questions about RHA, so that later how “in vitro” embryos are reproduced can be showed. The second part of the paper is directed to the juridical area. The concept of nasciturus and embryos is established, as well as their differences; the theories of juridical personality; the constitution of nasciturus; the concept of the three kinds of juridical nature of “in vitro” embryos and the juridical ordainment coverage over these surplus embryos, aiming to clarify what are these frozen embryos, if they can be compared to nasciturus, and how are their rights by the juridical ordainment. The last chapter of this paper is directed to a juridical framing regarding the nature of “in vitro” embryos, pointing the advantages and existing consequences to every kind. Through the research it is possible to realize that the frozen embryos are already conceived and possess a birthing expectation, reason why they should have their rights protected by the state, levelling with nasciturus. In the end, based on the conceptionist theory, civil code, law of gravid food, canonic rights and jurisprudential understandings, it's possible to conclude that the best way of characterizing “in vitro” embryos by their juridical nature is in the special subject of rights category, because that benefits the embryos, as well as subjects already born, and moreover there wouldn't be any normative conflict.

Key-words: “In vitro” embryos. Assisted human reproduction. Special subject of rights.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 ASPECTOS GERAIS DA RHA | 12 |
| 2.1. Um breve histórico da RHA | 12 |
| 2.2. Conceito da RHA e Classificação | 13 |
| 2.2.1 Concepção Homóloga | 14 |
| 2.2.1 Concepção Heteróloga | 16 |
| 2.3 Técnicas de Reprodução Humana Assistida | 17 |
| 2.3.1 Inseminação Artificial ou Fecundação “in vivo” | 17 |
| 2.3.2 Ectogênese ou Fertilização “in vitro” | 18 |
| 2.4 Problemas que versam sobre a RHA | 19 |
| 2.4.1 Religiosos ou Biorreligião | 19 |
| 2.4.2. Éticos ou Bioética | 19 |
| 2.4.3. Jurídicos ou Biodireito | 20 |
| 2.5 A bioética dentro da RHA | 21 |
| 3 ASPECTOS JURIDICOS QUE VERSAM SOBRE O EMBRIÃO “IN VITRO” E O NASCITURO | 22 |
| 3.1 Conceito de Embrião “in vitro” e Nascituro | 22 |
| 3.1.1 Nascituro | 22 |
| 3.1.2 Embriões “in vitro” | 23 |
| 3.2 Teorias da personalidade jurídica | 24 |
| 3.2.1 Teoria natalista | 24 |
| 3.2.2 Teoria da Personalidade Condicionada ou Teoria Condicional | 25 |
| 3.2.3 Teoria Concepcionista | 26 |
| 3.3 Teorias a respeito do início da vida para os nascituros | 27 |
| 3.3.1 Teoria Ecológica | 27 |
| 3.3.2 Teoria Neurológica | 27 |
| 3.3.3 Teoria do Cristianismo, Teoria Genética | 28 |
| 3.4 Embriões Excedentários (congelados) | 28 |
| 3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana | 29 |
| 3.6 Estatuto do Nascituro | 29 |
| 3.7 Natureza Jurídica do Embrião “in vitro” | 31 |
| 3.7.1 Pessoa Natural | 31 |
| 3.7.2 Sujeito especial de direitos | 32 |
| 3.7.3 Coisa Jurídica | 33 |
| 3.8 A Cobertura do ordenamento jurídico brasileiro sobre os embriões “in vitro” ... | 34 |
| 4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO “IN VITRO” | 36 |

| | |
|--|-----------|
| 4.1 Pessoa Natural | 36 |
| 4.2 Coisa jurídica | 38 |
| 4.3 Sujeito especial de direitos | 43 |
| 5 CONCLUSÃO | 47 |
| 6 REFERÊNCIAS..... | 50 |

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia criou a reprodução humana assistida como solução para os casais que possuem dificuldades de reproduzir por meios naturais, seja por infertilidade do homem, seja por dificuldades da mulher. São procedimentos médicos que permitem a concepção do embrião, realizada por fertilização “in vitro”, quando a concepção é feita fora do útero materno, ou por inseminação artificial, quando o gameta masculino é implantado dentro do útero da mulher.

Diante do aumento elevado da procura pelas técnicas de RHA por casais que possuem dificuldade de procriar por meio natural e que possuem condições financeiras para o tratamento, os problemas de ordens éticos, religiosos e jurídicos tendem a se multiplicar. Conseqüentemente crescem os números de embriões congelados nas clínicas de fertilização.

Existem grandes questões no mundo do Direito a respeito desses embriões “in vitro”, como: o que ou quem são esses embriões congelados (pessoas, coisa, nascituro ou sujeito especial de direito), o que fazer com eles e, principalmente se estes teriam direitos equivalentes ao do nascituro concebido por meio natural, como por exemplo, o direito à vida e aos alimentos gravídicos.

O presente trabalho visa contribuir com uma grande questão criada pela RHA: A natureza jurídica do embrião. O problema deste presente trabalho é: Considerando as várias possibilidades de enquadramento jurídico, qual enquadraria melhor os embriões “in vitro” dentro do sistema jurídico brasileiro? Ainda hoje existem dúvidas referentes aos direitos de personalidade do embrião reproduzido “in vitro”, ou seja, aqueles concebidos fora do sistema reprodutor da mulher e que ainda permanecem congelados, e se o mesmo pode ser comparado ao embrião reproduzido *in útero* ou nascituro.

O Embrião concebido em laboratório pode ser considerado coisa jurídica, pessoa ou sujeito especial de direito a depender das teorias de personalidade que o ordenamento jurídico pode adotar. Diante disso, o reconhecimento ou não de Direitos ao embrião congelado e se este é equivalente ao nascituro pode variar conforme a adoção da teoria e entendimentos doutrinários e jurisprudências.

No Brasil, o Código Civil de 2002, assim como o Supremo Tribunal Federal, adotam a teoria natalista, o nascituro só adquire direitos a partir do nascimento com vida, ou seja, o embrião “*in vitro*”, em regra, é visto como uma coisa jurídica. Porém, a lei de alimentos gravídicos, ao conceder o direito ao nascituro a alimentos durante a gestação, faz com que estes embriões se tornem sujeitos especiais de direitos.

Crescem o número de casais que procuram os meios de reprodução humana assistida, assim como o número de casos do judiciário, portanto, é importante esclarecer os direitos de personalidade do embrião “*in vitro*”, tanto dos que já foram implantados no útero da mãe, quanto os que ainda permanecem congelados na clínica de fertilização. É uma forma de ajudar tanto os nascituros, que possuem direitos de personalidades, quanto os pais que optam pelo meio artificial.

A pesquisa tem por objetivo geral, analisar a reprodução humana assistida apontando as eventuais divergências de tratamento jurídico entre os embriões “*in vitro*” e o nascituro. E tem como objetivos específicos: Esclarecer as técnicas de RHA e os principais problemas contra esta técnica de reprodução; analisar as questões jurídicas e garantias asseguradas ao embrião “*in vitro*” já implantado; apresentar um enquadramento jurídico do embrião congelado na condição de pessoa, coisa jurídica ou sujeito especial de direito.

É utilizado o método hipotético dedutivo, sendo uma pesquisa descritiva, foram utilizadas doutrinas, trabalhos acadêmicos e a própria lei para se chegar ao resultado pretendido. Além disso, a obra é bibliográfica, tanto em seu tipo de pesquisa quanto na parte de coleta, foi utilizado apenas parte escrita, como doutrinas e jurisprudências.

O trabalho encontra-se desenvolvido em três capítulos. O primeiro trata dos aspectos gerais da reprodução humana assistida, as técnicas da RHA e quando deverão ser aplicadas para a realização do projeto parental do casal, além dos principais problemas contra esta forma de reprodução.

O segundo capítulo trata das questões jurídicas, apresenta as definições de nascituro e embriões “*in vitro*”, assim como uma comparação entre ambos. Determina as garantias asseguradas pela lei e as teorias que versam sobre os direitos de personalidade do nascituro e, apresenta ainda a definição de cada possibilidade de natureza jurídica do embrião.

O terceiro capítulo trata de um enquadramento jurídico do embrião congelado na condição de pessoa, coisa jurídica ou sujeito especial de direito e suas consequências, bem como faz uma análise a respeito da ADI 3510, mas conhecida como ADI das células tronco. Para assim discutir-se qual a natureza jurídica dos embriões *“in vitro”*.

2 ASPECTOS GERAIS DA RHA

A Reprodução Humana Assistida é vista como solução para os casais que possuem dificuldades de reproduzir pelo meio natural, seja em casos de infertilidade do Marido, seja por dificuldades da Mulher, cabe ressaltar que é necessário que o casal possua condições financeiras e utilize estas técnicas como último meio de tentar procriar. O desenvolvimento da tecnologia permitiu a existência de técnicas medicas que permitem a concepção do embrião, realizada por fertilização “in vitro” ou por inseminação artificial.

2.1. Um breve histórico da RHA

Os Problemas com a reprodução natural por meio da relação íntima entre homens e mulheres sempre existiram, principalmente a infertilidade, que é a maior causa da procura pela RHA. O desenvolvimento dos procedimentos de reprodução assistida em humanos se deu no período de 1960 a 1970 do século XX, porém, anteriormente o meio de reprodução externa, a fertilização “vitro”, já era aplicada em animais, como formas de experiência para o desenvolvimento desta forma artificial de reprodução, para que posteriormente fosse aplicada em humanos.

Em 1978, na Inglaterra nasceu o primeiro bebê de proveta, ou seja, desenvolvido fora do útero materno, Louise Brown. Devido a um bloqueio nas tubas uterinas, sua mãe, Leslie Brown, só conseguiu engravidar quando encontrou o embriologista Robert Edwards e utilizou dos meios de RHA.

Quando Louise nasceu, as chances de reprodução de um bebê fora do útero materno não passavam de 5%. Atualmente, com o desenvolvimento destas técnicas artificiais de reprodução, o percentual chega a 25%, ou seja, cerca de 250 mil sujeitos nascem através destas técnicas artificiais de reprodução.

No Brasil, a título de curiosidade, o primeiro embrião concebido através da reprodução humana assistida nasceu no dia 7 de outubro de 1984, uma menina chamada Anna Paula Caldeira. Sua mãe, Ilza Maria, não podia mais engravidar, mas no segundo casamento, ela e o marido decidiram ter mais um filho. Procuraram então o ginecologista Milton Nakamura, o melhor na área da fertilização “in vitro” no Brasil.

2.2 Conceito da RHA e Classificação

A reprodução humana assistida é um procedimento artificial de procriação realizado em laboratório, são procedimentos médicos que interferem no processo natural da reprodução. Dentro da RHA estão incluídas todas as técnicas de reprodução que permitem a geração da vida, por método científico, técnico e artificial.

Estas técnicas médicas permitem a concepção de um embrião, podendo ser realizada por fertilização “in vitro”, quando a concepção é feita fora do útero materno, ou por inseminação artificial, quando existe a implantação do gameta masculino dentro do útero da mulher.

No Brasil, muitos casais vêm utilizando os procedimentos de RHA, principalmente nos casos de infertilidade de um dos cônjuges, apesar de ser mais utilizado em casos de o marido ser infértil. A maternidade e a paternidade são o foco central nas relações familiares, e, ocorrendo uma falha nesta reprodução, pode causar grandes problemas, fragilizando a relação dos cônjuges.

No Brasil, não existe uma legislação própria que trate a respeito da reprodução humana assistida, existem apenas algumas legislações específicas que tocam no assunto, como as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que regula as normas éticas a respeito dos procedimentos médicos a serem utilizados nos procedimentos de RHA. A lei de alimentos gravídicos que lida com o fato destes embriões poderem receber alimentos ainda durante a gestação e a lei de biossegurança que fala a respeito dos embriões excedentários e sua utilização nas pesquisas de célula tronco.

Ocorre que, ainda não existem leis que protejam os direitos destes embriões desenvolvidos por meio artificial. Apesar de que existe um projeto de lei do senado, nº 90 de 1999 que trata a respeito da reprodução humana assistida, porém, ainda não foi aprovado. Este projeto lida com as técnicas de RHA, a questão do consentimento do casal, alguns direitos assegurados ao embrião, dentre outras coisas.

No código civil de 2002 no art. 2 é reconhecido que a personalidade apenas será adquirida a partir do nascimento com vida, apesar de que são assegurados

direitos desde a concepção, como é o caso do art. 1597 que reconhece a filiação aos filhos advindos por meio artificial:

III – havidos por Fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido; IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da fecundação artificial homologa; V – havidos por inseminação artificial heteróloga desde que exista previa autorização do marido (BRASIL, 2002).

Ao examinar a legislação civilista, é claro que esta não autoriza e nem regulamenta propriamente sobre a RHA, mas apenas assegura alguns direitos ao nascituro desde sua concepção e constata a existência de problemáticas para outros campos do direito civil, como a presunção de paternidade.

O Conselho Federal de Medicina editou uma Resolução CFM de nº 1.957/10, de 1992, adotando Normas Éticas a ser seguidas pelos médicos nos procedimentos de Reprodução Assistida, dispondo que “As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas”.

É importante ressaltar que a RHA deverá ser utilizada apenas em último caso, quando não existirem mais meios para engravidar por meio natural. Estas técnicas estão diretamente conectadas ao direito à vida, à saúde e à reprodução. Porém, é necessário respeitar os princípios básicos constitucionais e norteadores da bioética, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Maria Berenice Dias, o uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade (DIAS, 2011, p.123). Assim, os casais que desejam reproduzir, mas não conseguem por meio natural, possuem direito assegurado por lei a utilizar das técnicas de RHA, mas apenas se não conseguirem de forma alguma pelo meio natural.

2.2.1 Concepção Homóloga

A primeira classificação de RHA é a concepção homologa, onde não é necessária a participação de um terceiro desconhecido na relação, tendo em vista

que é realizada entre o casal e não ocorre a infertilidade do marido ou da esposa. É mais utilizada em casos de casais unidos em casamento ou união estável.

Paulo Lôbo define o que vem a ser a concepção Homóloga:

É a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação substitui a concepção natural, havida da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou ambos os cônjuges. O uso do sêmen do marido somente é permitido se for de sua vontade e enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo. (LÔBO, 2011, p. 224).

Sendo usado, portanto, o gameta masculino do marido, porém, é necessária a vontade deste ainda vivo. Cabe ressaltar que após a morte do marido, seu sêmen poderá ficar congelado para ser usado pela esposa no momento desejado, neste caso, é necessário a autorização do marido antes do falecimento, além de que a esposa precisa estar na condição de viúva. Segundo Venosa, se a esposa estiver casada com um terceiro, é evidente que não se atende as condições exigidas e não poderá utilizar do embrião congelado.

Um segundo conceito a respeito da concepção homóloga vem de Maria Berenice Dias, segundo a autora “ocorre concepção homóloga quando decorre de manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal, procedida a fecundação “in vitro”, o ovulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo” (DIAS, 2010, p. 358).

Portanto, para Berenice Dias, o embrião é concebido fora do útero materno, com a junção dos materiais genéticos dos cônjuges e implantado na mulher após a concepção em laboratório.

A Reprodução assistida homóloga, portanto, é aquela que ocorre entre o marido e a mulher, não existindo a necessidade de um doador anônimo, com plena autorização dos cônjuges, pois ambos precisam ter a vontade de realizar o procedimento. Cabendo ressaltar, como já informado anteriormente, que em casos de embriões excedentários, é preciso a autorização do marido para a implantação no útero da esposa após sua morte.

2.2.1 Concepção Heteróloga

Neste caso, diferente da concepção homóloga, há uma provável infertilidade em um dos cônjuges. No Brasil, geralmente está infertilidade é do marido, pois se fosse da mulher geraria um grande problema jurídico, chamado “barriga de aluguel”. É utilizado o esperma de um terceiro doador anônimo.

Neste sentido, Lôbo define a Inseminação Artificial Heteróloga:

Dá-se quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu (LÔBO, 2011, p. 224).

Logo, é importante esclarecer que em casos de concepção heteróloga é necessária a previa autorização do marido para que seja usado um material genético diferente do seu, além de que a identidade do doador anônimo deve ser conservada, tendo em vista que o pai será o cônjuge que autorizou.

Conforme leciona Maria Berenice Dias ao afirmar que “Ocorrendo à concepção por material de outrem, o vínculo de filiação é estabelecido com a patrumiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será o pai por presunção legal” (DIAS, 2010, p. 358).

A paternidade, gerada com a aceitação do cônjuge, terá início a partir da concepção, no início da gravidez e por todo o nascimento e vida do bebê, gerando uma paternidade responsável e sem possibilidade de arrependimento. Porém, se a esposa realizar o procedimento sem a prévia autorização, o marido pode questionar impugnando a paternidade.

Em casos de concepção heteróloga, a necessidade de sigilo da identidade do doador e dos receptores é de extrema importância, tendo em vista que ocorre a presunção *juris et de jure*, pois, a paternidade aqui não é sanguínea, é uma presunção absoluta de paternidade socioafetiva por parte do marido que deu a sua aceitação, bem como uma renúncia de paternidade por parte do doador anônimo que não terá direito de procurar suas crias.

2.3 Técnicas de Reprodução Humana Assistida

Existem duas formas de Reprodução Humana Assistida: a Inseminação artificial ou fecundação *in vivo* e a Ectogênese ou Fertilização “*in vitro*”. A inseminação artificial se dá através da implantação de gametas masculinos na mulher, a concepção ocorre de forma interna, dentro do útero materno.

A fertilização “*in vitro*” é mais complexa e problemática, até para ser entendida perante o ordenamento jurídico brasileiro, visto que retira os materiais genéticos de ambos os cônjuges, para assim ser fecundado de forma externa, realizado em laboratório para só após o embrião ser implantado no útero da mulher. Cabe ressaltar que vários embriões são concebidos neste processo, onde apenas um é utilizado e os outros ficam congelados nas clínicas de fertilização.

2.3.1 Inseminação Artificial ou Fecundação “*in vivo*”

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida, possibilita a geração de uma nova vida através da fecundação homóloga ou heteróloga. Como já mencionado, a IA é feita através da implantação do gameta masculino dentro do útero da mulher. Apenas o material do homem é recolhido para o meio externo.

No que tange ao procedimento, Hatem ensina que:

Na inseminação artificial é colhido material genético do homem através da masturbação em laboratório para posterior implantação no colo do útero (inseminação intracervical), diretamente na vagina (inseminação intravaginal) ou, ainda, na cavidade do útero (inseminação intra-uterina) (HATEM, 2002).

Nota-se que, a inseminação artificial, nos casos de fecundação heteróloga será mais usada em doação do material genético masculino, pois não haverá a figura da doadora do óvulo. Tendo em vista que não ocorre a manipulação externa do gameta feminino, apenas do masculino. Sendo assim, a fecundação heteróloga ocorrerá da união do espermatozóide do doador (estranho ao casal ou companheiros) com o óvulo da beneficiária, dentro do sistema reprodutor feminino.

A inseminação artificial é mais simples e segura não apenas para o casal que optar por fazê-la, mas também para o embrião resultado desta IA. Pois a ele

será garantido uma expectativa de direitos, protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o embrião será diretamente implantado no útero materno, se tornando nascituro.

2.3.2 Ectogênese ou Fertilização “in vitro”

A sua primeira incidência foi em 1978, na Inglaterra, com Louise Brown que ficou conhecida como o primeiro “bebê de proveta”. É a forma de reprodução onde a concepção ocorre fora do útero materno.

A fertilização “in vitro” é indicada em casos mais sérios, que realmente não há nenhuma chance de engravidar pelo meio natural, como por exemplo, uma lesão nas tubas uterinas, laqueaduras sem chance de reversão e, principalmente, em casos de infertilidade dos cônjuges.

Neste sentido, Maria Helena Machado explica que “A fecundação externa do óvulo humano e a cultura do embrião, devem se efetuar em condições e ambiente físico, tão próximos quanto possível daquelas existentes no aparelho genital” (MACHADO, 2006. p. 44).

Neste procedimento de reprodução assistida ocorre a manipulação externa de ambos os gametas do casal, ou seja, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher, realizada em laboratório. Para que a fecundação ocorra fora do sistema reprodutor feminino é necessário um ambiente artificial “in vitro” que simule as condições do ambiente natural, como estabeleceu Maria Helena Machado anteriormente.

A Fertilização “in vitro” é mais complexa que a inseminação artificial, possui 5 fases diferentes: 1ª Estimulação da ovulação; 2ª Coleta dos Óvulos; 3ª Manipulação dos Gametas; 4ª Transferência dos Embriões e 5ª Suporte da fase lútea. Todas realizadas por médicos especializados em laboratório.

Esta técnica de reprodução assistida costuma causar vários problemas religiosos, jurídicos e éticos. Pois, ao realizar a fecundação externa nas clínicas de fertilização, são gerados vários embriões, apenas um é implantado no útero materno, os outros permanecem congelados aguardando um destino. Estes embriões não implantados são conhecidos como embriões excedentários.

Cabe ressaltar que na fertilização “in vitro” não é necessário que o casal seja casado, tendo em vista que o procedimento ocorre em uma clínica de fertilização e

não no sistema reprodutor da mulher. Inclusive, a mulher solteira que deseja ser mãe, pode se encaminhar a uma clínica de fertilização e por meio da concepção heteróloga conseguir engravidar.

2.4 Problemas que versam sobre a RHA

Atualmente, apesar de serem técnicas já muito conhecidas e usadas pelo mundo inteiro, no Brasil ainda existem diversos problemas que giram em torno da Reprodução humana assistida, como por exemplo, os problemas éticos, religiosos e jurídicos, tendo em vista a falta de legislação específica, a cultura e os costumes da sociedade.

2.4.1 Religiosos ou Biorreligião

Primeiramente, é necessário esclarecer que a religião que mais se opõe as técnicas de reprodução humana assistida é a Religião católica, tendo em vista sua enorme crença na forma de reprodução natural.

Como acreditavam que a reprodução natural era exclusivamente a única forma de reprodução, com o desenvolvimento da ciência e o surgimento da Reprodução Assistida, os católicos não aceitaram esta nova forma, por invadir os entendimentos religiosos afetando as crenças.

Para a maioria dos religiosos católicos, essas técnicas de reprodução assistida não geram a vida, pois não estão de acordo com as crenças da igreja. Por outro lado, o Direito Canônico aceita e defende o direito à vida dos embriões congelados. Tendo em vista que mesmo indo de encontro à fé, o embrião produzido “in vitro” já foi concebido e gerou uma vida, portanto, é uma pessoa e possui direito a viver e desenvolver até seu nascimento

2.4.2. Éticos ou Bioética

A infertilidade de um dos cônjuges ou de ambos não deve ser considerada uma doença, existe a opção de o casal procurar as técnicas de reprodução assistida. Ocorre que esta forma de reprodução interfere com desejos individuais e normas sociais no campo da reprodução, do casamento e da família.

Além de que, existem costumes antigos da sociedade e a reprodução humana assistida mexe com estes costumes, mudando a forma de pensar dos sujeitos aos poucos. O que é estranho passa a gerar certo desconforto para os indivíduos, porém, com o passar do tempo a RHA começou a ser vista como um meio de ajuda para aqueles casais que querem reproduzir e não conseguem, assim como a mulher solteira que deseja ser mãe.

Os problemas éticos estão ligados também a conduta ética do médico que realiza os procedimentos, regulados pela bioética e a Resolução CFM de nº 1.957/10, de 1992, que regula as normas éticas a serem seguidas pelos médicos.

2.4.3. Jurídicos ou Biodireito

Os problemas jurídicos que versam sobre a Reprodução Assistida são os maiores e mais polêmicos, pois são ocasionados devido à falta de legislação específica para tratar da reprodução humana assistida.

No Brasil, o código civil já aceita a filiação em casos de reprodução assistida homóloga e heteróloga, existe também a lei de alimentos gravídicos e a lei de biossegurança, que admitem alguns direitos especiais ao embrião.

Porém ainda há uma legislação fraca a respeito do tema. Quando ocorre um problema referente à reprodução artificial, é preciso recorrer a entendimentos doutrinários e jurisprudências. Pelo fato da legislação ser fraca, não passa confiança para quem deseja realizar o procedimento de RHA. Além de que, não deixa claros os direitos e garantias dos embriões gerados através destas técnicas médicas.

Outro grande problema jurídico são os embriões congelados, que é o tema da presente pesquisa. Não há nenhuma lei que trate a respeito destes, portanto não é possível determinar a natureza jurídica exata dos embriões excedentários.

Cabe ressaltar também a questão ligada a “barriga de aluguel”, ocorre quando a mulher é infértil e outra mulher gera o bebê por ela. Nestes casos, a maioria das legislações pelo mundo repudia tal situação, no Brasil aceita apenas em último caso e por motivos de solidariedade e afeto, porém a mulher que gerou não terá direitos de mãe sobre a criança.

Também é importante ressaltar, apenas a título de curiosidade que os ordenamentos jurídicos de outros países, como Portugal, França e outros países

Europeus já possuem legislações avançadas em relação à RHA, podendo resolver de forma mais eficiente os problemas gerados, como é o caso da investigação de paternidade.

2.5 A bioética dentro da RHA

A bioética, como o próprio nome se refere, é a ética aplicada nas ciências biomédicas com o objetivo de fiscalizar as ações dos médicos e pesquisadores em seres humanos, eliminando qualquer forma de abuso. Surgiu para colocar limites nesses profissionais, para que exista respeito à vida e integridade humana.

Leo Passini, em sua obra, define a bioética da seguinte forma:

A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levantados pelas ciências biológicas, os quais não são primeiramente de ordem médica (PASSINI, 1994, Pag.11).

É possível encontrar a bioética nas resoluções do conselho federal de medicina, assim como na lei de Biossegurança. Na reprodução humana assistida, a bioética está ligada ao tratamento dado aos nascituros e embriões “in vitro”, sempre presente para que estes sejam tratados de forma digna, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de que, no Brasil, como não existem leis específicas que regulem a RHA, estabeleçam direitos aos embriões ou até determinem a natureza jurídica desses, a bioética não é muito aplicada em relação aos embriões “in vitro”. Teriam os embriões congelados ou excedentários, direito à vida? Os alimentos gravídicos? Qual é a natureza jurídica deste embrião “in vitro”? Existem teorias que versam sobre a personalidade do nascituro, que serão tratadas no próximo capítulo.

3 ASPECTOS JURIDICOS QUE VERSAM SOBRE O EMBRIÃO “IN VITRO” E O NASCITURO

No capítulo anterior vimos um pouco a respeito da reprodução humana assistida, suas características e problemas. Ficou claro que a partir dessas novas técnicas de reprodução são originados os embriões. Porém, cabe diferenciar que o embrião implantado no útero materno pode ser definido como nascituro, já o concebido por fertilização “in vitro” e permanecem congelados, podem ser chamados de embriões “in vitro” ou excedentários.

Inicialmente é necessário definir o conceito de nascituro e embrião “in vitro”, bem como as garantias que a lei os assegura, para que seja mais fácil a definição da natureza jurídica destes embriões congelados.

Cabe definir que a natureza jurídica depende muito da teoria de personalidade adotada e entendimentos jurisprudências existentes no ordenamento jurídico, veremos que no Brasil existem três teorias que tratam a respeito da personalidade jurídica do nascituro, sendo estas a Teoria Natalista, a Concepcionista e a da Personalidade condicionada.

3.1 Conceito de Embrião “in vitro” e Nascituro

Ocorre muito o uso dos termos embriões e nascituro como se fossem sinônimos e se referindo ao bebê que está em desenvolvimento no útero materno. Porém, seus conceitos são bem distintos, tendo em vista que estes termos fazem referências a fases diferentes do desenvolvimento do feto, vejamos os conceitos separadamente.

3.1.1 Nascituro

O nascituro é aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu. Nas palavras de Limongi França, citado por Pablo Stolze, o nascituro é “o que está por nascer, mas já foi concebido no ventre materno”. Portanto, para ser nascituro é necessário que já esteja concebido e dentro do útero materno. Se estiver fora, como é o caso dos embriões “in vitro” não poderá ser considerado nascituro.

O código civil de 2002, em seu art. 2, fala a respeito do nascituro ao afirmar que só possui personalidade jurídica a partir do seu nascimento com vida. Logo, para a legislação civil, não são considerados pessoas, porém possuem proteção legal de seus direitos desde a sua concepção. Como o direito à vida (o código penal tipifica o crime de aborto, tendo como bem jurídico a vida do nascituro); pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão inter vivos; pode ser beneficiado por legado ou herança; pode ser nomeado curador para defesa de seus interesses (Arts. 877 e 878 do CPC).

Portanto, para Stolze, mesmo a lei não considerando o nascituro como pessoa, ainda assim lhe assegura alguns direitos, sendo este um sujeito de direitos, tendo certa expectativa de direitos.

3.1.2 Embriões “in vitro”

O conceito puro de embrião diz que é o produto das primeiras modificações do óvulo fecundado, que vai dar origem a um novo indivíduo adulto. O período embrionário termina na 8ª semana depois da concepção, onde o conceito passa a ser denominado de feto.

Entretanto, este conceito descrito acima não pode ser aplicado como regra geral, tendo em vista a possibilidade deste embrião não ser implantado na forma natural através da relação entre os cônjuges, mas sim na forma fecundada concebido no exterior do útero materno, em laboratório, como é nos casos de fertilização “*in vitro*”.

Os embriões laboratoriais, também chamados de embriões “in vitro” são aqueles originados de fertilização na proveta ou que foram preparados para serem implantados em uma mulher, mas ainda não o foram, comumente chamados de embriões pré-implantatários.

Para a autora Maria Helena Diniz, o embrião possui personalidade jurídica formal, ou seja, uma mera expectativa, só adquirindo a personalidade jurídica material a partir do nascimento com vida, conforme alega a teoria natalista (DINIZ, 2002, p. 113-114).

Ocorre que esta personalidade jurídica formal tratada por Diniz não se aplica para todos os embriões, apenas para aqueles já implantados. No caso dos embriões

excedentários, ou seja, aqueles ainda congelados nas clínicas de fertilização, só adquirem a personalidade formal depois de implantados no útero materno.

3.2 Teorias da personalidade jurídica

Segundo a conceituação de Pablo Stolze, a personalidade jurídica “é a aptidão genérica para titularizar direitos e deveres e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos”. Depois de adquirir a personalidade o sujeito passa a ser pessoa natural e poderá praticar atos e negócios jurídicos, assim como ter seus direitos protegidos pela legislação brasileira.

Como já mencionado anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro existem três teorias que versam sobre a personalidade jurídica: a Natalista, a da personalidade condicionada e a concepcionista.

O código civil brasileiro em regra adota a teoria natalista, quando alega em seu Art. 2 que “a personalidade jurídica da pessoa começa a partir do nascimento com vida”. Porém, este código passou a sofrer influências da teoria concepcionista ao completar também no art. 2 que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Vejamos uma definição de cada teoria separadamente:

3.2.1 Teoria natalista

Esta teoria é aquela onde só adquire personalidade jurídica após o nascimento com vida, adotada pelo código civil. Segundo esta doutrina, o nascituro não é considerado pessoa de direitos e somente tem uma expectativa de direitos, desde a sua concepção. Pontes de Miranda, citado por Sergio Abdalla Semião, em sua obra: Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito, traz o seguinte ensinamento:

No útero, a criança ainda não é considerada pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, (...). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (MIRANDA Apud SEMIÃO, 2000, p. 42).

Portanto, segundo a natalista, nem o nascituro ou o embrião “in vitro” seriam considerados sujeitos de direitos e não possuem direitos tutelados pela lei.

No que se refere à teoria natalista também cabe mencionar, Stolze e Pamplona Filho afirmam que:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o bebê adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2007, p.81).

Porém, se para adquirir personalidade é necessário nascer com vida, o simples fato de “poder nascer” deve ser protegido visto que cabe ao direito atuar de forma preventiva na defesa dos direitos fundamentais. Cabe ao estado zelar pelos direitos garantidos ao nascituro.

A teoria natalista teve muitos seguidores no passado, porém, com o desenvolvimento da ciência, da Reprodução humana assistida e do estudo dos embriões, esta teoria não deve ser considerada apta para determinar o início da vida e da personalidade jurídica, apesar de que ainda tem muita influência no mundo jurídico. Inclusive o próprio supremo tribunal federal adota a teoria natalista ao realizar o julgamento da ADI de células tronco, determinando a coisificação dos embriões “in vitro”.

3.2.2 Teoria da Personalidade Condicionada ou Teoria Condicional

Assim como a natalista, esta teoria defende que é necessário nascer com vida para adquirir a personalidade jurídica, porém, se difere pelo fato de que alguns direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, são direitos eventuais e necessários. Como é o caso do direito à vida, aos alimentos etc.

Entende-se assim porque no ordenamento argentino, o ser humano já concebido é considerado um ser real, já existente e, portanto, capaz de adquirir direitos; enquanto que no Brasil o nascituro é detentor de alguns direitos não pela sua condição de sujeito de direitos, mas tão somente pela possibilidade do nascimento. São *in verbis* as palavras de Serfa Lopes, um dos maiores

doutrinadores a respeito da teoria da personalidade condicionada, citado por Almeida:

De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o sistema do nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se tal sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direito, como deverá de suceder, se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos (LOPES Apud ALMEIDA, 2000).

Importante ressaltar também que estes direitos, por encontrarem amparo constitucional, não estão sujeitos a qualquer condição, termo ou encargo como protege a corrente condicionada, desta forma não pode prevalecer enquanto o nascimento não ocorrer, restando para os nascituros apenas a mera expectativa de direitos.

Portanto, a teoria condicionada é essencialmente natalista, segundo o entendimento de Flávio Tartuce. Ambas as teorias estabelecem o necessário nascimento como requisito do início da personalidade, de modo que apenas a partir disto o nascituro será considerado pessoa e detentor de direitos e deveres.

3.2.3 Teoria Concepcionista

Esta teoria difere muito da natalista e da personalidade condicionada, pois não é necessário o nascimento com vida para adquirir personalidade jurídica. Esta teoria define o começo da vida quando ocorre a fertilização do ovócito pelo espermatozóide, ou seja, desde a concepção (NEVES, 2012, p. 34). Portanto, os nascituros possuem direitos desde a sua concepção.

Segundo esta teoria, o nascituro, ainda no útero, sem necessariamente ter nascido com vida poderá receber alimentos, herdar herança, ser parte em ações judiciais, neste último ato representado pelos pais, além disso, pode ter seus direitos resguardados.

Os nascituros serão protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, além disso, terão todos os direitos de personalidade protegidos, sendo assistidos pela constituição federal.

No caso dos embriões “in vitro”, aqueles que ainda não foram colocados no útero materno e permanece congelados, a doutrina acredita que ainda não podem ser considerados sujeitos de direitos e nem assegurados pela teoria concepcionista, logo não possuirão personalidade jurídica, apenas poderão receber proteção contra manipulações arbitrárias, porém, ao serem implantados e virarem nascituros, poderão exercer os direitos que lhe são assegurados.

3.3 Teorias a respeito do início da vida para os nascituros

Como foi dito nas teorias Natalista e da personalidade condicionada, a personalidade jurídica se adquire a partir do nascimento com vida. Existem diversas teorias que explicam o início da vida do nascimento para melhor esclarecer este momento, inclusive garantindo vida não só aos nascituros, como também aos embriões “in vitro”. Vejamos algumas teorias:

3.3.1 Teoria Ecológica

Para a visão ecológica, apenas em apresentar características de que vai sobreviver ao nascer é o que caracterizaria uma vida.

Portanto, se o nascituro ainda se encontra no útero materno, mas está saudável apresentando todas as características de que nascerá com vida, fica definido que já existe vida, logo, segundo a teoria concepcionista, já se pode entender que existem direitos que ele possa exercer, assegurados pela lei.

3.3.2 Teoria Neurológica

Esta teoria acredita que a vida do nascituro tem início quando começam suas atividades cerebrais, assim como acaba a vida com o fim destas atividades.

Esta teoria não é a regra, visto que no Brasil, após a fecundação no útero, ou da implantação de embriões no ventre materno, a sua retirada ou mesmo a tentativa são punidas pela lei Penal. Isto é assegurado graças ao direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta teoria não deve ser aceita, sendo assim o aborto seria permitido nos primeiros meses de vida do embrião, assim como venda ou doação de fetos para

pesquisas científicas, visto que ao inserir o embrião “in vitro” no útero materno demoram alguns meses até que ocorra o surgimento das ondas cerebrais, esta corrente geraria alguns problemas jurídicos para a legislação brasileira, o que significaria um retrocesso legislativo e ético.

3.3.3 Teoria do Cristianismo, Teoria Genética

Para a Igreja Católica, e para a corrente denominada genética, o começo da vida ocorre na fecundação, momento onde o óvulo e o espermatozóide se fundem dando origem ao embrião com carga genética única.

A maioria das doutrinas religiosas acredita que a vida começa com a fecundação, seja esta no útero ou fora dele, já existe vida e como tal deve ser respeitada. Portanto, em casos de direitos relacionados ao embrião “in vitro”, para a igreja, estes seriam considerados sujeito especial de direito e não coisa jurídica.

3.4 Embriões Excedentários (congelados)

A reprodução humana assistida por meio da fertilização “in vitro” vem sendo cada vez mais utilizadas com o passar do tempo. O casal com dificuldade de se reproduzir naturalmente procura uma clínica de fertilização, onde ocorre o recolhimento dos gametas de ambos e é feita a fecundação do embrião em laboratório.

Diferente da inseminação artificial, quando ocorre à fertilização “in vitro” é gerado uma pluralidade de embriões cada um com seu material genético. Porém, existe um limite de embriões a serem implantados no útero materno, conseqüentemente muitos embriões permaneceram congelados aguardando um destino.

Estes embriões que permanecem congelados nas clínicas de fertilização, são os chamados embriões excedentários. A legislação brasileira e doutrinas não conferem direitos a estes embriões, eles não são vistos como pessoas ou sujeitos de direitos.

Inclusive a doutrinadora Maria Helena Diniz, como já mencionado anteriormente, acredita que os embriões possuem personalidade jurídica formal, adquirindo a personalidade material após o seu nascimento com vida. Ocorre que

este conceito se refere aos embriões já implantados no útero materno, se entende que os embriões congelados como não foram implantados, não são nascituros, portanto, não gozam da mesma proteção jurídica do estado.

Os embriões congelados em regra são vistos como coisa jurídica pela legislação brasileira, inclusive o Supremo tribunal federal. Estes podem ser utilizados para pesquisas de células tronco, muitas vezes desenvolvidos apenas para este objetivo, pouco importando o princípio da dignidade da pessoa humana e seu direito a vida.

3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Antes de falar propriamente das possibilidades de natureza jurídica para o embrião “in vitro”, é necessário esclarecer a ligação deste princípio com a proteção dos embriões congelados.

O princípio da dignidade da pessoa humana é visto como absoluto perante o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o doutrinador Siqueira Castro, a dignidade da pessoa humana tem sua fonte ética nos direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas. (MIRANDA apud SIQUEIRA CASTRO, p.174).

Este princípio é comum a todas as pessoas, protegendo seus direitos perante a sociedade. Cabe ressaltar que também alcança proteção aos nascituros, tendo em vista alguns direitos que lhe são assegurados, como o direito a vida.

A natureza jurídica do embrião excedentário influencia muito na hora da aplicação deste princípio absoluto, como dito acima, ele protege as pessoas e os nascituros, meros objetos jurídicos não estão dentro da esfera de proteção.

3.6 Estatuto do Nascituro

É o projeto de lei nº 478/2007 que está em tramite no congresso nacional, este projeto foi proposto pelos deputados Luis Carlos Bussuma e Miguel Martini. Tem como objetivo instituir direitos civis e penais não só dos nascituros, como também dos embriões “in vitro”, proporcionando liberdade para lutar pelos seus direitos e garante também a proteção do estado.

O art. 2 deste projeto de lei estabelece que o nascituro é um ser humano concebido, mas ainda não nascido, ainda no parágrafo único deste mesmo artigo, está claro que o conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos por clonagem ou por outro meio científico aceito pela ética. É possível perceber que durante toda a redação do artigo, o legislador se refere ao nascituro e ao embrião “in vitro” como seres humanos, igualando ambos as pessoas naturais.

Desta forma, apesar de se encontrarem em fases diferentes de desenvolvimento, ainda assim não existirão dificuldades em considerar o ser humano já nascido, o nascituro e o embrião “in vitro” como sujeitos de direitos, detentores de personalidade jurídica.

A regra é que o nascituro adquire personalidade jurídica após o nascimento com vida, é a teoria mais seguida e aceita pelo ordenamento jurídico e doutrinadores, mas o Estatuto entende que a natureza humana do nascituro já existe desde a sua concepção, conforme segue artigo 3º, do presente diploma: “Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal”.

Segundo este estatuto, o nascituro e o embrião congelado gozam de expectativa de vida, integridade física, direito à honra, à imagem e os demais direitos de personalidade. O projeto também proíbe o congelamento do embrião e a manipulação deste como objeto em pesquisas, com pena de um a três anos de prisão, mais o pagamento de multa. Também poderá ser preso pelo período de um a seis meses aquele que referir-se ao nascituro com palavras ou expressões depreciativas.

Ocorre que este estatuto gerou muita polêmica, principalmente em relação ao feminismo. As mulheres dos movimentos feministas argumentam que este projeto de lei é contra a todos os direitos conquistados pelas mulheres, principalmente em relação a interrupção da gravidez.

Porém, caso este projeto seja aprovado, ficará bem mais fácil de determinar a natureza jurídica do embrião congelado. Acabaria também com todas as inseguranças em relação à RHA e fertilização “in vitro”, além de que os nascituros e embriões passariam a ter sua dignidade humana respeitada.

3.7 Natureza Jurídica do Embrião “in vitro”

A natureza jurídica do embrião ainda congelado é o foco central do problema desta pesquisa, tendo em vista que a legislação brasileira é muito pobre em relação ao tema da reprodução humana e dos embriões “in vitro” é muito difícil dizer exatamente onde se encaixa estes embriões excedentários.

Existem três opções que podem definir a natureza dos embriões “in vitro”, sendo estas: Pessoa natural, sujeito especial de direitos e a coisa jurídica. Estas categorias são o que podem definir se estes embriões possuem ou não seus direitos assegurados pela legislação brasileira.

Neste presente capítulo trataremos apenas de conceitos básicos e características, no capítulo três veremos esta questão de forma mais aprofundada. Vejamos agora os conceitos de cada categoria separadamente:

3.7.1 Pessoa Natural

A pessoa natural é o sujeito que possui direitos e deveres perante a legislação brasileira. O código civil de 2002 garante em seu art. 1 que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, possuindo então personalidade e capacidade jurídica.

A doutrinadora Maria Helena Diniz traz um conceito jurídico para pessoa natural:

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos. Sujeito de direitos é aquele que é sujeito de dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção judicial. (DINIZ, 2009, p. 115)

Ainda analisando o conceito jurídico de pessoa, Diniz cita Kelsen em sua obra, onde o mesmo define pessoa como “uma unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos (KELSEN, 1962 apud DINIZ, 2009).

Portanto, ao analisar pelo sentido das teorias a respeito da personalidade jurídica mencionadas, pessoa seria aquele sujeito que nasceu com dia e adquiriu direitos e deveres, tendo plena capacidade de exercê-los.

Em relação aos embriões “in vitro” a doutrina majoritária não lhes confere a natureza de pessoa, pois se entende que o mesmo não possui vida, logo não é passível de personalidade jurídica e nem direitos e deveres.

Já para o direito canônico, da teoria genética do início a vida, para igreja estes embriões congelados já possuem vida desde sua fecundação, logo merecem ser tratados dignamente e ter o direito a serem implantados para que possam nascer.

Como não há nenhuma referencia aos embriões “in vitro” no ordenamento jurídico, o estado conclui que estes não se encaixam e não devem ter os direitos de personalidade citados na constituição federal e, se quer merecem proteção.

Devido a isso, a doutrinadora Maria Helena Diniz alega que a melhor solução, diante desta omissão legislativa, seria a inserção do termo embrião no art. 2º do Código civil brasileiro, para que o ordenamento jurídico passe a conceder proteção não apenas aos nascituros já concebidos no útero materno, mas também aos embriões excedentários ainda congelados.

3.7.2 Sujeito especial de direitos

Estes sujeitos, assim como as pessoas naturais, devem possuir direitos de personalidade desde a sua concepção, tendo seus direitos protegidos pela legislação brasileira mesmo não possuindo a capacidade jurídica.

A categoria dos Sujeitos de direitos é mais abrangente e engloba pessoas naturais, jurídicas e especiais, como é o caso dos animais. Estes gozam de direitos e deveres protegidos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Uma grande parte da doutrina que não aceita os embriões “in vitro” ou excedentários como sujeitos de direito, usam como argumento que os direitos só podem ser aplicados as pessoas. Portanto, apenas pessoas naturais ou jurídicas poderiam ser consideradas sujeito de direitos, como os embriões congelados não foram implantados estes não se encaixam se quer na categoria dos nascituros, logo a lei não os assiste.

Ocorre que para alguns doutrinadores e para o direito canônico, os embriões congelados possuem vida, pois já foram fecundados e tem o direito de serem implantados e nascer. Além disso, a resolução 1.358/92 do Conselho Federal de

Medicina, comprova que os embriões “in vitro” que ainda não foram implantados podem sim ser considerados como sujeito especiais de direito ao estabelecer que os embriões congelados podem ser doados a outro casal com problemas de reprodução, permanecer congelado por até 5 anos aguardando para ser implantado ou em último caso ser enviado para pesquisas de células tronco.

O embrião congelado é um ser vivo, pois foi concebido de material genético humano e é considerado uma vida humana em potencial, porém, existe uma polemica jurídica em relação ao fato dele ser merecedor ou não de proteção do ordenamento jurídico.

O Estatuto do nascituro (PL 8116/2014), ainda em análise no congresso nacional, se for aprovado vai incluir os embriões congelados, obtidos por meio da fertilização “in vitro”, no ordenamento jurídico. Não haverá distinções entre embriões “in vitro” e nascituros no que se refere à proteção legal.

3.7.3 Coisa Jurídica

A terceira possibilidade de natureza jurídica do embrião excedentário ou “in vitro” é a coisa jurídica. Primeiramente é necessário conceituar o que é um bem jurídico. Pablo Stolze traz uma definição jurídica do que vem a ser um bem:

Para o direito, a noção de bem possui uma funcionalidade própria. Embora mais extensa que a acepção meramente econômica – os bens jurídicos podem ser definidos como toda a utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo. Neste enfoque, podemos afirmar, sem dúvida que todo bem econômico é bem jurídico, porém há bens jurídicos que não podem ser avaliáveis pecuniariamente (STOLZE, 2010, p. 299-300).

Portanto, entende-se que podem existir bem com fins pecuniários e bens sem fins econômicos. É importante ressaltar que não existe uma definição clara de distinção entre bem e coisa, para Maria Helena Diniz “os bens são coisas, porém nem todas as coisas são bens, as coisas são o gênero do qual os bens são espécies. As coisas abrangem tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa natural ou jurídica” (DINIZ, 2009, p.335).

De acordo com o art. 79 a 103 do código civil de 2002, os bens podem ser classificados em: imóveis ou moveis; fungíveis ou infungíveis; divisíveis ou

indivisíveis; singular ou coletivo; reciprocamente considerados; públicos ou particulares e bens de família (BRASIL, 2002).

Segundo as teorias natalista e da personalidade condicionada, os embriões excedentários não teriam personalidade jurídica ou se quer seriam considerados como nascituros para gozarem de uma expectativa de direitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, em regra ocorre uma “coisificação” destes embriões, onde não passam de coisas jurídicas, um bem indivisível, em regra particular, mas que pode se tornar público ao ser destinado para pesquisas de célula tronco.

Enxergar o embrião “in vitro” ainda não implantado como uma coisa é algo inconstitucional que vai de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal de 1988.

O embrião pode não ser ainda considerado uma pessoa natural, mas assim como o nascituro, deve ser considerado um sujeito de direitos e ter um tratamento digno e seu direito a nascer respeitado.

Ocorre que muitos embriões são criados com o objetivo específico de desenvolver as pesquisas de célula-tronco, não devendo este ser o real objetivo. Os embriões devem ser criados para gerar a vida, deve ter a oportunidade de nascer e não ser tratado como uma mera coisa.

Inclusive a lei de biossegurança em seu art. 5 determina a possibilidade do uso dos excedentários para fins de pesquisas. O Procurador – Geral Calor Fonteles achando inconstitucional este artigo, entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

A ADI 3510/600, que ficou conhecida como ADI das Células-tronco, porém o STF julgou que os embriões excedentários por não serem considerados pessoas, não possuem direitos, portanto, seriam meras coisas jurídicas. No próximo capítulo trataremos desta ação direta de inconstitucionalidade de forma mais aprofundada.

3.8 A Cobertura do ordenamento jurídico brasileiro sobre os embriões “in vitro”

Como já mencionado neste capítulo, os nascituros por já estarem implantados no útero materno, podem ser considerados como sujeito de direitos e a eles são

dados algumas garantias de direitos essenciais, como o direito à vida, aos alimentos e até ser parte em processo, representado pelos genitores.

No caso dos embriões, aqueles que forem implantados no útero materno, poderão adquirir essas expectativas de direito, porém ainda existirão os excedentários, que permanecerão congelados nas clínicas de fertilização. A legislação brasileira, em regra, não confere direitos para estes congelados.

A visão destes embriões congelados é que não passam de meras coisas jurídicas, porém, como também já mencionado supra, esta classificação é inconstitucional, a ele deve ser atribuído pelo menos a característica de sujeitos especiais de direito. Ter uma oportunidade de ser implantado para poder nascer.

Importa ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 478/2007, mais conhecido como Estatuto do Nascituro, o qual visa, no contexto da personalidade jurídica, equiparar os nascituros e os embriões. Apesar de que, igualar os embriões excedentários aos nascituros ou até mesmo as pessoas naturais ainda é algo extremamente difícil de acordo com a legislação brasileira vigente.

Porém, existem doutrinadores e teorias que entendem os embriões “in vitro” como sujeitos especiais de direitos, como é o caso da teoria genética do início da vida que julga o começo a partir da fecundação dos gametas, sendo, portanto, os embriões excedentários detentores de direitos e deveres, assim como os nascituros.

Como já mencionado, existe também a Resolução a resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, onde estabelece que os embriões congelados podem ser doados a outro casal com problemas de reprodução, permanecer congelado por até 5 anos aguardando para ser implantado ou em último caso ser enviado para pesquisas de células tronco.

No próximo capítulo será realizado um enquadramento jurídico, ainda mais aprofundado sobre pessoas naturais, sujeito especiais de direitos e coisa jurídica, apontando suas eventuais consequências em relação ao embrião excedentário, para a partir disto poder apresentar uma melhor natureza jurídica.

4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO “IN VITRO”

No capítulo anterior vimos que os embriões congelados podem ser caracterizados como pessoas naturais, sujeito especiais de direito ou coisa jurídica a depender da teoria da personalidade jurídica adotada.

Não é fácil determinar a natureza jurídica destes embriões produzidos “in vitro”, tendo em vista que não são tratados no ordenamento jurídico, apenas a lei de biossegurança faz uma referência a eles em seu art. 5º ao determinar que os embriões excedentários podem ser utilizados para pesquisas de células tronco.

Para cada possibilidade de natureza jurídica existem vantagens e desvantagens, indo contra alguma legislação do ordenamento jurídico e causando conflito entre normas.

No Brasil, a teoria mais adotada pela legislação e doutrinadores clássicos é a natalista, ou seja, a personalidade só é adquirida a partir do nascimento com vida. Neste caso, os embriões congelados, em regra, não passam de coisas jurídicas, mas existem exceções.

Vejam agora o enquadramento da natureza jurídica para os embriões congelados, bem como suas vantagens e consequências perante a legislação brasileira:

4.1 Pessoa Natural

Como já vimos anteriormente, a pessoa natural é o sujeito que possui direitos e deveres perante o ordenamento jurídico, dotado de personalidade jurídica. No Brasil, a teoria majoritária diz que é necessário nascer com vida para adquirir personalidade jurídica, ou seja, se tornar um sujeito de direitos, o que gera grandes dúvidas em relação a aqueles embriões que ainda permanecem congelados nas clínicas de fertilização.

Os embriões congelados, também chamados de excedentários, em regra não possuem vida até serem implantados no útero materno. Porém, estes embriões “in vitro” são uma vida em potencial, ou seja, podem vir a nascer um dia. Devido a este entendimento, algumas teorias e doutrinadores acreditam na proteção jurídica ao embrião que ainda não foi implantado.

Um fato incontroverso é que, como depositários de vida, a partir do momento que estes embriões passam a ser considerados como pessoa natural, viram possuidores do direito de nascer, pois não há bem jurídico maior que a vida.

O direito canônico é um forte exemplo na defesa dos embriões congelados como pessoas naturais. Para este ramo do direito, a igreja acredita que nestes materiais genéticos já existem vida, logo, seus direitos devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana também é muito utilizado nestes casos, quando se acredita que há vida nesses embriões, eles devem ser tratados com dignidade e ter seus direitos respeitados.

As garantias aos excedentários considerados pessoa natural, é a proteção total de seus direitos perante a legislação. Estes teriam direito à vida, a alimentos, a recorrer em juízo, equivalentes aos direitos do sujeito já nascido com vida e, principalmente, estes teriam direito a nascer.

A consequência é que geraria grandes conflitos de normas, pois ao mesmo tempo que o embrião congelado teria direito a nascer, sua progenitora seria obrigada a implantá-lo no útero contra a própria vontade. Além disso, iria de encontro com a lei de biossegurança, pois sendo possuidor de dignidade humana, não poderiam ser utilizados para pesquisas em prol da melhoria da medicina.

Um grande exemplo que prova a possibilidade de os embriões congelados serem tratados como pessoas naturais é o caso da atriz colombiana Sofia Vergara, publicado no site da Revista Veja.

A atriz, quando estava noiva do empresário Nick Loeb, resolveu realizar o procedimento da reprodução humana assistida, por meio da fertilização "in vitro", o que resultou no congelamento de dois embriões. Porém, Sofia não queria engravidar na época, queria apenas garantir que um dia poderia vir a ter filhos.

Ocorre que, o noivado acabou e agora Nick entrou com um processo contra a atriz, requerendo a guarda dos embriões congelados, para que eles possam ser implantados em uma barriga de aluguel e ter a chance de nascer.

O empresário levou o processo ao público ao escrever um artigo publicado no jornal The New York Times, onde escreveu a seguinte frase: "No meu ponto de vista, manter os embriões congelados para sempre é o equivalente a tentar matá-los".

Além disso, o ex noivo fala em razões morais para vetar a destruição ou a permanência do material genético em um congelador. O advogado de Sofia, por sua

vez, afirma que ela está satisfeita em deixar os embriões congelados, já que não deseja ter filhos com seu ex noivo, ou seja, ela não é obrigada a implantar os embriões.

Como se pode ver, a alegação feita pelo ex noivo, deixa claro que ao entrar com o processo, Nick pretende não só a guarda dos embriões, como também proteger os direitos à vida destes. Neste caso, o pai está representando o excedentário, garantindo seu direito a nascer.

Determinar a natureza jurídica do embrião “in vitro” como pessoa natural é algo muito perigoso para a legislação brasileira. Ocorre uma colisão com muitas leis e princípios majoritários.

Os embriões congelados possuem expectativa de vida, assim como os nascituros, logo devem ter seus direitos tutelados, porém, com alguns limites e condições impostas, tendo em vista que eles ainda não nasceram com vida para exercerem plenamente seus direitos como pessoas naturais, além disso, também é necessário respeitar os direitos dos sujeitos já nascidos.

4.2 Coisa jurídica

As coisas jurídicas são consideradas bens, não são possuidores de vida ou direitos, geralmente estão sobre a posse de um sujeito de direitos ou até uma posse pública, como é o caso dos embriões congelados utilizados para pesquisas de célula – tronco. Neste último caso, para que os embriões se tornem públicos para uso do estado é necessário a autorização expressa dos doadores do material genético.

Como já informado no capítulo anterior, em regra, o ordenamento jurídico enxerga os embriões “in vitro” como coisa, pois ainda não há uma vida para ser protegida. Apenas depois de implantados no útero materno que podem ser considerados nascituros e adquirir a proteção do estado.

O processo de fertilização “in vitro” tende a gerar múltiplos embriões, onde apenas alguns são implantados no útero, deixando muitos embriões excedentários, ainda congelados nas clínicas. Para o estado estes embriões congelados foram descartados pelos pais, não existe uma expectativa de nascimento.

A lei 11.105/2005 (Lei de biossegurança) estabelece em seu art. 5º a possibilidade de utilizar os embriões humanos, obtidos através da fertilização “in vitro” e não foram implantados no útero materno, no uso de pesquisas científicas e terapia para fins de desenvolvimento da medicina objetivando aumentar a qualidade de saúde dos sujeitos já nascidos.

Os embriões congelados só poderão ser utilizados em pesquisas se atenderem os impostos no art. 5º da lei de biossegurança, ou seja, devem ser embriões inviáveis e é necessário estarem congelados a 3 (três) anos ou mais. Cabe ressaltar que é imprescindível o consentimento expresso dos genitores e que a comercialização destes excedentários é vedada, sendo considerada crime tipificado pela L. nº 9.434, de 04/02/97.

O procurador – geral Carlos Fonteles entrou com a ação direta de inconstitucionalidade 3510/600, que ficou conhecida como ADI das Células-tronco perante o supremo tribunal federal, visando à inconstitucionalidade do art. 5 da lei de biossegurança.

O procurador acredita que os embriões “in vitro” têm potencial de vir a nascer, razão pela qual o estado tem o dever de protegê-los. Além disso, entrou com a presente ADI por considerar o art. 5º da lei de biossegurança inconstitucional, pois fere o direito a vida dos embriões congelados, desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos trechos do julgamento da presente ADI, já adiantando que o STF optou pela constitucionalidade do Artigo.

[...] II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional [...] (ADI 3510. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ:29/05/2008).

Primeiramente o STF enfatizou que os embriões congelados considerados “descartados” são utilizados nas pesquisas visando o desenvolvimento da medicina, para descobrir a cura de diversas doenças patológicas que afetam a saúde dos seres humanos.

O supremo apenas observa as necessidades das pessoas naturais, preterindo os direitos dos excedentários, tendo em vista que estes sequer foram

implantados no útero, logo não seriam merecedores de direitos e proteção do ordenamento. Para o STF a expectativa de vida dos embriões “in vitro” é irrelevante perto dos direitos daqueles indivíduos que já nasceram.

[...] O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam[...] (ADI 3510. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ:29/05/2008).

No trecho da decisão acima, o STF deixa claro a existência de uma preferência pelas “criaturas humanas”, ou seja, aqueles sujeitos já nascidos e que possuem a personalidade jurídica perante o ordenamento. Novamente ocorre uma preterição dos direitos dos embriões congelados, apesar do STF enfatizar que não tem a intenção de desprezar os excedentários, porém, no caso concreto é o que ocorre.

[...] Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello) [...] (ADI 3510. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ:29/05/2008).

Ao alegar que não há ofensa ao direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos embriões “in vitro”, o STF transforma estes embriões em coisas, apenas bens que não possuem direitos.

O desenvolvimento das pesquisas para medicina e a melhoria da saúde para as pessoas já nascidas é mais importante e nada ferem o direito dos excedentários, pois, estes ainda não nasceram com vida para adquirir a personalidade jurídica.

Os embriões congelados, apesar de não implantados no útero materno, são dotados de expectativa de vida segundo teoria concepcionista e até pelo direito canônico. Além disso, o Art. 5º da Constituição federal de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sendo invioláveis o direito à vida, liberdade e igualdade.

A classificação do embrião congelado como coisa jurídica desrespeita o artigo dos direitos fundamentais da constituição, tendo em vista que os embriões não podem ser considerados pessoas naturais ou sujeito de direitos para adquirirem a proteção do estado. Deve existir um equilíbrio, uma forma de proteger tanto os direitos dos embriões “in vitro” quanto às pessoas naturais.

[...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional") (ADI 3510. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ:29/05/2008).

Neste trecho supracitado o STF se refere às teorias da personalidade jurídica estudadas no capítulo dois deste trabalho. Como já visto, a personalidade jurídica começa a partir do nascimento com vida, mas, segundo o próprio STF, não é possível determinar o exato momento que a vida humana começa.

Ao alegar que os embriões “in vitro” não possuem direitos, pois ainda não nasceram com vida o STF acaba ignorando o fato de não saber o momento que é dado início a vida, logo, ocorre uma contradição.

No capítulo segundo também foi estudado algumas teorias sobre o início da vida, como a teoria genética que determina o início da vida a partir da sua fecundação, seja dentro do útero ou fora dele. Neste caso, os embriões “in vitro” também são considerados como nascituros, sendo necessária a devida proteção do estado.

[...] Quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade [...] (ADI 3510. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ:29/05/2008).

O Supremo alega que os direitos fundamentais presentes na constituição são cabíveis para o indivíduo já nascido. Em relação aos embriões “in vitro” mais uma vez o STF deixa claro que não possuem direitos perante o ordenamento por não passarem de coisas jurídicas.

As pessoas já nascidas possuem direitos garantidos por nascerem com vida, os embriões congelados também devem ter seus direitos protegidos, pois possuem

uma expectativa de nascer, desenvolver e vir a se tornar um ser humano, sujeito de direitos.

[...] Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.

O STF alega ainda que os embriões "in vitro" utilizados nas pesquisas não é uma vida a caminho, não tem possibilidades de ganhar terminações nervosas. Ainda estabelece que embrião é embrião e pessoa humana é pessoa humana, ambos muito diferentes e com naturezas divergentes.

Sendo o embrião "in vitro" apenas uma coisa jurídica sobre a posse do sujeito já nascido ou do estado. Cabe ressaltar que apesar do STF considerar os excedentários como coisas, estes devem ser criados com o objetivo de gerar uma nova vida e, não para serem direcionados especificamente para pesquisas de laboratório.

O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição [...] (ADI 3510. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ:29/05/2008).

O STF estabelece ainda a coisificação do embrião "in vitro" ao alegar " o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a constituição". A utilização destes embriões para fins de pesquisas e terapia não seria uma afronta aos seus direitos, visto que coisas jurídicas não possuem direitos próprios.

Ademais, a decisão trata da importância do desenvolvimento das ciências médicas para saúde dos seres humanos e da necessidade da utilização destes embriões congelados. Sendo, portanto o pedido de inconstitucionalidade do art. 5 da lei de biossegurança indeferido e considerado constitucional, devido aos embriões "in vitro" não passarem de coisa jurídica, logo não há ofensa alguma ao direito à vida.

Não há vantagens para os embriões congelados em ser considerados coisas jurídicas, apenas em relação à sociedade e as pessoas naturais, que poderão utilizar destes excedentários para desenvolver seus conhecimentos médicos e melhorar a qualidade de vida dos seres humanos.

Por outro lado, as desvantagens são incontáveis, começando pelo desrespeito a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que os embriões congelados devem ser protegidos por sua expectativa de nascer, além disso, todos os seus direitos são preteridos pela “necessidade humana”.

Os embriões “in vitro” possuindo a natureza de coisa jurídica não passariam de meros objetos, sem nenhuma proteção ou direito. Podendo ser utilizados para qualquer tipo de procedimento científico ou até criados especialmente para pesquisas médicas.

Portanto, coisa jurídica não é uma melhor classificação de natureza jurídica para os embriões “in vitro”, mesmo indo de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que realizou o julgamento da ADI das células-tronco apenas levando em consideração o direito das pessoas naturais e o desenvolvimento da saúde.

4.3 Sujeito especial de direitos

O sujeito especial de direitos, diferente da pessoa natural, ainda não nasceu com vida, mas possui algumas garantias desde sua concepção como o direito à vida e alimentos, assim como recebem proteção do estado. Como ainda não nasceu com vida, não poderá exercer sua capacidade jurídica total, porém, tanto o nascituro quanto o embrião “in vitro” já possuem materiais genéticos e podem gerar uma vida, razão pela qual são protegidos.

No caso dos nascituros, aqueles já implantados no útero materno e que se encontram em desenvolvimento, a lei garante sua proteção lhe assegurando alguns direitos especiais, como o direito à vida, a alimentos grávidos até herdar heranças, porém não gozam de todos os direitos possíveis.

Em relação ao embrião “in vitro” é mais complicado, como já dito anteriormente, por não existir uma lei exclusiva para a reprodução humana assistida e os direitos do nascituro, se torna difícil a proteção destes excedentários,

tendo em vista que muitos doutrinadores acreditam que por não terem sido implantados no útero, não possuem vida e nem mesmo podem se comparados ao nascituro.

Ocorre que, estes embriões possuem material genético e estão concebidos apesar de congelados, tendo uma expectativa de vida, apenas aguardando a implantação para poderem se desenvolver. Se o estatuto do nascituro, mencionado no capítulo anterior, for aprovado, os embriões congelados passarão a ser sujeitos especiais de direitos, amparados pela lei e protegidos pelo estado.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal de Justiça, atualmente, adota o posicionamento de que os nascituros possuem direito a pleitear danos morais e materiais na justiça, concedendo-lhes, portanto, a condição de sujeito de direitos. Vejamos o que diz a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. (...) 2.- "O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum" (REsp 399.028/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 15.4.2002). (...) 4.- "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313/STJ). (...) 7.- Agravo Regimental improvido (AREsp: 150297 DF. Rel: Ministro SIDNEI BENETI. DJ: 19/02/2013).

Ao permitir o direito aos nascituros de receber danos morais pela morte do pai antes de seu nascimento, o STJ está determinando a natureza jurídica de um sujeito especial de direitos aos sujeitos ainda não nascidos, pois, apesar de ainda se encontrarem no útero materno, estes podem ingressar com ação judicial, nestes casos representados pela genitora.

Em relação aos embriões congelados, a lei também vem lhe garantido alguns direitos na condição de sujeito de direitos, embora ainda raros. Um grande exemplo é a possibilidade do embrião "in vitro" de receber herança, vejamos a redação do Art. 1.798 do código civil:

Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança (BRASIL, 2002).

Ao ser considerado sujeitos especiais de direito, estes excedentários terão uma chance de tentar vir a nascer antes de serem utilizados como material de pesquisa. Neste caso, os congelados poderão ser doados a um casal que pretende ter filhos, mas não conseguem pelo meio natural.

Existe ainda um limite de tempo de 3 (três) anos para que os embriões “in vitro” permaneçam congelados esperando para serem implantados no útero materno, podendo ser o da genitora que fez o recolhimento do material genético e resolveu implantar ou no útero de outra mãe que receberá o material genético como uma doação. Cabe ressaltar que nesse caso, os direitos de maternidade serão da mãe que recebeu o embrião doado, a genitora que fez a doação dos óvulos perde o direito de maternidade.

O limite de tempo estabelecido é uma forma de respeito à expectativa de vida do embrião, protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, eles não poderão ser criados apenas com o objetivo de servir como pesquisa científica, deve ser primeiramente com a intenção de gerar uma nova vida, dando todas as chances possíveis de isto vir a acontecer.

O uso dos excedentários como objetos de pesquisa e terapia deve ser utilizado como última opção, como está descrito na própria lei de biossegurança, os embriões devem ser “descartados” e o limite temporal para doação ou decisão da genitora de implantá-lo ter prescrito.

As vantagens de ser um sujeito especial de direitos como natureza jurídica e parecido com a pessoa natural. Os embriões teriam garantidos alguns direitos, como o direito ao nascimento e o direito à vida. Mas, principalmente, o respeito a sua dignidade. Razão pela qual, é dada a chance destes embriões poderem vir a nascer e não serem enviados diretamente para as pesquisas de células troncos.

As consequências são poucas, tendo em vista que os embriões congelados não serão obrigados a nascerem, as mães não serão obrigadas. Neste caso, é dada uma chance aos embriões, através de doação a outro casal e um tempo de 3 (três) anos pra que os pais decidam se vão implantar ou não, apenas após isso poderão ser utilizados como pesquisa.

Apesar de que, uma vez desrespeitado o direito a vida do embrião “in vitro”, a sociedade também será afetada, tendo em vista que mexeria até com a legislação penal brasileira. Como é o caso do crime de aborto, tipificado nos arts. 124º a 128º

do código penal brasileiro, este artigo protege o direito à vida e ao nascimento dos embriões. O fato de o aborto ser considerado um crime deixa mais do que claro que os embriões possuem direito à vida e são protegidos pelo estado.

Apenas a título de curiosidade, é importante mencionar um caso que ocorreu nos Estados Unidos da América, onde existiu o embrião congelado por mais tempo. Emma Gibson é o nome da menina que nasceu após passar 24 anos congelada, seus pais não podiam ter filhos e recorreram ao método da fertilização “in vitro”, escolhendo Emma que foi congelada em outubro de 1992 que só veio nascer em 2016.

O caso de Emma Gibson, escrito por Bruno Vaiano para a revista *Super Interessante*, é uma grande prova de que não importa o tempo que passem congelados, os embriões “in vitro” são capazes de gerar vida, portanto, devem ter seus direitos garantidos. Diferente do que é entendido pelo ordenamento jurídico brasileiro e até pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Devido a análise feita neste presente capítulo, é possível notar que os embriões congelados possuem uma expectativa de vida e devem ser iguallados aos nascituros, devendo possuir algumas garantias, como o direito à vida.

Além disso, a melhor categoria que poderia servir como natureza jurídica dos embriões “in vitro” é o Sujeito especial de direitos. O embrião teria chances de vir a nascer, teria sua dignidade respeitada e sem ferir os direitos de sua genitora ou demais pessoas naturais.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou a respeito dos embriões “in vitro” e sua natureza jurídica perante o ordenamento jurídico brasileiro. Estes embriões são concebidos através da fertilização “in vitro”, uma das técnicas de Reprodução humana assistida. Tendo como o problema: Considerando as várias possibilidades de enquadramento jurídico, qual enquadraria melhor os embriões “in vitro” dentro do sistema jurídico brasileiro?

O objetivo geral do trabalho foi fazer uma análise da reprodução humana assistida, apontando as divergências de tratamento entre os nascituros e os embriões “in vitro”, para poder apontar uma melhor classificação de natureza jurídica para os embriões congelados.

Como foi abordado no segundo capítulo, vimos que nascituro é aquele já implantado no útero da mãe e possui proteção do ordenamento jurídico, pois já foi concebido e é uma vida em desenvolvimento.

Os embriões “in vitro”, diferente dos nascituros, são aqueles que ainda não foram implantados no útero materno, ainda estão congelados nas clínicas de fertilização.

Em regra, com uma análise das teorias adotadas pelo ordenamento jurídico, assim como a decisão do STF a respeito da ADI de células tronco, o embrião congelado, no Brasil, não passaria de uma coisa jurídica.

A hipótese apresentada na introdução deste trabalho foi de que para definir a natureza jurídica dos embriões “in vitro” depende da teoria de personalidade adotada pelo ordenamento jurídico.

No Brasil, em regra, os embriões congelados são considerados coisas jurídicas, porém, existem leis como a lei de alimentos gravídicos, estatuto da criança e do adolescente que deixam claro uma garantia de direitos aos embriões, logo, estes poderiam ser considerados sujeito especial de direitos.

O desenvolvimento do trabalho, a partir do segundo capítulo, confirmou a hipótese apresentada na introdução. Segundo a teoria concepcionista, o embrião adquire personalidade jurídica a partir de sua concepção, logo os embriões congelados estão concebidos, apenas aguardando para serem implantados e gerarem uma nova vida.

Assim como o direito canônico que apoia a existência de vida nestes embriões, além disso, vimos o projeto de lei chamado de estatuto do nascituro, que se for aprovado pelo congresso, passará a proteger os embriões congelados os igualando aos nascituros.

Os embriões “in vitro” são a junção de dois materiais genéticos colhidos de seus pais, pessoas naturais. Logo, apesar de concebidos ainda em laboratório, eles se tornam uma possível vida, que após implantado no útero da mulher, pode vir a nascer um dia. Portanto, assim como os nascituros, os embriões excedentários devem ser protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico e o estado.

No terceiro capítulo foi realizado um enquadramento, apontando vantagens e desvantagens se os embriões fossem considerados pessoas naturais, coisa ou sujeito especial de direitos, após analisar, ficou claro que a melhor forma de classificação é o sujeito especial de direitos, que beneficiará tanto os excedentários quanto os seres humanos.

A importância de tratar a respeito dos embriões “in vitro” e sua natureza jurídica é o melhor conhecimento do que são estes embriões, qual sua natureza e como são protegidos. Tornando esta temática complexa mais fácil para o entendimento tanto para sociedade quanto para faculdade de direito.

O fato de não existir uma lei específica que trate sobre estes embriões congelados, os torna desconhecidos, gerando dúvidas nos casais que pretendem utilizar da fertilização “in vitro”. É importante também para mostrar que estes embriões possuem expectativa de vida e por isso é necessário a proteção do estado.

Os embriões “in vitro” como sujeitos especiais de direito teriam sua dignidade respeitada, assim como uma chance de vir a nascer. A lei de biossegurança determina o uso destes embriões para fins de pesquisa e terapia, visando o desenvolvimento da medicina, porém, deve ser aplicado apenas em último caso.

Primeiro, os pais devem dar uma expressa declaração de que não usarão no futuro, após isso, estes embriões excedentários deverão ser repassados para outro casal que deseje adotar.

Além disso, devem permanecer por um período de 3 anos esperando para poder vir a nascer, se com o término deste prazo eles ainda permanecerem nas clínicas de fertilização, poderão ser utilizados como objeto de pesquisa.

O presente trabalho tentou chegar a um ponto de equilíbrio para beneficiar tanto os embriões “in vitro” quanto às pessoas naturais. Portanto, conclui-se, de acordo com o que foi abordado, que os embriões “in vitro” devem ter como natureza jurídica a de um sujeito especial de direitos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe e institui o Código Civil. Diário Oficial da **República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002 / Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 06 de novembro de 2016.

_____. Lei 11.804, de 05 de Novembro de 2008. Dispõe e institui os Alimentos Gravídicos. Diário Oficial da **República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de Novembro de 2008 / Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em 06 de novembro de 2016.

_____. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Dispõe e institui a Biossegurança. Diário Oficial da **República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de Novembro de 2008 / Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 17 de maio de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.690.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais**: in SARMENTO, Daniel.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1

GALDINO, Flávio (Org). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135-179.

HATEM, Daniela Soares; SÁ, Maria Fátima Freire de Sá (Cord). **Biodireito: questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 194.

ÍNTEGRA DA ADI 3510. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em 19 de maio de 2018.

_____. DO PROJETO DE LEI Nº 478-A. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FDC2C1C8D0C7075A8F616AC66040D4E.node2?codteor=1102104&filename=Avulso+-PL+478/2007> . Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. DO CASO SOFIA VERGARA. **Revista Veja**. São Paulo, publicado em 09 de dezembro 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/entretenimento/sofia-vergara-e-processada-por-seus-proprios-embrioes-congelados/>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Interpretação do Direito Civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional, sob a coordenação científica, Rio de Janeiro, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito do Estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária, publicado em 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>. Acesso em 06 de outubro de 2016.

LOPES, Serfa Apud ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006, p. 42-44.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O nascituro e os direitos da personalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ. 2012.

PASSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1994. p.11.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio Janeiro: Editora Forense, 2010.

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

SILVA, Ulisses Oliveira da. A reprodução humana e o direito de personalidade no Código Civil brasileiro de 2002. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 137, publicado em 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16122>. Acesso em 06 de janeiro de 2018.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AgRg no AREsp 150297 DF 2012/0041902-2. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJ: 18 de fevereiro de 2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23528142/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-aresp-150297-df-2012-0041902-2-stj>> . Acesso em 10 de junho de 2018.

VAIANO, Bruno. Nasce bebê que passou 24 anos como embrião congelado. **Revista super interessante**, publicado em 21 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/nasce-bebe-que-passou-24-anos-como-embriao-congelado/>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral** – V. 1, 11.ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2011.

WEINERT, Iduna E. Direitos genéticos como direitos de personalidade. **Revista de informação Legislativa**. Brasília – DF. 2005. Disponível. em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/906/R168-19.pdf?sequence=4>> . Acesso em 09 de novembro de 2017.