



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS- UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FÁTIMA C.DA MOTTA CAMPOS

**A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO À LUZ DA DOUTRINA
CONCEPCIONISTA**

**BARBACENA
2012**

FÁTIMA C.DA MOTTA CAMPOS

**A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO À LUZ DA DOUTRINA
CONCEPCIONISTA**

Monografia apresentada ao Curso de graduação de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Amanda Aparecida Tostes de Oliveira Sangoi

**BARBACENA
2012**

Fátima C. da Motta Campos

**A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO À LUZ DA DOCTRINA
CONCEPCIONISTA**

Monografia apresentada ao Curso de graduação de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Amanda Aparecida Tostes de Oliveira Sangoi
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof.^a Esp. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Esp. Odete de Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me guiado e mostrado o caminho para eu chegar até aqui.

Meus sinceros agradecimentos aos meus filhos Vinícius e Mariane, que são a razão do meu viver e sempre estiveram ao meu lado, tanto nos momentos de angústias quanto de alegrias oferecendo-me constante apoio.

A todos os meus familiares, mesmo àqueles que não estão mais aqui para compartilhar do meu sucesso. Sinto-me orgulhosa e certa de que, longe ou perto, sempre estiveram presentes.

Ao meu marido, pelo incentivo diário, mesmo estando tão atarefado. Diante de sua dedicação e companheirismo, fico muito grata.

Meu sincero agradecimento a minha irmã Dete, por sempre me ouvir e torcer por mim, revelando em seu silêncio ser autêntica e sincera.

A minha orientadora Amanda, sempre muito calma, tentando, em minhas ansiedades, passar serenidade e valores, cooperando para a conclusão do meu trabalho.

Enfim, meus agradecimentos a todos, por terem acreditado em mim e tornado possível a conclusão deste trabalho.

Dedico este trabalho a minha mãe que, mesmo de longe, acreditou em minha capacidade e torceu por mim, tornando o meu sonho realidade. Todo o seu amor a mim dedicado será sempre meu consolo e amparo nesta realização.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é estudar e demonstrar a importância da proteção ao nascituro, enfatizando sua definição e o início da sua personalidade, condição esta inerente a toda pessoa viva. Para tal, serão abordadas as teorias predominantes existentes a este respeito, tendo em vista a controvérsia que surge do próprio texto do artigo 2º do Código Civil, o qual adota, em sua primeira parte, a teoria natalista, ao dispor que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida;...”, mas em seguida resguarda que “... mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Foi averiguado, ainda a matéria com enfoque em outros instrumentos normativos, tais como o Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Pacto São José da Costa Rica e a Constituição Federal de 1988, diploma este último no qual o direito a vida e a dignidade da pessoa humana emanam como valores fundamentais do nosso Estado, vedada qualquer reforma constitucional tendente a abolir tais direitos. Por ser um tema de relevante destaque hodiernamente, abordaremos a questão da bioética, com ênfase na utilização de células-tronco de embriões excedentários.

Palavras-chave: Direito Civil-Personalidade. Proteção do Nascituro. Direito a vida. Teoria Conceptionista.

ABSTRACT

The objective of this work is to study and demonstrate the importance of protecting the unborn, emphasizing its definition, the beginning of his personality, an inherent condition in every living person, addressing the prevailing existent theories in this respect, considering that the controversy arises from the wording of the second Article of the civil Code, which adopts, in its first part, the theory Physicians, which provides that "the civil personality of the person begins at birth with life; ..." but then protects that "... but the law puts the saved, from conception, the rights of the unborn. " We will discuss the matter still hang with other regulatory instruments, as such, Penal Code, the Child and Adolescent's statute San José of Costa Rica's Pact and the Federal Constitution of 1988, the latter statute the right to life and human dignity emanate as fundamental values of our state, prohibited any constitutional reform aimed to abolish these rights. Being a prominent topic of relevance in our times, we will discuss the issue of bioethics, with emphasis on the use of stem cells from surplus embryos.

Keywords: civil personality, the unborn protection, right to life, the conception theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 NASCITURO - DEFINIÇÃO E INÍCIO DA PERSONALIDADE.....	17
2.1 O Início da Vida e a Personalidade do Nascituro	17
2.2 Teorias acerca do início da personalidade do nascituro.....	20
3 APROTEÇÃO LEGAL DO NASCITURO.....	27
3.1 Os Direitos do Nascituro	27
3.1.1 Direito à vida	27
3.1.2 Direito a alimentos.....	29
3.1.3 Direito de curatela	29
3.1.4 Direito de receber doação	30
3.1.5 Direito de sucessão	30
3.1.6 Outros direitos da personalidade garantidos ao nascituro.....	31
4 CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....	35
4.1 A utilização das células-tronco de embriões fertilizados <i>in vitro</i> , à luz das teorias Concepcionista e Natalista	35
4.2 A Lei 11.105/2005 _Lei da Biossegurança e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 _ADI Nº3510	
5 ESTATUTO DO NASCITURO	45
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A cada dia, situações novas surgem envolvendo o nascituro. O progresso acentuado no ramo da ciência levou e leva o homem a se deparar com questões até então por ele não imaginadas, como é o caso da pesquisa científica da vida humana, da descoberta do DNA e das pesquisas com células-tronco. Esta última questão tem sido hodiernamente muito discutida, tendo em vista o advento da Lei 11.105/2005, que liberou, em seu artigo 5º, a pesquisa com células-tronco embrionárias, e acabou por deflagrar a manifestação do Supremo Tribunal Federal, em sede de ADI (ADI 3510), que declarou, por seis votos a cinco, a constitucionalidade do referido diploma legal, em especial o do citado 5º artigo.

O cerne da Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão incidia sobre a violação do direito a vida e à dignidade da pessoa humana, já que, de acordo com a tese defendida pelo Procurador Geral da República à época, a vida humana acontece na, e a partir da fecundação, entendimento este que abraça a teoria concepcionista. Tal entendimento não fora acatado por nosso Tribunal Excelso.

A grande questão que envolve toda a discussão acerca dos direitos do nascituro reside na identificação do momento inicial da vida humana, indagação esta que ainda encontra grande divergência de opiniões, seja pelos operadores da ciência ou de outras áreas, seja pelo Direito.

Abordaremos neste trabalho esta questão crucial – o início da vida humana – expondo os argumentos e fundamentos de várias correntes doutrinárias de pensamentos, a fim de demonstrar, cientificamente, que é no momento da fecundação que surge a vida, razão pelo qual questionaremos a liberação da pesquisa com células-tronco embrionárias - Lei 11.105/2005, buscando demonstrar que tais pesquisas ferem o direito a vida e, por conseguinte, a decisão proferida pelo STF, na ADI 3510.

Buscaremos com este trabalho revelar a importância da proteção ao nascituro, defendendo o contrário senso da teoria adotada por nosso Código Civil vigente - teoria natalista -, afirmando ser o mesmo possuidor de personalidade desde a sua concepção, devendo, assim, ser protegida sua “pessoa” e defendidos os seus direitos, desde o aludido momento.

Neste estudo, demonstraremos que a proteção ao nascituro deve ter início na sua concepção, desmerecendo importância a forma como esta se deu, se por

métodos naturais ou em laboratórios, e não somente após o seu nascimento com vida. Nesse sentido, o objetivo central é a sua máxima proteção, principalmente hoje, diante dos avanços científicos e biológicos experimentados na área da biogenética.

Por fim, faremos uma abordagem sobre como a questão do início da personalidade do nascituro é tratada por nossa lei civil, pelo ECA(1990), pela CF/88, e ainda pelo Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional que versa sobre direitos humanos, do qual o Brasil é signatário.

2 NASCITURO - DEFINIÇÃO E INÍCIO DA PERSONALIDADE

2.1 O Início da Vida e a Personalidade do Nascituro

Um dos temas mais controvertidos, não só na opinião dos operadores do direito, mas também na de estudiosos de outros ramos da ciência, reside na identificação do exato momento em que se inicia a vida.

Certo é que o simples existir, ter vida, confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos, ou seja, de ter personalidade, ser pessoa.

Várias teorias, que analisaremos no tópico seguinte, estudam esta origem da personalidade ou, em outras palavras, o início da vida.

Por oportuno, cabe apontar que o nosso Código Civil vigente preceitua que “a personalidade jurídica da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

Desta forma, temos que o diploma civil pátrio adotou como marco para o início da personalidade o fato nascimento com vida.

No entanto, o Código Civil(2002) ressalvou o resguardo dos *direitos do nascituro* desde a sua concepção. E, neste ponto, reside a grande temática do presente estudo: se o Código Civil afirmou que o início da personalidade da pessoa só se dá com seu nascimento com vida, como pode ter ele resguardado os “direitos do nascituro” desde sua concepção, se a pessoa só é sujeita de direitos a partir do momento em que adquire personalidade?

Vislumbra-se certa incoerência do legislador, pois não se pode atribuir direitos àquele que não possui personalidade.

Ao por a salvo os “direitos do nascituro” desde sua concepção, o código civil reconheceu ser o nascituro sujeito de direitos desde o início da sua vida.

Indaga-se, por conseguinte, quando se dá o início da vida. O que vem a ser nascituro?

Com os avanços da ciência, novas técnicas de reprodução humana foram surgindo, dentre elas a fertilização *in vitro* (fertilização e fecundação fora do útero materno) e o congelamento de embriões humanos. Com as referidas técnicas, surgiu também a dúvida acerca do momento exato da existência do

nascituro, ou seja, da sua concepção, seja enquanto embrião, durante as primeiras semanas de vida, ou feto, nas semanas subsequentes.

Para alguns, o nascituro só existe e, sendo assim, só é considerado pessoa, a partir da nidação, que é o fenômeno da fixação do ovo fecundado na parede do útero materno. Acredita-se, portanto, que antes disso a vida não é garantida, e não há que se falar em concepção, mas tão somente em fecundação.

Para os adeptos desta teoria, o embrião fertilizado *in vitro*, mas ainda não implantado no útero materno, não é nascituro, apesar de já existir, com a fecundação, um início de vida. Neste sentido, a viabilidade de sua vida ainda não está garantida, haja vista não ter havido o fenômeno da nidação.

De forma objetiva, para essa corrente, a concepção ocorre dentro do útero materno, no momento em que o ovo fecundado se fixa na parede do mesmo.

Esta é a teoria que dá respaldo às pesquisas com células-tronco de embriões excedentários, assunto tratado no artigo 5º da Lei 11.105/2005, que enfoca a biossegurança e ao qual nos remeteremos no capítulo 4º do presente trabalho.

Respeitando à teoria posta, ousadamente discordo da mesma, pois dados biológicos revelam que, com a penetração do espermatozoide no óvulo, ou seja, com a fecundação/fertilização, surge um início de vida, ou ainda, uma viabilidade de vida. Esta, mesmo não sendo ainda garantida, já que não houve a nidação, já é vida, e distinta daquela dos que lhe deram origem, uma vez que, a partir da fecundação, o embrião já se torna titular de um patrimônio genético único, merecendo proteção.

Entendo que há vida desde a concepção, considerando esta ocorrida no instante da fecundação/fertilização, devendo ser reconhecida a personalidade do nascituro desde este momento, mesmo que ainda embrião esteja fora do útero materno. Neste sentido, as palavras do advogado Celso Coimbra (2006)¹ aponta que [...] todos os textos de Embriologia Humana consultados, nas suas últimas edições, afirmaram que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilizado pelo espermatozoide. Todos

¹ <http://www.biodireitomedicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp>

afirmam que o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo, que só para com a morte

Mas voltemos agora à pergunta: o que é o nascituro?

A palavra nascituro possui raiz latina *nasciturus*, e vem do direito romano clássico. Significa o que está por nascer, gerado, mas não nascido.

Diniz (1998, p. 334) o define com as seguintes palavras:

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Das palavras da ilustre civilista, podemos concluir que nascituro é ser humano que se acha temporalmente entre o momento da concepção e o nascimento, e como tal, revela-se titular de direitos e garantias que devem ser tutelados pelo Estado. O que não se pode é confundir tais direitos, de natureza extrapatrimonial, com direitos patrimoniais do nascituro, os quais, neste caso, só subsistem caso venha ele nascer com vida.

Nesta mesma concepção, segue manifestação de Freitas (2001)²:

Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético [...] Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental.

O então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, ao propor a ADI nº3510, citou em sua peça exordial as palavras do Doutor Denival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, que assim asseverou:

O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozoide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos

² <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidadejuridica-do-nascituro>

gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: "Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato."³

Ainda palavras citadas Denival (*apud* FONTALES, 2005):

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma "matéria germinante". Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial" que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Por quê? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo.⁴

Certo é que não se pode ignorar o nascituro, como se este não existisse, como se personalidade jurídica não tivesse.

2.2 Teorias acerca do início da personalidade do nascituro

A noção acerca do exato momento do começo da personalidade jurídica é de suma importância, pois é a partir de sua obtenção que a pessoa se torna sujeito de direitos e obrigações.

Tal noção é de suma relevância quando tratamos da proteção do nascituro, principalmente no que diz respeito à tutela do seu direito à vida e à dignidade enquanto pessoa humana.

³ WWW.ghente.org/doc_juridicos/adin_3510.htm

⁴ ibidem

Grande é a polêmica que incide sobre a personalidade jurídica do nascituro, haja vista que, a partir da resposta a esta indagação, pode-se fixar o exato momento em que se inicia a vida e, portanto, quando deve a mesma ser amplamente protegida.

O nosso Código Civil atual assim estipula em seu artigo 2º: “Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

Em face da flagrante contradição estampada no texto do artigo 2º do Código Civil, algumas teorias foram criadas para definir-se o início da personalidade civil do ser humano, sendo que as mais significativas são a da corrente natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista (ALMEIDA, 1992, p. 22).

A teoria natalista defende que a personalidade jurídica só começa com o nascimento com vida e que o nascituro só possui expectativas de direitos, razão pela qual a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Esta teoria, aparentemente, foi agasalhada pelo artigo 2º do Código Civil, e estabelece que a personalidade civil do homem começa com o seu nascimento com vida, e só então lhe será conferido status de pessoa. Antes disso, o nascituro seria uma expectativa de pessoa.

Os adeptos desta corrente ainda defendem que a concepção só ocorre com a nidação, ou seja, com a fixação do ovo no útero. Antes disso, não há que se falar em viabilidade de vida a ser protegida.

O nascituro, portanto, não tem personalidade jurídica e, destemodo, a lei apenas protegerá os direitos que possivelmente terá, caso venha a nascer com vida. Tais direitos seguem enumerados no ordenamento jurídico, sendo eles:

- ser adotado, com o consentimento dos pais(art.372 CC/02);
- receber doação, se aceita pelos pais(art.1.169 CC/02)
- adquirir por testamento, se concebido até a morte do testador(1.169 CC/02)
- etc..

Para Miranda (1954, p. 162):

no útero, a criança não é pessoa, se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito

de direito. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

Segundo a definição de Rodrigues (1998, p. 103):

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, toma medidas para salvaguardar os direitos que, com probabilidade, serão seus.”

Conforme nos é colocado por Serpa (1971, p. 233-234):

Consoante já o dissemos de começo, o critério adotado pelo nosso direito foi o romano, ou seja, do início da personalidade com o nascimento com vida. Antes do nascimento, portanto, o feto não possui personalidade. Não passa de uma *speshominis*. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria do ventre

O direito brasileiro teoricamente adotou a teoria natalista; sendo assim, nosso ordenamento jurídico coloca como condição que o feto nasça com vida, isto é, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, e que se prove o fato ocorrido para que seja reconhecido pelo direito.

Dos autores civilistas adeptos desta teoria, destacam-se: Pontes de Miranda, Sílvio Rodrigues, Eduardo Espínola, Caio Mário da Silva Pereira, João Luiz Alves, dentre outros.

Esta teoria também é adotada pela Espanha, Portugal, França, Alemanha, Japão, Suíça, Itália, entre outros países.

A segunda teoria que busca esclarecer a personalidade jurídica do nascituro é a Teoria da Personalidade Condicional.

Esta corrente defende que a personalidade jurídica do nascituro começa desde sua concepção, porém, seus direitos e seu exercício estão condicionados ao seu nascimento com vida.

Sendo assim, o início da personalidade jurídica do ser humano é reconhecido desde a concepção, todavia submete-se a uma condição suspensiva de nascer com vida, para que esta personalidade se consolide, retroagindo todos os seus efeitos à data da sua concepção.

Ao nascer com vida, são implementados a condição e os direitos que adquirira no momento da sua concepção, passando estes a integrar, por definitivo, seu patrimônio, mesmo que faleça logo em seguida.

Esta corrente é adotada por Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, Gastão Grossé Saraiva, Walter Moraes e Clóvis Bevilacqua.

A terceira teoria a ser analisada neste trabalho é a Teoria Concepcionista.

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

Esta doutrina funda suas convicções no fato de que, possuindo direitos legalmente assegurados, como prescreve o artigo 2º, parte final do CC/02, o nascituro é considerado pessoa e, portanto, detentor de personalidade jurídica.

Afirma esta corrente doutrinária que, ao falar em “direitos do nascituro”, a lei civil reconheceu-lhe qualidade de “pessoa”, isto porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa, o que, no sentido jurídico, significa exatamente o sujeito ou titular de direito. (MONTORO, 1953, p.10)

Os concepcionistas afirmam que os direitos do nascituro são os inerentes à pessoa humana e elencam alguns destes para fundamentar suas convicções. São eles:

- direito à posse (art. 877 e 878 do CPC);
- direito a receber bens por doação (art. 542 do CC) e por testamento (art. 1799 do CC);
- direito ao reconhecimento da filiação (art. 1597 do CC);
- direito de ser representado por curador (art.1798 do CC);
- direito de ser adotado (art. 372 do CC).

Afirmam, também, que vários desses direitos não estão sequer condicionados ao nascimento com vida e que, portanto, o nascituro, ao tê-los nesta condição, os recebe como se pessoa já fosse, e não como mera expectativa de pessoa. Exemplos destes direitos seriam: direito aos alimentos pré-natais; direito ao reconhecimento da filiação, direito à vida; direito à integridade física, etc.

Sendo assim, sustentam os aliados a esta corrente doutrinária que não há como explicar que o nascituro possa ter esses direitos, entre outros, sem que seja considerado pessoa.

Corroborando suas afirmações, a teoria concepcionista busca no direito penal suporte maior para o entendimento de que o nascituro é pessoa. Ressalta, ainda, que o sinal mais acentuado de que o nascituro tem personalidade civil é o fato de o legislador ter disciplinado o crime de aborto no título referente aos "Crimes contra a pessoa".

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

Deste modo, entendo que, malgrado a redação aparentemente contraditória do artigo 2º do Código Civil estabelecer que o início da personalidade civil se dá a partir do nascimento com vida, ao conceder direitos, e não expectativas de direitos, ao nascituro, o Código reconheceu direitos ao concebido, desde a concepção. Tais direitos nem sempre são dependentes do nascimento com vida, razão pela qual imperativo afirmar que o mesmo apresenta personalidade desde aquele instante.

Além disso, utilizando dos métodos de interpretação da hermenêutica, em especial do método lógico e sistemático, observa-se que o artigo 2º do Código Civil consagra a teoria concepcionista, e não a teoria natalista, conforme tem sido erroneamente defendido por alguns autores.

Maria Diniz (1996, p.10) assevera que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro .

França (1995, p.50) sustenta que:

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

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

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

3 A PROTEÇÃO LEGAL DO NASCITURO

3.1 Os Direitos do Nascituro

A proteção do nascituro inicia-se desde a concepção, considerada esta ocorrida no momento da fecundação do embrião ou no da nidificação, conforme a teoria adotada acerca do início da personalidade.

Certamente sua proteção não se firma apenas após o nascimento com vida, o que evidencia a ampla proteção destinada pelo ordenamento jurídico ao nascituro, tendo em vista que a vida, direito fundamental previsto na Constituição Federal, precisa ser protegida, principalmente em tempos de avanços científicos nos ramos da Biologia, medicina e Engenharia Genética, que ameaçam por em risco direito de tamanha importância.

Abordaremos neste ponto, de modo objetivo, alguns dos direitos que nosso ordenamento garante ao nascituro, desde sua concepção, ressaltando mais uma vez meu posicionamento favorável à teoria concepcionista, sendo irrelevante o fato de ter a fecundação ocorrida dentro ou fora do útero materno (fertilização *in vitro*).

3.1.1 Direito à vida

Sobre este enfoque, comungamos do entendimento que o direito à vida possui relevância sobre todos os demais direitos afetos a humanidade, sendo indiscutível que sua importância atinge o nascituro desde a sua concepção/fecundação, não importando a forma como isto aconteceu (se por meios naturais ou artificiais, em laboratório). O que deve prevalecer é que o nascituro é, em si, pessoa, e como tal, portador de personalidade, titular de direitos, dentre eles o direito à vida, devendo esta ser protegida a partir da concepção.

A vida, na Constituição Federal, é assegurada no artigo 5º, caput. Dispõe o referido normativo:

“Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos.”

Nossa Carta Magna protege o direito à vida, sem mencionar quando esta se inicia, ou seja, a partir de quando a vida do ser humano deve ser tutelada pelo Estado.

No entanto, o inciso XXXVIII do artigo supracitado reconhece a instituição do júri, lhe conferindo competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, dentre os quais se verifica o aborto.

Emana dos artigos 201, II e 203, I, da CF/88, a proteção à maternidade, de modo especial à gestante, com a finalidade de proteger não somente esta, mas também o nascituro.

Sendo assim, muito embora a Constituição Federal não tenha expressamente apontado o marco do início da vida, deixando tal mister ao encargo do legislador infraconstitucional, é hialino que a mesma defere grande importância protetiva ao nascituro.

No entanto, não é apenas a Constituição Federal que declara a inviolabilidade do direito à vida. Acordos internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, também afirmam ser a vida inviolável.

Dentre tais acordos, destaca-se o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º assim dispõem: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Por fim, cabe apontar que, no código penal, da mesma forma se confirma a garantia do direito à vida nos artigos 121 a 127, que adiante serão observados ao tratarmos das legislações que garantem os direitos do nascituro.

Aliás, na seara penal, a tutela do direito à vida desde a concepção importa, em regra, na punição do aborto. Apenas em circunstâncias peculiares, como o perigo à vida da mãe, o direito à vida do nascituro cede em favor do direito à vida da mãe, circunstância esta expressamente prevista em nossa legislação, na qualidade de exceção à regra que se firma contrária ao aborto.

3.1.2 Direito a alimentos

Outro direito assegurado por nossa legislação ao nascituro é o direito a alimentos, o qual lhe é garantido, precisamente, desde a sua concepção, visto que seu objetivo é justamente a vida, como bem jurídico a ser resguardado e protegido, e não como condição ou elemento do qual o direito a alimentos dependa.

Para a corrente concepcionista, o direito a alimentos é deferido ao nascituro justamente para que o mesmo nasça vivo.

O artigo 7º da Lei nº 8560/92, diploma legal regulamentador da investigação de paternidade, determina que “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”.

Sendo assim, segundo a Lei nº 8560/1992, o nascituro possui direito aos alimentos provisórios, justamente com a finalidade de proteger a sua vida, e em sendo titular deste direito, não há que negar-lhe a condição de pessoa.

Inconcebível é pensar na dependência do deferimento do direito a alimentos ao nascimento com vida daquele a quem tal direito se destina.

3.1.3 Direito de curatela

O artigo 1.779 do Código Civil, derivado do artigo 2º do mesmo diploma legal, concede ao nascituro o direito de ter um curador.

É evidente a intenção protetiva do legislador em querer ver tutelados os direitos do nascituro, tendo em vista sua condição de pessoa incapaz, lhe atribuindo um “curador ao ventre” na circunstância de falecer seu pai, estando a mulher grávida e esta não ter o poder familiar.

O referido dispositivo do Código Civil 2002 ainda determina que o curador do nascituro será, também, o de sua mãe, se esta estiver interdita.

Vejamos:

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.
Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

3.1.4 Direito de receber doação

A doação é instituto do direito civil previsto nos artigos 538 a 564 do Código Civil 2002.

O artigo 538 do Código Civil 2002 dispõe que “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Mais adiante, o artigo 542 do Código Civil especifica que: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo representante legal.”

A doação ao nascituro será considerada inexistente, caso venha ele a nascer sem vida, ou seja, considerar-se-á como se ela não houvesse acontecido, retornando o(s) bem(s) ao patrimônio do doador.

3.1.5 Direito de sucessão

O artigo 1798 do Código Civil 2002 prescreve que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

A sucessão é considerada para o nascituro um direito eventual, que somente se torna pleno a partir do nascimento com vida.

A abertura da sucessão terá continuidade se houver nascimento com vida. Caso este venha a nascer sem vida, e existindo herdeiros legítimos do *de cujus*, autor da herança, esta será deferida aos aludidos herdeiros, como ocorre na renúncia.

No entanto, se o nascituro nascer vivo, e vier a óbito momentos depois, a herança que lhe era direito desde a sua concepção/fecundação deixou de ser eventual, passando a integrar por definitivo seu patrimônio e, deste modo, caberá tal herança aos herdeiros do “nascituro”.

Afirma Rodrigues(1998, p.37/8):

Suponha que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do “de cujus” passará aos herdeiros deste, que podem ser seus avós paternos se ele os tiver; nascendo a criança com vida, morrendo no instante subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do recém-nascido, no caso, sua genitora.

O nascituro tem capacidade de adquirir por testamento; tem, portanto, personalidade. Quando o testador morrer antes do nascimento do nascituro, a titularidade da herança ou legado fica, de forma provisória, suspensa. Nascendo com vida, mesmo que viva apenas por segundos, os bens que lhe foram transferidos por testamento passa a integrar por definitivo seu patrimônio. No entanto, caso venha a nascer morto, estes bens serão devolvidos ao monte para partilha, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão.

A mulher, a fim de garantir direitos sucessórios do nascituro, poderá provar sua gravidez. Tal direito encontra amparo legal nos artigos 877 e 888 do Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

3.1.6 Outros direitos da personalidade garantidos ao nascituro

Não poderíamos deixar de apontar, enquanto direitos do nascituro, o direito à integridade física, o direito à imagem e o direito à honra, reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio como direitos da personalidade, assim como o é o direito à vida e aos alimentos.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e a sua dignidade, e como tal, são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2002, salvo quando a lei permitir sua renúncia ou disposição.

Assim, não seria correta a afirmação de que o nascituro tem apenas expectativa de direitos, vez que, desde a sua concepção, podemos afirmar ser o mesmo detentor de personalidade jurídica formal, a qual está diretamente

relacionada aos direitos da personalidade, dos quais o nascituro é titular. A personalidade jurídica material, relacionada aos direitos patrimoniais, essa sim o nascituro somente adquire com vida.

A personalidade jurídica do nascituro é tão evidente, que a proteção dos direitos da personalidade é estendida ao natimorto, ou seja, àquele que nasce sem vida, conforme reconheceu o Enunciado nº 1, aprovado na *Jornada de Direito Civil*, do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em setembro de 2002, cujo teor diz o seguinte: Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.

O Código Civil 2002 regula em seus artigos 11 a 21 os direitos da personalidade, dispondo que, conforme já dito acima, os direitos da personalidade, salvo nos casos previstos em lei, são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Dispõe ainda o Código Civil 2002 que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, só se admitindo tal ato para fins de transplante, e na forma estabelecida em lei especial.

O diploma normativo civil protege a vida, enquanto direito da personalidade, dispondo que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

O nome da pessoa, do mesmo modo, é tutelado pelo direito civil, recebendo assim proteção do Estado, compreendendo ainda em seu conceito, o prenome, o sobrenome e o pseudônimo adotado para atividades lícitas. Neste sentido, não pode o nome de uma pessoa ser utilizado em propaganda comercial, sem sua autorização, nem empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Por último, em seu artigo 21, o código civil 2002 consagra a intimidade da pessoa como direito da personalidade, prescrevendo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Deste modo, pode-se asseverar que a vida, os alimentos, a integridade física, a honra, a imagem e a vida privada das pessoas são direitos a elas assegurados como inerentes à personalidade, sendo os mesmos deferidos ao nascituro.

A título de exemplo, podemos afirmar que a lei punirá a reprodução de imagem do nascituro, sem autorização dos seus representantes legais. Deste modo, tendo em vista modernos exames de ultrassonografia, como a “4 D”, a divulgação de tais vídeos ou imagens por clínicas, para fins de divulgação de seu trabalho, só será lícita se previamente autorizada pelos representantes legais do nascituro.

Da mesma forma, qualquer palavra emitida que ofenda a honra e a dignidade do nascituro é considerada uma violação ao direito do mesmo, e sofrerá a sanção do Estado.

4 CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

4.1 A utilização das células-tronco de embriões fertilizados *in vitro*, à luz das teorias Concepcionista e Natalista

Muito se discutiu acerca da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco obtidas de embriões provenientes de fertilização *in vitro*, pesquisa esta permitida por meio da Lei 11.105/2005, conhecida como Lei da Biossegurança, que em seu artigo 5º assim dispõe:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

A aludida discussão incidia no fato de que a permitida pesquisa com células-tronco obtidas dos denominados embriões excedentários violava o direito a vida, bem como a dignidade da pessoa humana, sendo o primeiro, direito fundamental inviolável previsto como tal no artigo 5º, caput, da CF/88, e o segundo, fundamento da nossa República Federativa, previsto no artigo 1º, III da Carta Magna.

Ponto crucial a ser analisado para se chegar a uma conclusão se a referida pesquisa fere ou não o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, é definir a situação jurídica do embrião fertilizado *in vitro*. Seria este embrião, mantido vivo através do congelamento, considerado pessoa? A resposta a esta indagação sofrerá influência direta conforme se adote a teoria natalista ou concepcionista acerca do início da personalidade do nascituro.

Para a doutrina natalista, o nascituro não é pessoa, posto que sua personalidade só começa após seu nascimento com vida.

Além disso, sustentam os natalistas que, antes da nidação, fenômeno ao qual já nos referimos em momento anterior, não há viabilidade de vida, pois alegam que estes embriões não sobreviveriam mais do que 4 a 6 dias se não implantados no útero. Como não há viabilidade de vida, acreditam que não se poderia falar em aborto, e por não ser pessoa, este embrião seria mero expectador de direito, não merecendo proteção jurídica quanto à preservação do direito à vida.

Assim sendo, podemos perceber que, à luz desta teoria, admite-se a destruição desses embriões excedentes para fins da pesquisa preconizada na Lei 11.105/05, posto que os mesmos não são considerados pessoa, não sendo, portanto, sujeitos de direito. Neste caso, não se pode dizer que o embrião congelado tenha direito à vida em nosso atual ordenamento jurídico.

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

O natalista Semião (2000, p.175) alega que, em nosso ordenamento jurídico atual, não há qualquer proibição à destruição do embrião congelado, pois considera que o art. 5º da Constituição Federal concebe direito à vida apenas aos já nascidos, ou seja, àqueles que já tenham nacionalidade. Isto se deve ao fato de o artigo se referir a brasileiros e estrangeiros, cujos conceitos, segundo Semião, estão diretamente ligados à nacionalidade e, conseqüentemente, ao nascimento.

De outro modo, a doutrina concepcionista considera o conceito, ou seja, aquele já concebido, embora não nascido, pessoa, independentemente de sua viabilidade.

Sendo assim, para esta teoria, nenhuma razão há em não se admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião pessoa, pelo único fato de não estar no ventre da mãe, considerando que o embrião é efetivamente um ser concebido, desde a fecundação.

Ressalta-se que o direito à vida pertence a todas as pessoas, sem distinção.

Quando o artigo 1º da Constituição exalta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o faz como um valor universal inerente a todo ser humano, do qual se conclui que tal direito é assegurado também ao nascituro, desde o momento em que ocorre a concepção/fecundação.

Em relação aos embriões excedentes, objeto do artigo 5º da Lei 11.105/95, os concepcionistas não aceitam a destruição dos mesmos, por considerarem um extermínio de vidas humanas. Este ponto de vista defende que cada embrião, desde o momento da fecundação, já carrega consigo uma individualidade genética distinta da de seus genitores, sendo, portanto, vida e, como tal, deve ser tutelada pelo Estado, mesmo que fora do útero. Uma vez que o direito defende a vida, deverá protegê-la de forma abrangente, a partir do instante em que ela surgir, ou seja, desde a concepção/fecundação.

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

A meu entendimento, esta razão assiste aos partidários da teoria concepcionista, eis que mais condizente com a evolução humanista e com a proteção a vida de forma abrangente.

A partir desse entendimento, pode-se sustentar que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, considerada esta ocorrente no momento da fecundação do óvulo, sendo-lhe reconhecida a qualidade de sujeito de direitos desde tal momento.

Uma vez que a legislação civil resguarda seus direitos desde a concepção, confirma-se o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro.

Desta forma, conclui-se que o nascituro é dotado de personalidade desde a concepção/fecundação, já que atribuir direitos é atribuir personalidade, é reconhecê-lo como vida, não se admitindo, de forma alguma, sua eliminação, sob pena de ferir um direito fundamental do ser humano.

4.2 A Lei 11.105/2005 – Lei da Biossegurança e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 – ADI nº3510

Em 1995, foi sancionada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a Lei n.º 8.974/95, Lei de Biossegurança, cujo objetivo era estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização do uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismos geneticamente modificados, ou seja, organismo cujo material genético tenha sido modificado por alguma das técnicas de engenharia genética.

Além disso, a referida Lei autorizava o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio.⁵

A aludida Lei sofreu algumas alterações em virtude da Medida Provisória.º 2191-9, de 23 de agosto de 2001.

Em fevereiro de 2004, a Lei de Biossegurança – proibindo experiências genéticas para clonagem humana e regulamentando o controle da pesquisa, plantio e comercialização de sementes geneticamente modificadas – foi aprovada pela Câmara dos Deputados. Contudo, somente em 15 de setembro de 2004, as comissões do Senado aprovaram o texto do projeto de lei que permitia o plantio de soja transgênica e a venda de sementes geneticamente modificadas. Limitava, porém, a legislação em comento, o uso de embriões humanos congelados em pesquisa.

A entrada em vigor da nova Lei de Biossegurança, Lei Federal n.º11.105/05, deu-se em 24 de março de 2005, data em que o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou, com poucos vetos, o Projeto de Lei da Biossegurança (PL 2401/03), aprovado pela Câmara de Deputados por 352 votos favoráveis, 60 contrários e uma abstenção.⁶

No entanto, a Lei que, mesmo antes de nascer, já dominava grandes debates a seu respeito no meio jurídico e social, teve sua constitucionalidade questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - nº 3510,

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm

⁶ <http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>

proposta pelo Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, no dia 30 de maio de 2005.

A mencionada ADI teve por objeto o artigo 5º e seus parágrafos da Lei Federal n.º 11.105/05, suscitando a inconstitucionalidade desta norma que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, observadas algumas condições fixadas na mesma norma.

A tese central da impugnação apresentada no STF era a de que a vida humana tem início a partir da fecundação, merecendo a partir de então ser protegida pelo Estado.

Em razão da relevância social da matéria impugnada, foi determinada pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto a realização de audiência pública em 20 de abril de 2007, com fulcro no § 1º do artigo 9º da Lei n.º 9.868/99.

A audiência, realizada pela primeira vez na Suprema Corte, tinha por objetivo coletar dados e informações científicas para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º3510.

Cabe destacar que, muito embora o tema central da Lei n.º 11.105/05 sejam as pesquisas e a fiscalização com os organismos geneticamente modificados – OGM, a Lei volta-se, de forma inesperada – eis que esse tema sequer está mencionado no artigo que define os objetivos da Lei –, a regulamentar a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. (MARTINS-COSTA; FERNANDES; GOLDIM 2008)⁷

Conforme já dito, a ADI em questão, proposta com fulcro no artigo 103, inciso VI da Constituição Federal, pretendia ver declarado como inconstitucional o artigo 5.º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005)⁸, por entender que o dito dispositivo fere,

⁷ Sob esta perspectiva, alguns doutrinadores lecionam que a Lei de Biossegurança tratou a matéria da utilização de células-tronco embrionárias de forma superficial: “em que pese a relevância social do tema a necessidade de legislação nesta área, observa-se que o legislador tratou da matéria de forma precária e deficiente, tudo sintetizado em breves passagens altamente criticáveis

⁸ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos,

dentre outros, os artigos 1.º, inciso III; e art. 5.º, “caput” da Constituição Federal de 1988⁹.

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, o artigo impugnado (art. 5.º da Lei 11.105/05) discorre acerca de quatro aspectos individualizados e distintos, a saber:

- a) a parte inicial do artigo autoriza, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de células-tronco embrionárias provenientes de embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou in vitro, e não espontaneamente ou in vida.
- b) a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelece cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias, tais como: a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana; c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a completar aquele mesmo tempo de 3 anos (marco temporal em que se dá por finda – interpreto – quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido in vitro, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento); d) o consentimento do casal doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;
- c) o §2º determina como obrigatório o encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas o encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente com células-tronco embrionárias, redundando na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados, sendo este inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;
- d) por último, o §3º dispõe sobre a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (art. 15, caput, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997).

contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”. In: BRASIL. Lei n.º 11.105, de 23 de março de 2005

⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm.

Esta vedação também ostenta uma clara finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado biodireito.¹⁰

Possível foi perceber duas correntes bem definidas que se posicionavam acerca do tema em pauta: um grupo reprovava as pesquisas com células-tronco provenientes de embriões considerados inviáveis ou que estivessem congelados há mais de três anos, e, portanto, clamavam pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade; e, de forma contrária, outro grupo, que aprovava a realização das pesquisas com este tipo de células, e pretendiam que a ADI em voga fosse julgada improcedente, como de fato ocorreu.

A corrente contrária à pesquisa com células-tronco pautava sua posição no argumento de que a vida humana se inicia na fecundação: o zigoto é um ser humano embrionário, mas é pessoa.

Cabe ressaltar que afixação do exato momento em que a vida humana é iniciada demonstra-se controvertida na atualidade, conforme já colocamos neste trabalho.

Os concepcionistas defendem que a vida tem início no momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, ou seja, na e a partir da fecundação. Esta foi a corrente argumentativa defendida pelo então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, ao propor a ADI nº 3510, afirmando que a vida humana acontece na e a partir da fecundação, sustentando que o artigo 5º e parágrafos da Lei n.º 11.105/2005 desrespeitavam a inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

No entanto, em 30 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por 6 (seis) votos dos seus membros, ou seja, por maioria, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei Federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por

¹⁰ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>.

fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, estabelecendo condições para essa utilização.

Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Nos termos do seu voto, salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano in vitro. Esclareceu que as células-tronco embrionárias pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), aos "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, b), bem como ao "livre exercício dos direitos... individuais" (art. 85, III) e aos "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), estaria tratando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa – porque nativa –, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.¹¹

O relator reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal). Estes tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando

¹¹ http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080605173747462&mode=print

que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto. Afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluíssem a fertilização in vitro, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal disporiam que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)¹²

Considerou, também, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada. Por fim, acrescentou a esses fundamentos a oposição à inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. Frisou, no ponto, que o § 4º do art. 199 da CF ("A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.") faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), que seria garantida por meio de ações e serviços

¹² http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080605173747462&mode=print

qualificados como de relevância pública, com o que se teria o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CF, art. 5º, IX). Foram vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, Presidente. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)¹³

¹³ http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080605173747462&mode=print

5 ESTATUTO DO NASCITURO

Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 478/2007, de autoria dos Deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini, que objetiva instituir o Estatuto do Nascituro. Nele é elencada uma série de direitos e tipificados alguns crimes contra o nascituro, tendo por objetivo deferir proteção integral ao mesmo. Em seu artigo 2º define nascituro como “o ser humano concebido, mas ainda não nascido”.¹⁴

O referido projeto inclui, de modo textual, no conceito de nascituro, os seres humanos concebidos *in vitro*, os produzidos através de clonagem e outros meios admitidos pela ciência e pela ética, declarando ainda que o nascituro goza, desde a concepção, do direito à vida, à integridade física, à honra e a todos os demais direitos da personalidade. Define assim, tal norma, que a vida humana começa na concepção, eliminando qualquer possibilidade de interrupção da gravidez.

O Estatuto do Nascituro traz ainda uma série de inovações na esfera penal.

Malgrado o artigo 128 do Código Penal permita o aborto sob acompanhamento médico específico, como nos casos de estupro e risco de morte para a gestante, o projeto, em sentido contrário, criminaliza tal conduta, ao determinar no artigo 13 o seguinte:

Art. 13 O nascituro concebido em ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I - direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II - direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos, não sendo identificado o genitor, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado;

III – no caso de genitor identificado, será ele responsável pela pensão alimentícia, cabendo ao Poder Judiciário fixar seu valor, não podendo ser inferior a 1 (um) salário mínimo;

IV - direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento;¹⁵

¹⁴ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345301>

¹⁵ *ibidem*

Podemos perceber que aludido Estatuto cria uma nova forma de responsabilização do Estado ao dispor que, não sendo identificado o genitor/agressor, deverá o Estado arcar com o ônus da prestação alimentícia à mulher vítima do crime sexual, como forma de não perpetuar a violência. Dita responsabilidade foi apelida pelos movimentos de mulheres de “bolsa estupro”.

No caso de estupro, o projeto garante ainda assistência pré-natal, e acompanhamento psicológico para a mãe.

O nascituro concebido nestas condições deverá ter prioridade de acesso à saúde e ainda receber pensão alimentícia até completar 18 anos.

Já aprovado em maio de 2010 na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, o projeto de lei, Estatuto do Nascituro, seguiu para tramitação na Comissão de Finanças e Tributação, incumbida de analisar sua adequação orçamentária e financeira.

Em 24 de maio do corrente ano, a Comissão de Finanças e Tributação – CFT, por seu relator, o Dep. Eduardo Cunha, exauriu parecer pela adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 478/07 e dos PL's nºs 498/07, 1.763/07, 3.748/08 e 1.085/11, apensados ao principal.¹⁶

Feitas as adequações apontadas pelo parecer da CFT, o projeto deve seguir para a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), que analisará seu mérito, constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa. Somente depois passará para o Plenário da Câmara e seguirá ao Senado Federal, para aprovação.

O texto apresentado pelo aludido projeto de lei com certeza trará grande impacto à realidade jurídica do nosso Estado, já que se opõe às recentes decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizam pesquisas com células-tronco de embriões excedentários e descriminalizam o aborto de fetos anencéfalos, entre outros.

¹⁶ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=34530>

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano, enquanto pessoa encontra-se sob a tutela jurisdicional do Estado.

Sua vida, bem salvaguardado pelo nosso ordenamento jurídico na qualidade de inviolável, deve ser protegida desde o primeiro instante.

Grande é a discussão acerca do início da vida humana, não havendo concordância sequer no meio científico.

De muitas teorias que surgiram tentando explicar o marco inaugural da vida humana, três se destacaram no mundo jurídico. São elas a teoria natalista, a teoria da personalidade condicionada e a teoria da concepção.

A teoria natalista, considerada como a adotada pela nossa lei civil, apesar da incoerência revelada na redação do artigo 2º do Código Civil 2002, considera que a personalidade civil só tem início com nascimento com vida, momento a partir do qual, poder-se-á considerar a pessoa como titular de direitos, dentre os quais, o direito à vida.

A teoria da personalidade condicionada defende que a personalidade jurídica do nascituro começa desde sua concepção, porém os direitos do mesmo e seu exercício estão condicionados ao seu nascimento com vida.

Por último, a teoria da concepção posiciona-se no sentido de que a personalidade civil tem início com a concepção, considerada esta ocorrida no momento da fecundação.

Sendo assim, para os adeptos desta terceira corrente, a partir do instante em que o óvulo é fecundado já existe vida, já existe pessoa, que deverá ser tutelada pelo Estado, independente de se encontrar dentro ou fora do útero materno.

Esta é a teoria que, de uma forma mais plena e integral, protege o nascituro, por compreendê-lo desde o instante da fecundação e, deste modo, se revela, ao meu entendimento, em perfeita consonância com o significado finalístico do direito à vida, significado este que a constituição lhe quis deferir, ao proclamar tal direito como inviolável.

A vida é um bem de enorme importância, recebendo por tal razão proteção constitucional. O nascituro, desde a fase de embrião e ainda que não implantado no útero materno deverá ser protegido e resguardado de toda forma de violação de seus direitos, inclusive o de sua vida.

Entendo que a vida é o bem jurídico de maior relevância que nos foi concedido, cuja existência advém do direito natural, da nossa própria existência, não podendo a lei, seja a qualquer pretexto ou justificativa, cercear o direito que não nos foi concedido por ela.

Que a pesquisa científica com células-tronco embrionárias humanas com finalidade de descobrir a cura para doenças até hoje “incuráveis” possui um fim altruístico e admirável, não há que se discordar. Mas não se pode admitir e autorizar uma pesquisa que tem por fim salvar uma vida, exterminando outra.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA,SilmaraJuny de Abreu Chinelato e.Direitos da Personalidade do Nascituro.**Revista dos advogados**, São Paulo,n.38, dez.1992.
- ALMEIDA,Patrícia Donati.**A constitucionalidade da lei de Biossegurança:um avanço nas pesquisas de células-tronco**, 2008
Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080605173747462&mode=print>. Acesso em: 12 out. 2011.
- BRASIL.Supremo Tribunal Federal **Ação...**, .2008.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf.>>
Acesso em :11 out. 2011.
- _____. **República Federativa do Brasil**, Brasília,DF
Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/<8974.htm>
Acesso em:13 mar.2008.
- COIMBRA,Celso Galli.**A inconstitucionalidade da tramitação de legalização legalizadora do aborto no Brasil**, 2006. Disponível em:
<<http://www.biodireitomedicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp.>>
Acesso em: 12 out. 2011.
- CUNHA,Odaír.**Projeto de leis e outras proposições PL 489/200720**, 2007.
Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345301>>. Acesso em: 11 out. 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**.São Paulo:Saraiva, 1998. v3.
- _____.**Código Civil anotado**.2ed.São Paulo:Saraiva,1996.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1
- _____. **Direito civil: Direito das Sucessões**.15.ed.São Paulo :Saraiva, 1998.
- FRANÇA,R.Limong.**Instituições de Direito Civil**.4ed.São Paulo:Saraiva,1996.
- FREITAS, Augusto **Teixeira de. Código Civil: Esboço**. Brasília: Ministério da Justiça. 1983.
- FREITAS,Lucio R.O.**A personalidade jurídica do nascituro**, 2001.
Disponível em:
<http://www.direitonet.com.br/articles/exibir/4257/A_personalidadejuridica-do-nascituro> Acesso em: 11 out. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Lei de Biossegurança: medusa legislativa?**
Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>> Acesso em: 23 mar. 2008.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. I 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTORO, A.F.; de Oliveira. **Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. v.1. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1998

_____. **Direito civil**: Direito das Sucessões. 15ed. São Paulo: Saraiva

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do Direito. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SERPA, Miguel Maria de Lopes. **Curso de Direito Civil** 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. v.1