

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

Elaine Andrade da Silva

**A PERSONALIDADE JURÍDICA E O EMBRIÃO *IN VITRO* À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

**CURITIBA
2012**

Elaine Andrade da Silva

**A PERSONALIDADE JURÍDICA E O EMBRIÃO *IN VITRO* À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela acadêmica Elaine Andrade da Silva como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná e obtenção da outorga de grau em Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior.

**CURITIBA
2012**

Aos meus pais, Benedito e Vilma,
pessoas essenciais em minha caminhada,
que sempre me apoiaram em todos os momentos,
acreditaram na minha conquista
e que me amaram e me amam incondicionalmente.
Dedico.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, este ser superior que me deu a vida, e que nunca me faltou, independente de quão árduo fosse o caminho a seguir.

À minha família, pelo amor incondicional e, sobretudo, pelo incentivo e carinho.

Às minhas queridas amigas, Ana Clara, Andréa, Bruna, Stéphanie, e às amigas que fiz durante a faculdade, pela valiosa amizade.

Às minhas primas Bárbara e Caroline, e à minha tia Solange, que antes de tudo considero minhas amigas e que sempre estiveram presentes.

Ao meu tio e padrinho Valter, que considero um exemplo de profissional a ser seguido, e que muitas vezes dividiu comigo seus conhecimentos.

Ao meu tio Vivaldo, que sempre esteve presente em todas as minhas apresentações escolares, sempre torcendo por mim.

Aos meus avós Eloy e Lola, que muito me ajudaram no início da minha caminhada e que até hoje torcem pela minha vitória.

A todos eles e a tantas outras pessoas que gostaria de citar, o meu sincero muito obrigada.

Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.

(Carl Jung)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a análise da tutela assegurada ao embrião *in vitro* no ordenamento jurídico pátrio. Contextualiza-se a questão através dos tempos até os dias atuais, buscando demonstrar a alteração da relação do homem com seu próprio corpo e sua natureza humana. Após essa análise histórica, faz-se uma pesquisa e revisão bibliográfica referente ao tema, objetivando-se estudar as teorias, legislações e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal pertinentes ao tema. Este estudo, portanto, tem o intuito de analisar, à luz da bibliografia que o fundamenta, se a categorização clássica do direito privado, utilizada no Brasil, é suficiente para oferecer não somente uma tutela integral de proteção ao ser humano e ao nascituro, mas uma especial proteção aos embriões crioconservados, sendo que estes são fruto de uma realidade contemporânea e atual, e que, *prima facie*, não se enquadram na classificação proposta pelo direito positivo. Pretende-se mostrar a complexidade e a dificuldade em se conceber a natureza humana do embrião *in vitro*, por meio de uma análise técnico-jurídica do tema. Por fim, ressalte-se que tal estudo não esgota sobremaneira as discussões que podem surgir. Espera-se que ele seja um instrumento para que tais debates possam se tornar cada vez mais aprofundados.

Palavras-chave: personalidade jurídica; embrião *in vitro*; direito positivo; início da vida.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the protection assured by the Brazilian legal order to the embryos conceived by artificial insemination or by in vitro fertilization. Therefore, the intention is to contextualize the discussions that arise through time until contemporaneous days, trying to demonstrate the modifications between men and their own body and human nature. After this analysis, the goal is to make a research about the subject of the discussion, objectifying the study of theories, Brazilian Laws and regulation concerning this topic. Therefore, the intention is to examine to what extent it is possible to use the classic statutory law classification, and if the Brazilian legal order offers an unreserved protection to the human beings and unborn child, but specially to the embryos conceived by artificial insemination, after all these embryos represents a new reality and, at first sight, doesn't fit in the classification used by the Brazilian legal order. Therefore, the aim is to show the complexity and difficult of conceiving the human nature of in vitro fertilized embryos and to study this quite peculiar topic from the perspectives of Law. At last, it is important to highlight that this study doesn't exhaust the emblematic discussions that may arise. It is expected that this analyze becomes an useful instrument for future discussions.

Key Words: Natural person; in vitro fertilized embryos; statutory law; beginning of life.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA.....	15
2.1 ORIGEM E MUDANÇAS DA TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA: O CONCEITO DE PESSOA E O DESENVOLVIMENTO JURÍDICO DE SUA PROTEÇÃO.....	20
2.1.3. Pessoa e sujeito na contemporaneidade	28
2.2 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA.....	33
2.2.1. A teoria natalista	37
2.2.2. A teoria concepcionista	38
2.3 TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
3. A TUTELA DO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	46
3.1. A LEI DE BIOSSEGURANÇA Nº 11.105/2005 E DEMAIS DISPOSIÇÕES ACERCA DOS EMBRIÕES <i>IN VITRO</i>	55
4 ENTENDIMENTO TRAZIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 3.510	59
4.1 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS EMBRIÕES <i>IN VITRO</i> PARA PESQUISAS CIENTÍFICAS E TERAPIAS: ANÁLISE DOS VOTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DE BIOSSEGURANÇA	60
4.2 OS VOTOS COM RESSALVAS.....	67
5 CONCLUSÃO E ANÁLISE FINAL.....	73
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

O ser humano e sua personalidade são temas que mereceram destaque desde tempos remotos. Desde a antiguidade até os dias atuais podem-se observar debates acerca da natureza humana. Cada fase histórica, entretanto, trata o tema de maneira diferente e, contemporaneamente, há novos desafios a serem enfrentados pelo direito em relação à proteção que deve ser garantida ao ser humano.

As atuais discussões acerca da pessoa e da personalidade decorrem, especialmente, das novas tecnologias e dos “avanços” alcançados pela ciência. Afinal, tais avanços trouxeram consigo realidades desconhecidas, que, por vezes, alteraram a relação do homem com seu próprio corpo, com sua própria natureza.

No mundo atual, ficamos fascinados e assustados com a velocidade e facilidade com que obtemos as informações, ante a globalização e o amplo universo da comunicação. Este pretense “progresso” tem se visto também na ciência.

Não são raras as notícias acerca de novas pesquisas e “avanços” com relação especialmente ao corpo humano, descortinando no horizonte novas perspectivas, há pouco nem cogitadas.

Contudo, não se pode olvidar que tal panorama não se mostra tão límpido quando nos deparamos com pesquisas científicas que agridem e afligem a dignidade humana. O homem buscou cada vez mais se aperfeiçoar, tendo relativo êxito em dominar até seu próprio processo de desenvolvimento.

O processo de criação de um novo indivíduo, antes tão mistificado e natural do ser humano, passou a ser reproduzido artificialmente em laboratório. Com isso, questões de ordem ética e moral foram trazidas à tona.

A medicina está em constante processo de aprimoramento, em busca de novas técnicas e tecnologias que possam trazer benefícios à saúde humana. A realidade dos embriões *in vitro*, das células-tronco¹ e dos organismos geneticamente modificados, por exemplo, é recente. Insere-se, portanto, em uma sociedade contemporânea e tecnológica.

¹ Damião Júnior nos elucida acerca das células-tronco. Em uma breve definição, seriam células “capazes de se multiplicar-se e diferenciar-se nos mais diversos tecidos do corpo humano [...] existem em vários tecidos humanos, no cordão umbilical e em células embrionárias na fase de blastocisto” (ZATZ *apud* DAMIÃO JUNIOR, 2010, p. 105)

Essas e outras indagações não passaram e não poderiam, com efeito, passar despercebidas pelo ordenamento jurídico, já que serve como instrumento regulatório das relações humanas.

O sistema jurídico, que não é estanque, deve buscar acompanhar tal desenvolvimento científico, o que nem sempre ocorre de forma eficaz. Especialmente no que se refere às células-tronco e embriões produzidos em laboratórios por métodos artificiais, tal desenvolvimento se mostra relevante para o Direito, na medida em que se vincula intrinsecamente com o bem estar social, com a dignidade da pessoa humana e com direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, conforme discorre Damiano Júnior (2010, p. 104-105).

Dentre tantos questionamentos acerca do tema, a situação do embrião *in vitro* se torna extremamente relevante quando tomamos por base a perspectiva brevemente apresentada.

Os métodos de reprodução artificial se propagaram sobremaneira² entre casais com alguma dificuldade em relação a sua fertilidade, aumentando vertiginosamente o número de embriões criopreservados e não utilizados para a implantação em útero, sendo que assim não cumprem o propósito primeiro a que se destinam, ou seja, o projeto parental. A problemática da destinação dos referidos embriões ganhou contornos ainda mais nebulosos quando se cogita da sua simples destruição, sendo estes descartados como “lixo” biológico.

Tendo em vista que, por serem resultado da união dos gametas feminino e masculino formando assim um ser humano, os embriões *in vitro* merecem especial atenção do Direito, até mesmo pela humanidade que carregam em si.

Verifica-se assim que, com a promulgação da lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), a qual regulamenta normas concernentes à “segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos

² De acordo com o veiculado pelo Jornal Gazeta do Povo (edição de 10/04/2012), no período compreendido entre 2008 e 2010 foram congelados 34.851 embriões no Brasil, número bem próximo dos 47.570 embriões armazenados desde meados dos anos 80, quando se começou a utilizar a técnica de reprodução assistida. Pelos números apresentados, em breve estima-se que o Brasil tenha 100 mil embriões armazenados.

Conforme reportado, muitos preferem o descarte dos embriões à doação de material genético, por entenderem ser algo de caráter pessoal. Ademais, o custo para se manter um embrião varia entre R\$ 800,00 a 1.500,00 (taxa inicial) mais mensalidade no valor estimado de R\$ 50, valor este arcado pelo banco de material genético quando os referidos embriões são abandonados. Importante ainda ressaltar os números trazidos pela reportagem no que diz respeito aos embriões doados para pesquisa: até 2007 haviam sido doados para pesquisa 643 embriões, de um total disponível de 27 mil. Em 2008 esse número passou a 382, em 2009 foram doados 455, e no ano seguinte esse número passou para 748.

geneticamente modificados – OGM e seus derivados”, e, com a discussão no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510, a referida questão passou a ser objeto de grande repercussão no campo do Direito.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, dispõe acerca da “inviolabilidade do direito à vida”. Tal direito foi elevado à categoria dos direitos humanos em 10 de dezembro de 1948, através da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em seu artigo 3º, dispondo que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe expressamente sobre os embriões produzidos por fertilização artificial, o uso de organismos geneticamente modificados, nem ao menos das células-tronco. Tal regulamentação ocorreu, como argumenta Damiano Júnior (2010, p. 104-105), com a Lei 11.105/2005.

O que se verifica é que tais discussões são de grande relevância, pois guardam intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, com o direito à vida, haja vista que há, por certo, uma preocupação de que o homem, com as pesquisas e avanços científicos, esteja sendo diminuído à condição de “coisa”, de mero instrumento para obtenção de resultados.

Diante do exposto, o presente objeto de estudo apresenta várias faces e dimensões. O que se pretende é analisar a questão da personalidade jurídica da pessoa natural, especialmente no tocante à dificuldade em se enquadrar o embrião *in vitro* nos conceitos do direito privado clássico presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isso, este trabalho buscará contextualizar as discussões acerca da proteção jurídica dispensada ao embrião *in vitro*, analisando mais profundamente a questão da personalidade jurídica e da qualificação jurídica do referido embrião, contrapondo as visões sobre o tema encontradas na doutrina bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa será realizada a partir dos textos base, os quais trazem à tona argumentos, por vezes contrapostos, em relação à proteção que deveria receber o embrião *in vitro*. O presente estudo, portanto, irá analisar a questão do mencionado embrião produzido por meio de técnicas de fertilização artificial a partir das discussões de doutrinadores como Adriana Espíndola Corrêa, Elimar Szaniawski,

Francisco Amaral, José Antonio Peres Gediel, Jussara Maria de Leal Meirelles, Orlando Gomes, Pontes de Miranda, entre outros.

No primeiro capítulo, faremos uma breve reflexão acerca da tutela jurídica da personalidade humana, buscando aclarar conceitos jurídicos pertinentes ao tema, ambientando historicamente a proteção que o ser humano recebeu e vem recebendo através dos séculos até a contemporaneidade, analisando também as teorias acerca do início da vida e a questão da personalidade jurídica na legislação pátria em vigência.

No segundo capítulo, estuda-se a questão do embrião *in vitro* face ao ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se fazer uma revisão bibliográfica, atentando-nos também à legislação vigente, problematizando as discussões advindas especialmente da utilização dos referidos embriões em pesquisas e terapias, as quais, na maioria das vezes, os leva à destruição.

No terceiro capítulo destacaremos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade do disposto no art. 5º da Lei 11.105 (Lei de Biossegurança), a qual estabelece requisitos para a autorização de pesquisas e terapias científicas em embriões crioconservados, analisando os argumentos pertinentes ao embrião *in vitro*, sua personalidade e proteção face ao Direito brasileiro em vigência.

Ao estudarmos a questão do início da personalidade jurídica e da proteção do embrião *in vitro*, em uma perspectiva técnico-jurídica, contrapondo as visões e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, buscaremos discutir a limitação da esfera jurídica em acompanhar as modificações ocorridas na sociedade, analisando-se principalmente se os conceitos do direito privado clássico, utilizados em nosso país, no tocante à personalidade jurídica, são suficientes para estabelecer uma natureza jurídica aos embriões humanos produzidos em laboratório, por meio de métodos de fertilização artificial.

Em uma primeira análise verificamos, *prima facie*, divergências acerca da utilização de tais embriões, bem como de sua proteção, pois, há correntes que defendem a natureza humana destes, sendo assim merecedores da mesma proteção atribuída aos seres humanos nascidos, os quais detentores de personalidade frente ao direito.

Por outro lado, há entendimento em sentido contrário, atribuindo personalidade jurídica apenas aos nascidos com vida, em uma exegese literal da

legislação civil vigente em nosso país. Há também alguns teóricos, a fim de possibilitar a pesquisa em tais embriões, os quais atribuem personalidade à pessoa somente após determinada etapa do desenvolvimento humano.

Verifica-se, portanto, que a questão é bastante controversa, pois envolve não somente o campo jurídico, especialmente o campo do Biodireito, mas também o campo da Medicina, da Bioética. Estão incluídas também, nessa perspectiva, as crenças, convicções religiosas, no que se refere à questão do aborto e do início da vida.

Há de se ressaltar que muitas destas controvérsias brevemente expostas decorrem da dificuldade em se categorizar o embrião *in vitro*. Ou seja, há quem diga que esse seria detentor de personalidade jurídica, comparável, assim, com as pessoas nascidas. Outros buscam uma similitude dele com os nascituros, os quais têm seus direitos a salvo pela Constituição.

Pelo exposto, e tendo em vista as divergências teóricas, nota-se que, em um primeiro momento, não se chegou a nenhuma forma realmente eficaz de solucionar o problema que se apresenta.

Como mencionado, buscou-se uma solução por meio da sobredita ADIN 3.510, com julgamento em 29/05/2008, ponderando-se acerca da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Buscava-se, com essa ação, o reconhecimento de que tal dispositivo de lei afrontava o direito à vida dos embriões *in vitro*, devendo assim ser impedida a destruição desses para fins científicos.

De antemão, cabe mencionar que a referida ADIN foi julgada improcedente, sendo que os Ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal asseveraram, entre outras questões, sobre a inexistência de violação do direito à vida no caso da utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa, guardados os requisitos da lei objeto da mencionada lide.

Assim sendo, nesse julgamento não se vislumbrou, ao que parece, de personalidade aos embriões que se encontram congelados em laboratório, pois haveria que se ter ao menos, conforme asseveraram alguns dos Excelentíssimos Ministros, algum traço de aparato neural, condizente com a noção de vida e autonomia (movimento), sendo esse inexistente nos referidos embriões.

Dessa forma, ao final do estudo, buscaremos analisar se as hipóteses acima traçadas são válidas, e se há, efetivamente, uma resposta para a qualificação

jurídica do embrião *in vitro* e para seu enquadramento nas categorias clássicas trazidas pelo Direito Positivado.

Com o decurso do trabalho, pretende-se demonstrar que não há ainda uma proteção integral ao embrião *in vitro*, independente da teoria ou jurisprudência apontada. Afinal, trata-se de uma realidade nova, contemporânea, que escapa de nossa compreensão. Pretendemos também que se percebam as divergências entre os posicionamentos adotados e que, apesar de se adotar como metodologia a análise técnico-jurídica do tema, tal estudo não esgota sobremaneira os diversos aspectos que permeiam tão complexa e intrincada questão.

2 A TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA

Faz-se mister iniciar o estudo do tema proposto através de um exame mais detalhado acerca da tutela concernente à personalidade humana³. Afinal, para adentrarmos na análise da proteção jurídica despendida aos embriões *in vitro* no ordenamento pátrio, são necessárias algumas considerações acerca do momento em que o ser humano adquire personalidade, passando a ser considerado pessoa⁴ pelo Direito, tendo assim seus direitos tutelados.

O tema é relevante na medida em que, a partir do momento em que convivem em sociedade, as pessoas passam a ser sujeitos em relações jurídicas, as quais vão sendo estabelecidas entre os indivíduos.

Ademais, ensina Ulhoa Coelho (2006, p.137-138), que a superação dos conflitos, por meio das normas jurídicas, só é possível quando se considera que todos os interesses devem ser titularizados por um agente, ao qual será imputado os ônus e benefícios de suas condutas. Assim, o sujeito de direito seria o titular de tais interesses em sua forma jurídica.

Ressalta-se também que “é na pessoa que os direitos se localizam” (AMARAL, 2008, p. 252), sendo que é para o homem que o direito se destina.

A personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. (GOMES, 2002. p. 141)

Face ao exposto, pode-se dizer que a pessoa é o principal fundamento do ordenamento jurídico, conforme assevera Luciano Dalvi Norbim (2006, p. 34).

Assim sendo, é necessário se estabelecer quais pessoas poderão figurar no mundo jurídico como sujeitos de direito⁵, sendo, desse modo, possuidores de

³ Há entendimento no sentido de que, para se fazer referência à personalidade atribuída à pessoa natural, seria mais adequada a expressão “personalidade natural”, e não “personalidade jurídica”, conforme assevera SZANIAWSKI (2007).

⁴ Tomemos como base para o presente trabalho as pessoas físicas (naturais), sujeitos de direitos humanos (seres humanos como sujeitos de direito). Ou seja, o homem como ente jurídico, em toda a amplitude de sua natureza (MEIRELLES, 2000, p. 48).

⁵ Sujeito de direito seria aquele que tem como seu algum bem (Dabin *apud* Gogliano, 2000, p. 112).

direitos e obrigações. Frise-se, ainda, que a condição de sujeito de direito apenas é atribuída àqueles que possuem personalidade ante o ordenamento jurídico.

Segundo Elimar Szaniawski (2005), o tema também é importante tendo em vista que “a grande maioria, ao falar em personalidade natural, apenas reitera as tradicionais lições sobre a aquisição e perda de personalidade, vindo ainda alguns a confundi-la com a própria capacidade jurídica⁶ [...]” (SZANIAWSKI, 2005, p. 20).

Desta feita, preliminarmente, faz-se imperioso esclarecer os conceitos que permeiam a personalidade humana, estabelecendo assim quais os parâmetros adotados para se atribuir proteção à pessoa humana.

Nesse diapasão, conforme assevera Francisco Amaral (2008), cabe ressaltar qual a acepção do termo pessoa para o ordenamento jurídico, pois, em um sentido amplo e corriqueiro, é comum se entender que todo ser humano é pessoa⁷.

Segundo Amaral (2008), o termo pessoa deriva de *persona*, do latim, o qual significava a máscara utilizada pelos atores no teatro, ou o próprio papel atribuído ao ator. Contudo, o termo pessoa passou a ser usado “[...] como sinônimo de personagem. E como na vida real os indivíduos desempenham papéis, à semelhança dos atores no palco, o termo passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas. [...]” (AMARAL, 2008, p. 253).

Na linguagem jurídica, assim sendo, “pessoa é o ser com personalidade jurídica, aptidão para a titularidade de direitos e deveres [...]” (AMARAL, 2008, p. 252).

⁶ A capacidade seria a medida jurídica da personalidade, não se confundindo com esta. Isto, pois, apesar de à elaboração do Código Civil personalidade e capacidade terem sido considerados termos sinônimos, esta é atributo da personalidade jurídica, que é intrínseca ao ser humano (MEIRELLES, 2000, p. 37).

A codificação civil, em seu artigo 1º, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Há que se ressaltar, contudo, que no ordenamento jurídico brasileiro se faz a distinção entre capacidade de gozo ou direito e a capacidade de fato ou exercício.

A capacidade de direito seria a “aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de relações jurídicas” (AMARAL, 2008, p. 263). Já a capacidade de fato pode ser considerada como uma limitação quanto à capacidade de direito, segundo Meirelles (2000). Isto, pois, todos os seres humanos, pessoas físicas, possuem a referida aptidão para ser titular de direitos e deveres. Entretanto, nem todos podem exercer tal aptidão de praticar atos da vida civil por si próprios, diretamente, dependendo da intervenção de outra pessoa, conforme assevera Coelho (2006, p.157-159)

⁷ Destaque-se que o presente trabalho busca uma análise mais aprofundada no que diz respeito à ordem técnico-jurídico. O termo “pessoa”, por exemplo, apresenta conceituação diferenciada dependendo do âmbito pesquisado. Para o âmbito filosófico tal termo apresenta entendimentos controvertidos, contudo, normalmente a conceituação está relacionada com a racionalidade, capacidades, autoconsciência do indivíduo, seja este compreendido em sua concretude ou em um sentido abstrato. Note-se, assim, que a análise técnico-jurídica não coincide com a noção de ser humano, tendo em vista que para o direito “pessoa” seria o centro de imputação de obrigações e poderes jurídicos (MEIRELLES, 2000, p. 93-94).

Sujeito de direito seria, dessa forma, a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres (GOMES, 2002, p. 142). Posto isto, “a personalidade surge como projeção da natureza humana. E a pessoa passa a ser sinônimo de ser humano e de sujeito de direito⁸” (AMARAL, 2008, p. 253).

De acordo com Pontes de Miranda (1970, p. 161-162) e Ricardo Ferreira Damião Júnior (2010, p.61-64), o conceito de pessoa seria abrangente, trazendo consigo a ideia de sujeito de direitos, bem como a capacidade para exercer atos da vida civil e adquirir direitos.

Pontes de Miranda afirma que a “pessoa já nasce com titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direitos” (MIRANDA, 1970, p. 161). Argumenta o doutrinador, portanto, que a personalidade seria a capacidade de o ser humano estar inserido no mundo jurídico, de ser sujeito de direitos. A questão da personalidade seria de grande relevância, pois irradiaria direitos fundamentais como o direito à vida e à saúde.

“[...] Personalidade em sentido jurídico é, portanto, a aptidão reconhecida pela lei para tornar-se sujeito de direitos e deveres [...]” (BARBOZA, 1993, p. 80), sendo assim pressuposto da concreta titularidade das relações jurídicas.

Dessa forma, podemos pensar a personalidade como uma categoria técnico-jurídica, sendo que as pessoas seriam “consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas porque estão adequadas ao que a lei lhes atribui como faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres” (MEIRELLES, 2010, p.113).

⁸ Há autores que fazem a distinção entre os termos pessoa e sujeito de direito. Para Pontes de Miranda (1970, p.153), o termo pessoa diria respeito à possibilidade de vir a ser sujeito de direitos, já sujeito de direitos seria estar na posição de ser titular de direitos. Nesse sentido, o referido autor assevera que, para ser pessoa, basta que possa ter um direito.

Ainda, conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho (2006, p.137-153), pessoa e sujeito não devem se confundir, pois, “nem todo sujeito de direito é pessoa” (COELHO, 2006, p. 137), sendo que a lei reconhece direitos também a determinados “agregados patrimoniais”, sem personalizá-los, contudo. Neste sentido, sujeito de direito é gênero e pessoa é espécie, assevera o autor, e toda pessoa é sujeito de direito, embora o inverso não seja verdadeiro. Para Coelho (2006), desta forma, no momento em que se faz a equivalência entre os mencionados termos, está a se desconsiderar os entes despersonalizados como espécie de sujeitos de direito. Tais entes seriam aqueles aos quais o direito não concede uma autorização genérica, mas, com efeito, somente uma autorização para a prática de atos inerentes às suas finalidades.

Ou seja, a personalidade jurídica seria “uma criação social, nascida da necessidade de se pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica” (Bevilaqua, 1955, *apud* Meirelles, 2000, p. 39).

Assim, pode-se dizer, segundo o ensinamento da referida doutrinadora, que a pessoa natural seria uma “categoria jurídica abstrata”, sendo essa condição essencial e imprescindível para a atuação no mundo do dever ser. Ou seja, o termo “pessoa”, no sentido técnico-jurídico, serviria de base para a titularidade jurídica (MEIRELLES, 2000, p.94).

No mesmo sentido, Adriano de Cupis (1961) assevera que a personalidade seria uma qualidade jurídica, sendo assim um produto do direito positivo. Desta feita, não seria uma realidade fática já constituída na natureza, mas, com efeito, uma atribuição resguardada pelo ordenamento jurídico, podendo até mesmo sofrer limitações por parte do direito positivo.

A personalidade seria, desta forma, uma pré-condição para o exercício de dos direitos e obrigações, sendo que a atribuição de qualidade de pessoa seria *condicio sine qua non* para ser sujeito de direito (CUPIS, 1961, p. 15). Assim, não existindo personalidade, não haveria como se cogitar da existência real de um direito ou obrigação (BARBOZA, 1993, p. 80).

Ou seja, em uma perspectiva positivista, “se a lei outorga a personalidade ao ser humano, será a própria lei quem dirá o momento em que a pessoa adquire esta personalidade” (SZANIAWSKI, 2007, p. 170).

Entretanto, pode-se debater que, apesar da ordem jurídica regular as relações dos seres humanos dotados de personalidade, o direito fundamentalmente serve para disciplinar interesses humanos.

Assim, discorre Cupis (1961) que “o ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade [...]. O arbítrio do ordenamento jurídico respeitante à atribuição da personalidade é, por outro lado, limitado pela necessidade de um elemento natural” (CUPIS, 1961, p. 14).

Ou seja, a “pessoa”, em sua acepção técnico-jurídica, prescindiria de um substrato real, o homem como indivíduo, parte de uma sociedade (MEIRELLES, 2000, p. 94-95).

A partir do raciocínio exposto, a referida autora então questiona se “o ser humano é personificado mediante uma criação do Direito, conforme a perspectiva positivista; ou se ao Direito cabe apenas reconhecer ao homem o caráter de

‘pessoa’, declarando-lhe a personalidade que, sob a visão humanista, lhe é insita” (MEIRELLES, 2000, p. 97).

Seguindo essa ordem de ideias concebe-se que a personalidade jurídica “não é fabricada pela ordem normativa; esta limita-se ao seu reconhecimento como um direito inato que caracteriza, desde logo, toda a pessoa. É um atributo inerente à própria natureza da pessoa em sentido ontológico e o seu reconhecimento consubstancia um direito do homem” (BARRAS, 1998, *apud* MEIRELLES, 2000, p. 98).

Na esteira desse raciocínio, poderia se cogitar, portanto, que a personalidade seria um valor ético, princípio intrínseco ao ser humano. “Havendo vida humana, haverá personalidade, gozando de toda a proteção que o direito lhe confere, especialmente no que concerne ao próprio direito à vida é à dignidade” (BARBOZA, 1993, p. 82).

Francisco Amaral (2008, p.253-254), por seu turno, discorre ainda sobre as duas concepções acerca da personalidade. A concepção naturalista considera a personalidade humana como atributo da própria condição humana, inerente a todos os seres humanos.

Em consonância com a referida concepção, Norbim (2006, p. 23) define a personalidade como um direito personalíssimo, estando intimamente relacionado com a vida. Assim sendo, não haveria como se desvincular “a existência de uma pessoa (vida) e sua correlata personalidade” (NORBIM, 2006, p.33). Ou seja, para o supramencionado autor vida e personalidade são indivisíveis.

A concepção formal, por sua vez, considera a personalidade como um atributo investido pelo Direito, sendo o sujeito de direito uma criação do direito objetivo. Diante do exposto, pode-se dizer, portanto, que a personalidade guarda vinculação com a noção de titularidade de direitos (MEIRELLES, 2000, p. 37).

Feita essa contextualização acerca dos termos pessoa e personalidade, e antes de adentrarmos na análise da tutela da personalidade humana no ordenamento jurídico brasileiro atual, faremos algumas breves considerações acerca da origem e da evolução de tal instituto.

2.1 ORIGEM E MUDANÇAS DA TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA: O CONCEITO DE PESSOA E O DESENVOLVIMENTO JURÍDICO DE SUA PROTEÇÃO

Conforme nos elucida Godoy (2006), a sociedade se encontra em constante processo de modificação, trazendo, dessa forma, novas visões para antigos temas. Assim sendo, cada fase histórica tem suas peculiaridades, as quais se mostram aparentes na relação distinta das pessoas com determinada questão ao longo do tempo.

Dessa feita, pode-se afirmar que a personalidade e os direitos da personalidade são fruto desse processo da sociedade. Podemos observar, por exemplo, que é na atualidade que encontramos uma maior preocupação com tais direitos fundamentais, inerentes à condição do ser humano.

A referida autora relata que, até meados do século XX, o ser humano era compreendido apenas como integrante de uma relação jurídica. Tal noção foi sendo alterada e, atualmente, se tem a concepção de que personalidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana. Ou seja, “a proteção jurídica dos direitos da personalidade evoluiu na medida em que o homem foi adquirindo o reconhecimento do seu valor, como ente dotado de dignidade no seio da ordem social” (GODOY, 2006, p.4)

No que se refere a essa alteração progressiva na tutela da personalidade, Elinar Szaniawski (2005, p.24-25) indica os séculos IV e III a.C., especialmente no que se refere à sociedade grega, como marco da gênese de um direito geral de personalidade. Nesse período, todos os seres humanos seriam possuidores de personalidade e capacidades jurídicas face ao direito vigente.

Ou seja, inexistente neste período da Antiguidade a figura do sujeito de direito, concepção esta trazida pelo sistema clássico estabelecido a partir de XIX. O homem era detentor de direitos apenas pela sua condição de cidadão, conforme lembra Meirelles (2000, p. 40).

Contudo, para a doutrina tradicional, foram os romanos os responsáveis pela elaboração de uma “teoria jurídica da personalidade”, conforme argumenta Szaniawski (2005, p. 25). Para o direito romano, a expressão personalidade, por sua vez, era restringida:

aos indivíduos que reunissem os três status, a saber: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro status, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadãos e nem podendo constituir família por meio de justas núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem seres humanos. (SZANIAWSKI, 2005, p.25-26).

Assim, conforme nos ensina Luciano Dalvi Norbim (2006, p. 24/25), pessoa e personalidade eram distintas, tendo em vista que a condição de ser vivente não era bastante para que lhe fosse atribuído personalidade. Desta feita, nem todo ser humano era considerado possuidor de personalidade.

Ou seja, a personalidade tinha seu início quando houvesse a reunião de vários aspectos. Amaral (2008, p. 253) aponta como requisitos físicos da personalidade jurídica no direito romano o nascimento com vida, a separação do ventre materno bem como a forma humana.

O nascituro, à época, “não era ainda pessoa. Mas, se nascia como homem capaz de direitos, sua existência computava-se desde a concepção” (AMARAL, 2008, p.256). Importante frisar, segundo Norbim (2006, p. 26), que na sociedade romana o nascituro era considerado parte integrante do corpo materno.

Argumenta ainda Amaral (2008, p. 253) que a personalidade jurídica também dependia de que o indivíduo fosse livre (não escravo), cidadão romano (não estrangeiro) e que possuísse *status familiae* (chefe de família).

Em outras palavras, pode-se entender que o escravo, nessa concepção, não seria sujeito de direitos à época, sendo considerado coisa (*res*).

Entretanto, apesar dessa percepção acerca dos escravos, salienta Szaniawski (2005, p. 28) que alguns teóricos têm revisado o conceito de que os escravos não eram possuidores de personalidade na sociedade romana.

De acordo com Szaniawski (2005, p.28), há o entendimento por parte de alguns estudiosos de que a escravidão seria apenas uma redução da liberdade pessoal, e não uma negação da personalidade.

Haveria também, segundo o mencionado teórico, considerações no sentido de que os escravos, apesar da limitação na capacidade de direito, eram considerados sujeitos de direito, e não *res* nem objetos de direito, tendo em vista a produção de efeitos de seus atos no mundo jurídico. Ou seja, o escravo era responsável pelos atos que praticava.

Entretanto, alerta o referido autor, não devemos analisar a pessoa no direito romano tendo em mente nossa concepção atual, para a qual a personalidade seria adquirida por meio da lei, sendo assim a “aptidão do homem para exercer direitos e obrigações reconhecidos pela ordem jurídica” (SZANIAWSKI, 2005, p. 31).

Com efeito, para os romanos a personalidade não decorria da lei nem esta lhe servia de substrato, sendo que “pelo simples fato de nascer ser humano adquiria a personalidade” (SZANIAWSKI, 2005, p. 31).

Em face do acima exposto, conforme afirma Bianca da Silva Alves (2010, p. 58), pode-se dizer que na Antiguidade a individuação do ser humano também era determinada pelo caráter morfológico.

Outro aspecto a se destacar é o fato de que, para os antigos, “a concepção de personalidade encontrava-se intimamente vinculada com as funções e o desenvolvimento do que se entendia por espaço público (a cidade romana ou a *pólis* grega)” (MEIRELLES, 2000, p. 42).

No que se refere à tutela da personalidade humana na Idade Média, Szaniawski (2005) afirma que tal época foi importante na medida em que “lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa” (SZANIAWSKI, 2005, p. 35).

O conceito de pessoa para o medievo, pondera o supracitado doutrinador, teria sido influenciado pelas definições de Boécio, para o qual a pessoa deveria ser “reconhecida como indivíduo, como substância, por ser um ente que existe por si mesmo” (SZANIAWSKI, 2005, p.35).

São Tomás de Aquino, outra importante influência na Idade Média, por sua vez, considerava que a ideia de pessoa não se identificava com a ideia de indivíduo. A pessoa seria, dessa forma, uma substância individual dotada de certa dignidade, sendo a razão a dignidade suprema do ser humano. Assim, para São Tomás “pessoa é aquilo que é revestido de dignidade. O acréscimo do elemento dignidade à pessoa representa o acréscimo das obrigações da pessoa” (SZANIAWSKI, 2005, p. 36).

A Idade Média trouxe consigo, por meio do Cristianismo, os ideais de igualdade e dignidade humana. Contudo, isso não fez desaparecer as desigualdades sociais, haja vista que a igualdade perante Deus não implicava a igualdade perante os homens, conforme assevera Meirelles (2000, p. 42).

Ressalte-se ainda que, na era medieval, não se concebia ainda o corpo como coisa externa ao sujeito, sendo uma característica moderna a externalidade do corpo ao sujeito (GEDIEL, 2000, p. 29).

Meirelles (2010, p. 108-109) ainda nos lembra das correntes filosóficas oriundas da Revolução Francesa, quais sejam: o Jusnaturalismo e o Iluminismo, as quais trouxeram como grande contribuição para a doutrina do direito privado a ideia de se pensar em uma categorização da pessoa como sujeito de direito.

Tais correntes centravam a organização social em torno do sujeito. Sendo, dessa forma, o direito subjetivo inerente à natureza humana, “sua positivação passaria a permitir que o direito estatal positivado encontrasse a justificação e o limite ético necessários para legitimar-se” (MEIRELLES, 2010, p. 109).

O individualismo e o contratualismo, como bem nos ensina Gogliano (2000), resultantes das concepções jusnaturalista e iluminista, foram positivados em diplomas legais como o Código de Napoleão e o BGB. Naquela época, a pessoa humana era o centro do universo jurídico e o direito civil era “a garantia dos fins individuais relativos à família e aos bens” (GOGLIANO, 2000, p. 108).

Ainda sobre o Jusnaturalismo e o Iluminismo, é importante ressaltar que essas correntes influenciaram a codificação civil brasileira do início do século XX, a qual tomou o direito subjetivo como uma concessão do ordenamento jurídico.

Face ao exposto, conforme leciona Gediel (2000, p. 2-7), começa-se então a conceber o domínio do homem sobre sua própria vida e os membros de seu corpo, rompendo-se assim, gradativamente, com a ordem imposta pelo catolicismo. Ressalta-se que, apesar deste reconhecimento, o homem ainda não era visto como dissociado de seu corpo.

Prosseguindo com a análise histórica, Szaniawski (2005, p. 39) ainda destaca que foi apenas com a doutrina do direito natural, desenvolvida a partir dos séculos XVII e XVIII, que se concebeu a noção da tutela dos direitos individuais, a noção de dignidade da pessoa humana e a elaboração de uma doutrina do direito geral de personalidade, em meados do século XX.

Cumprido ressaltar que, somente no século XX, rompe-se definitivamente a unidade entre homem e corpo (GEDIEL, 2000, p.3). “A concepção do homem como ser absolutamente independente, separado de toda ordem divina e social, só se completou com o pensamento laico burguês moderno” (GEDIEL, 2000, p. 13).

Ademais, a proteção dos direitos de personalidade voltados à tutela corporal ganharam força na segunda metade do século XX (GEDIEL, 2000, p. 55).

Destaque-se ainda “que a proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, só encontra suas origens no liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra no final do século XVII.” (SZANIAWSKI, 2005, p. 39).

Vale salientar, conforme ensinamento de Jussara Meirelles (2010, p. 108), que a personalidade jurídica é uma construção do período clássico do Direito, sendo que, nessa época, adveio a relação entre personalidade e titularidade de direitos. Sob a ótica do liberalismo do século XIX, segundo a autora, é que se estabeleceu entendimento no sentido de considerar detentor de personalidade o indivíduo que reunisse atributos, elencados pela lei, para que se tornasse sujeito de direito “perfeito”.

Nessa época, de acordo com Szaniawski (2005, p.40), foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Destaque-se, ainda, que com a referida Declaração de 1789 foi concebida a existência de direitos subjetivos preexistentes ao Estado, sendo esses apenas reconhecidos pela ordem jurídica vigente (CUPIS, 1961, p. 19)

Com a ascensão da burguesia e o desenvolvimento do capitalismo, assevera Elimar Szaniawski (2005, p.41-42), houve também o surgimento do racionalismo jurídico, o qual passou a ser uma das bases do Estado.

O referido autor argumenta ainda que, a esse tempo, duas escolas de direito destacaram-se, alterando sobremaneira a forma de categorização do direito geral de personalidade e a maneira de tutelar a personalidade humana. Tais correntes combatiam os direitos gerais de personalidade firmados pelo Iluminismo e Liberalismo.

Segundo o teórico mencionado anteriormente, a Escola Histórica do Direito concebia a ideia de que a “proteção da pessoa humana seria, somente, decorrente de reflexos do direito objetivo [...]. Surgia, dessa maneira, a corrente de juristas que, peremptoriamente, negava a categoria de direito de personalidade e não reconhecia aos eventuais atributos, arrolados na lei, a natureza de direitos subjetivos” (SZANIAWSKI, 2005, p.42).

O positivismo jurídico, por seu turno, fazia distinção entre as categorias de juízo de fato e juízo de valor, e para esta corrente, segundo o referido autor, os

direitos de personalidade reconhecidos seriam aqueles diversos direitos derivados da pessoa humana, expressamente tipificados em lei.

Essas teorias contribuíram decisivamente, de acordo com Szaniawski (2005), para a divisão da tutela do homem e sua personalidade em direitos públicos de personalidade e direitos privados de personalidade.

Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas constituições dos diversos países como direitos fundamentais. [...]. Estes últimos eram considerados os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade do outro. (SZANIAWSKI, 2005, p. 43-44).

Contudo, segundo Godoy (2006), enquanto os direitos de personalidade públicos ganhavam cada vez mais destaque, os direitos de personalidade privados ainda não se encontravam suficientemente estruturados, a ponto de se atribuir proteção, no âmbito privado, aos atributos da pessoa (Bittar, 2001, *apud* Godoy, 2006, p. 7).

Faz-se imperioso ressaltar ainda que, com a positivação dos direitos, processo ocorrido com o advento das revoluções burguesas e com as Declarações Universais de Direitos, houve um “desaparecimento do valor essencial do homem para os juristas” (GEDIEL, 2000, p. 28). Dessa forma, alguns valores essenciais do Estado de Direito, como a dignidade da pessoa humana, foram sofrendo uma desvalorização (GEDIEL, 2000, p. 45).

Ou seja, conforme assevera Gediel (2000, p. 28), durante essa época (século XIX), ainda não se contemplava a ideia de atribuição de direitos ao sujeito em relação a aspectos corporais e imateriais a ele vinculados. Segundo o referido autor, tais aspectos não faziam parte dos interesses patrimoniais decorrentes das relações intersubjetivas. Ademais, a dissociação do homem e das partes de seu corpo só se tornou viável com as descobertas científicas.

Foi somente com o advento das duas grandes guerras mundiais e com as alterações sociais, segundo Godoy (2006), que o Estado passou a atuar de maneira mais efetiva na tutela das relações privadas.

As referidas guerras, além de trazerem consigo traumas e colocarem à mostra as mazelas humanas, também expuseram a insuficiência da tutela oferecida ao homem (GEDIEL, 2000, p. 45).

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador dos demais direitos, foi internacionalmente disseminado a partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹ e, isto posto, a proteção da personalidade humana foi inserida nos diplomas constitucionais, tanto para tutelar as relações dos particulares com o Estado quanto para defendê-la nas relações entre os particulares. A partir da Segunda Guerra Mundial, portanto, a intervenção estatal foi progressivamente ganhando espaço, com a conseqüente redução da autonomia da vontade, conforme diz Gogliano (2000, p. 108),

O sistema jurídico desenvolvido pelo Direito Civil clássico não mais respondia aos anseios sociais, nem às necessidades do homem. Esse fenômeno exclui o Direito Civil da tradicional posição de ponto nuclear do ordenamento jurídico dos povos, vindo a ocupar seu lugar a Constituição, que passou a ditar princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais [...] Desse modo, o Código Civil deverá ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais. (SZANIAWSKI, 2005, p. 56).

Ressalte-se que, conforme afirma Szaniawski (2005, p. 49), os direitos públicos da personalidade evoluíram especialmente devido ao fato da promulgação de diversas declarações e conferências internacionais, e também pelo motivo de que os constituintes foram estabelecendo a tutela da pessoa humana relacionando-a com os direitos fundamentais.

Através dessas Declarações, portanto, “passou a pessoa humana a ter reconhecimento e assegurados seus direitos fundamentais mediante a proteção de sua vida [...] garantidos nas Constituições e nas leis dos povos que referendariam e inseririam em suas legislações os mencionados direitos” (SZANIAWSKI, 2005, p.50).

Outro aspecto considerado por Szaniawski (2005, p.54) diz respeito à afirmação do direito à vida na última década do século XX, sendo que internacionalmente se buscou proteger tal direito em todas as suas dimensões.

Cumprido ressaltar ainda que, haja vista que após as grandes guerras mundiais a dignidade da pessoa humana ganhou status de princípio maior, o

⁹ A Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 dispõe que: “Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição; artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; artigo VI - Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

ordenamento jurídico pátrio buscou acompanhar a maior proteção despendida aos direitos da personalidade.

No Brasil, portanto, como leciona Norbim (2006, p. 34-39), a Constituição de 1988, chamada de “cidadã”, foi um marco na medida em que se consagraram inúmeros direitos e garantias fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

O direito brasileiro absorve plenamente estas lições, tendo em vista que os incisos II e III, do art. 1º da CF de 1988, expressamente consagram como fundamento da nação brasileira, o princípio matriz da dignidade da pessoa humana e da cidadania, que se apresentam como uma verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade humana, incluindo a Constituição, em seu §2º, do art. 5º, os direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. (SZANIAWSKI, 2005, p. 120).

Assim sendo, os princípios constitucionais, os quais trazem a pessoa como fundamento de existência do ordenamento jurídico, servem como base de apoio do direito geral de personalidade brasileiro, conforme nos ensina Szaniawski (2005, p. 121).

Com a constituição Federal a firmar-se sobre o valor da pessoa humana, constata-se o convencimento de que a personalidade não é mera subjetividade, e o ser humano não é mero sujeito cuja qualificação está vinculada apenas à sua possibilidade de operar a dinâmica dos mais diversificados efeitos jurídicos. A pessoa humana é, isto sim, valor, e o seu reconhecimento pela ordem jurídica importa no conseqüente reconhecimento dos direitos indefectivelmente legados ao ser humano. (SERRAVALLE, 1997, *apud* MEIRELLES, 2000, p. 176).

Desse modo, pode-se dizer que o conceito de personalidade está cada vez mais relacionado à dignidade, haja vista que o direito positivo, atualmente, deve ser aplicado sob a ótica da Magna Carta, segundo Godoy (2006).

Feita essa breve ambientação histórica, cultural e social acerca da natureza humana e da atribuição de personalidade jurídica aos indivíduos através dos tempos, passaremos a fazer uma reflexão sobre as alterações acerca da percepção do indivíduo com relação a si mesmo e sua humanidade, trazendo assim questionamentos que auxiliarão a tornar nossas indagações sobre o objeto do presente estudo mais abrangentes e complexas, a partir do momento em que grande parte das discussões acerca do embrião *in vitro* e sua personalidade adveio de novas realidades surgidas no mundo contemporâneo e atual em que vivemos.

Para isso, a pesquisa se fundamentará em teóricos como Eduardo de Oliveira Leite (1996); Adriana Espíndola Corrêa (2010); Heloísa Helena Barboza

(1993); Jussara Meirelles (2000 e 2010); José Antônio Peres Gediel (2000); entre outros, a fim de trazer um novo entendimento acerca do processo de “reificação”, “instrumentalização” do humano, acontecido a partir das inovações tecnológicas e científicas contemporâneas, as quais possibilitaram ao homem ter maior amplitude e domínio sobre técnicas do desenvolvimento humano, com o custo elevado de ser ele próprio utilizado como meio de obtenção de tais resultados.

2.1.3. Pessoa e sujeito na contemporaneidade

Eduardo de Oliveira Leite (1996, p. 121-123) assevera que, apesar de parecer ser um tema atual, a questão do início da vida sempre foi uma preocupação da humanidade. Contudo, tal questão se tornou cada vez mais latente, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que se criam novas técnicas reprodutivas artificiais, o embrião produzido por meio de tais técnicas se revela de uma forma totalmente nova e desconhecida para a sociedade.

Dessa forma, é ínsita a curiosidade humana quanto a tais avanços científicos, especialmente na área genética, tendo em vista que muitas dessas pesquisas auxiliam a desvendar o desenvolvimento e o futuro do homem. Contudo, há a dúvida, especialmente ética, no que concerne a tais métodos científicos, visto que muitas vezes esses entram em conflito com a questão do que é razoável e socialmente adequado na construção do humano (LEITE, 1996).

Ademais, conforme assevera o referido doutrinador, há ainda que se enfrentar a questão do destino dos embriões excedentários das técnicas reprodutivas artificiais, os quais não são implantados no útero (ou por já ter sido implantado o número limite de embriões no útero, ou por não se enquadrarem no projeto parental, entre outros casos).

Assim, em nenhuma fase do desenvolvimento humano, o embrião poderia ser tratado como coisa, tendo em vista que, desde a fecundação, estaríamos diante de um novo ser em formação, de uma nova vida, a qual deveria ser protegida (LEITE, 1996, p. 136).

Diante do exposto, não podemos olvidar que a ciência trouxe muitos avanços, sendo de extrema importância para o desenvolvimento humano. As

pesquisas científicas, especialmente no mundo globalizado e informatizado em que vivemos, cada vez mais ganham destaque e espaço na vida das pessoas.

A ciência, desta feita, desencadeou um processo que, ao que parece, está nos levando a uma nova humanidade. O homem manipula a vida e sua própria evolução, conforme assevera Barboza (1993).

Estaríamos vivendo, portanto, em uma “sociedade/cultura moderna recente, em que as fronteiras da vida experimental, bem como de suas estruturas de autoridade mais antigas, estão rapidamente sendo revogadas” (RABINOW, 1999, p. 161).

Entretanto, tal situação nem sempre é vista com bons olhos. Por consequência, inúmeras discussões vêm sendo travadas acerca dos rumos que estão sendo delineados para a espécie humana.

quanto maior se torna o poder de manipulação da vida humana, maior é a necessidade de se impor limites éticos, jurídicos e morais que garantam a proteção do indivíduo, da coletividade e do meio ambiente. [...] Para evitar uma possível e catastrófica destruição da espécie humana, é imprescindível que a racionalidade ética e jurídica caminhem lado a lado com o progresso científico e, especialmente, com o biotecnológico. (SCHEIDWEILER e ECHTERHOFF *in* MEIRELLES, 2010, p.45).

“A questão jurídica criada pelas técnicas de reprodução humana de há muito deixou de ser mera especulação teórica. A dignidade do ser humano, em sua etapa inicial de formação, o direito à vida, à liberdade, à privacidade, estão em jogo” (BARBOZA, 1993, p. 10).

Meirelles (2000, p. 30) pondera que estamos diante da “perda da noção de pessoa humana e do seu profundo significado axiológico”. Dessa maneira, aquilo que é natural, o homem é repellido, ganhando destaque o artificial, a coisa em si.

Ou seja, as pesquisas e os avanços científicos trouxeram consigo debates de ordem ética, sendo que, ao transformar de certo modo o corpo humano em instrumento de exploração, a ciência afetaria a integridade corporal do ser humano em detrimento de uma necessidade social (FERNANDES, 2005, p. 53).

A regulamentação jurídica da disposição e apropriação de material orgânico humano, com finalidade científica, não pode, repita-se, ser informada pela mesma ótica dos atos de disposição patrimonial privados. [...]. A utilização do corpo humano pela Ciência operou, sem dúvida, uma transformação no seu valor social, passando a ser considerado, também, fonte de material para a Medicina e para as ciências biomédicas, e, conseqüentemente, objeto da relação jurídica. (GEDIEL, 2000, p. 104).

Nessa esteira de pensamento, expõe Adriana Espíndola Côrrea (2010, p. 98-102) que os avanços cada vez mais rápidos da tecnologia, especialmente na área da genética e reprodução assistida, possibilitam que atualmente haja uma percepção diferente quanto às concepções de corpo e humano.

Para a referida autora, o corpo humano passou a ser compreendido sob a ótica da informação, sendo os seres humanos distinguidos dos demais seres apenas pela sua possibilidade de processar informações.

Ou seja, o ser humano é considerado como máquina processadora de informação, transformando-se em fonte de recurso para a tecnociência e o mercado, de acordo com Corrêa (2010).

a tecnociência está, de um lado, vinculada ao cientificismo moderno, ou seja, à crença na capacidade humana de, por meio da ciência, dominar e se apropriar da natureza; de outro lado, os seus resultados têm ocasionado o rompimento ou esfacelamento de dicotomias explicativas da modernidade, a saber: a distinção entre natural e artificial; entre humano e não-humano; entre pessoa e coisa, entre corpo e espírito. (CÔRREA, 2010, p. 104).

Em face do exposto, a supramencionada autora faz uma reflexão acerca da alteração dos referidos conceitos na modernidade. Se o corpo, para os códigos oitocentistas, era um bem absolutamente indisponível, coisa fora do comércio, na modernidade o que se verifica é a relativização desse dogma, tendo em vista que o corpo é peça fundamental para o avanço da ciência. Dessa forma, a disponibilidade do corpo estabelece uma estreita relação com a autonomia da vontade do sujeito.

Assim, “o corpo, que aparece como coisa (*res extra commercium*)¹⁰ no Direito do século XIX, transforma-se pela prática da ciência e das biotecnologias em um bem acessível para a extração de elementos para a pesquisa científica, com o artifício do consentimento”. (CÔRREA, 2010, p. 130).

Robson Luiz Santiago, na mesma toada, expõe que “ao mesmo tempo em que o desenvolvimento da biotecnologia sugere esperança para a cura de diversos males, também propicia a desvalorização do ser humano enquanto pessoa, retirando-lhe a dignidade” (SANTIAGO, *in* MEIRELLES, 2010, p. 165).

¹⁰ O embrião humano acaba sendo considerado “coisa fora do comércio de tráfico restrito” por alguns autores, tendo em vista, como exemplo, a existência de banco de embriões e até mesmo de doações de embriões que não são utilizados para o fim a que se destinam (a implantação no útero feminino), conforme assevera Meirelles (2000, p. 92).

No mesmo sentido, discorre Rita Espolador (2010, p. 59-60) trazendo a ideia de que estamos vivendo em um reinado do artifício, da máquina. O que se observa, portanto, é a abstração do ser humano, sendo considerado em seu papel de sujeito de direitos.

Assim, para Côrrea (2010, p.21-28), o corpo, a vida em si, foi sendo recriado pela ciência, sendo que o que temos na modernidade é um sujeito “virtual e digitalizado”.

Nesse sentido, segundo a referida autora, o princípio da dignidade veio fazer frente a esse processo de “coisificação” do humano, lembrando-nos de que precisamos respeitar nossa humanidade, nossa naturalidade. Há que se distinguir então pessoas de coisas, para que o ser humano não seja apenas compreendido como repositório de matéria-prima.

Cláudia Scheidweiller e Gisele Echterhoff (*in* MEIRELLES, 2010, p. 57), corroborando com a ideia trazida por Côrrea, asseveram que “o princípio da dignidade da pessoa humana impede a ‘coisificação’ do ser humano, a sua utilização como instrumento, como meio e não como fim de quaisquer atos ou pesquisas”.

Portanto, segundo Rabinow (1999), na modernidade encontramos uma “tensão entre o corpo enquanto mera coisa transportada por uma ciência e uma tecnologia triunfantes, e a sensação ainda vigente de que o corpo e suas partes continuam sendo mais que coisas” (RABINOW, 1999, p. 181).

Em face de tal contexto, haveríamos, portanto, de refletir acerca da transformação do corpo em mera mercadoria pela ciência, bem como sobre a possível afronta à dignidade da pessoa humana, conforme discorre Rabinow (1999, p. 177).

Pode-se observar, dessa forma, uma grande preocupação com a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre tendo em vista o atual contexto em que vivemos, no qual muitas vezes, conforme elucidado pelos doutrinadores acima referidos, as pessoas são vistas como instrumento para a obtenção de resultados em pesquisas científicas.

O debate acima exposto se torna relevante na medida em que, segundo nos informa Meirelles (2000, p. 22-30), os embriões excedentes das técnicas de inseminação artificial acabam, por vezes, tendo um destino totalmente diferente daquele originalmente traçado.

Em vez de se preservar o embrião com o fito de destiná-lo a futuras gestações, a criopreservação dos embriões em laboratório, por vezes, acaba permitindo que estes sejam utilizados como matéria-prima para pesquisas relativas à indústria cosmética, por exemplo.

Há, portanto, com o advento da engenharia genética, uma grande preocupação com os efeitos que tais alterações, antes inimagináveis, possam trazer. A clonagem, a alteração cromossômica, a proposta de se implantar embriões no útero de mulheres com morte cerebral, a possibilidade de se utilizar de embriões *in vitro* com o intuito de reserva de órgãos e tecido, entre outras técnicas científicas existentes, são exemplos concretos de que a ciência está alterando a percepção do ser humano com relação a si mesmo, muitas vezes lançando mão de subterfúgios que esbarram, especialmente, em questões éticas, tão fortemente postas em debate.

Face ao exposto, com o ressurgimento de valores éticos como a dignidade e autodeterminação humana, busca-se revigorar o valor da pessoa perante a sociedade, em uma visão personalista, e não mais egoística dos direitos de personalidade. Dessa forma, o ser humano é compreendido como parte de uma sociedade, sendo que nela influencia sobremaneira, num processo de solidariedade entre as pessoas, e não de forma isolada. (GEDIEL, 2000, p. 46-49).

Nessa perspectiva, conforme leciona o referido autor, a dignidade da pessoa humana deve servir de base aos direitos de personalidade, bem como aos direitos fundamentais, para que se possa alcançar uma tutela mais efetiva em relação ao sujeito de direito.

Sendo, pois, o corpo a sede do sujeito de direito, não se pode olvidar que alterações prejudiciais quanto às qualidades do sujeito atingem profundamente o próprio sujeito, refletindo também sobre a sociedade e a ordem jurídica (GEDIEL, 2000, p.85).

Há que se salientar tal questão, pois, apesar de vislumbrar a irrenunciabilidade voluntária do direito à vida e do esforço para que se valorize cada vez mais a vida humana, a contemporaneidade admite, de certo modo, uma relativização do valor essencial da vida. Ademais, constata-se, contemporaneamente, a admissão do direito à disposição corporal, resguardados certos critérios legais, levando-se em conta a autonomia relativa que o indivíduo assume face ao seu corpo (GEDIEL, 2000, p. 96-97).

Diante do exposto, há que se frisar que a tutela jurídica da pessoa, com todos os atributos intrínsecos de sua personalidade, merece cautela, pois, ao mesmo tempo em que se lança mão da autonomia e disposição corporal, pode-se estar patrimonializando, mercantilizando¹¹ o corpo humano, abrindo espaço para que esse seja compreendido apenas levando em conta aspectos patrimoniais (GEDIEL, 2000, p. 108).

Dessa forma, não se pode admitir que embriões sejam criados não levando em conta única e exclusivamente o intuito de implantá-lo em útero, sob pena de violar a integridade física e a dignidade humana (LEITE, 1996, p. 137).

Face ao exposto, faz-se extremamente relevante e perspicaz o pensamento trazido por Barboza (1993, p. 12), a qual assevera que, ao nos depararmos com tais questões, não devemos indagar até onde a ciência pode chegar, mas sim até onde o jurista tem de chegar para efetivamente alcançar uma proteção mais abrangente e eficaz aos seres humanos, tendo em vista a realidade relativamente nova que, em uma velocidade assustadora, altera toda a percepção do homem e de seu próprio corpo.

Após esse breve panorama sobre a personalidade jurídica e as alterações nas concepções de corpo e pessoa, especialmente no âmbito técnico-jurídico, passaremos a analisar quando se dá o início da tutela jurídica da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as principais e tradicionais teorias acerca do tema, bem com o entendimento disposto na legislação brasileira vigente.

2.2 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA

As discussões acerca da personalidade jurídica, além dos aspectos acima abordados, também colidem frontalmente com a questão do início da vida. Afinal,

¹¹ A Constituição Federal veda qualquer meio de comercialização de material orgânico, ao dispor em seu art. 199 que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º - 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” Admite-se, assim, que o ser humano tenha autonomia relativa sobre seu corpo, vendando-se qualquer contrapartida de ordem patrimonial, econômica (GEDIEL, 2000, p. 151).

para ser detentor de direitos e obrigações no âmbito jurídico, há requisitos a serem preenchidos (os quais serão vistos adiante), dentre eles o nascimento com vida.

Daí a relevância de se estabelecer um marco para a atribuição de personalidade ao ser humano, pois, somente após o integral preenchimento dos requisitos, a pessoa passa a ter seus direitos tutelados.

Face ao exposto, várias teorias surgiram buscando delimitar o momento em que se daria o início da vida para o direito. Há que se frisar, primeiramente, que o desenvolvimento humano, a vida em si, é um processo contínuo, sequenciado, como bem lembra Rita Espolador (2010, p. 14).

De acordo com a referida autora, é ainda importante se evidenciar que o conceito de indivíduo antecede ao de pessoa propriamente dito, sendo que

a ideia de individuação no mundo real baseia-se em dois pressupostos: a distinção e autonomia, que significam, respectivamente, ser destacado do todo, reconhecível, e manter organizada, em unidade a pluralidade de elementos que lhe compõe. A despeito do transcurso do tempo. Verifica-se que a compreensão da individualidade dos seres vivos é bastante complexa, pois advém de um processo de individuação. Há dificuldades na identificação do começo do ser vivo, gerado por reprodução sexuada, em razão da forma organicamente sequenciada da geração de vida. No que diz respeito à espécie humana, essa forma de reprodução, em que as etapas se sobrepõem e se concatenam, permite que alguns entendam que o embrião não passa ovo (*sic*). De toda forma, o ser humano possui uma singularidade muito antes do seu nascimento. (ESPOLADOR, 2010, p. 14).

Assim sendo, a individualização, conforme discorre Norbim (2006, p. 42), seria o momento que o ser concebido adquiriria carga genética própria e individual. O útero materno seria apenas um meio hábil para o desenvolvimento do novo ser.

Nesse sentido, Adriana Côrrea (2010, p. 44-46) afirma que o processo de individuação do ser vivo deve ser compreendido como um processo de modulação, permanente.

Feita essa breve reflexão, passaremos a analisar as teorias tradicionais acerca do início da vida. Inicialmente, não adentrando ainda no âmbito jurídico, convém discorrer acerca do entendimento trazido pela embriologia, para a qual a gênese da vida se daria com a fecundação, segundo Espolador (2010).

Assim sendo, “é a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozóides se encontram com os 23 do óvulo

da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida” (CHAVES *apud* ESPOLADOR, 2010, p. 15).

Destaca-se ainda que “biologicamente, a vida começa com a fecundação, embora a implantação ou nidação, momento em que se inicia a gravidez, é que garante a sobrevivência do conceito” (ESPOLADOR, 2010, p. 16).

Assim, biologicamente, seria “o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte” (AMARAL, 2008, p. 294).

É importante frisar que, no âmbito médico-científico, só haveria gravidez com a nidação do embrião no útero materno. Desse modo, o embrião *in vitro*, nessa concepção, ainda não seria ainda nascituro, mas somente organismo vivo, uma vida humana em potencial (FERNANDES, 2005, p. 108).

a vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, de o ovo implantar-se no útero. A nidação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas. (SANT'ANNA *apud* BARBOZA, 1993, p. 77).

Ressalte-se ainda que, por parte da embriologia, há distinção entre as fases do desenvolvimento humano, conforme afirma Espolador (2010, p.16). Existiria, dessa forma, um período pré-embrionário, compreendido entre as fases iniciais (fertilização até o final da terceira semana); uma fase embrionária, da quarta à oitava semana de gestação, na qual o embrião teria sua forma estabelecida; e o período fetal, que iria da nona semana até o nascimento, fase esta de crescimento e estruturação do novo ser.

Alguns segmentos científicos entendem que a passagem para a condição de pessoa, ou melhor, a vida só existe a partir do décimo quarto dia após a concepção, quando ocorre a individualização das células. Outra corrente considera que enquanto não for atingido o estágio de desenvolvimento de oito células não é lícito falar-se da existência de individualidade humana. Existe, ainda, um outro grupo que sustenta que a origem da vida apenas se daria depois da nidação, ou seja, a partir do implante do blastócito no útero materno, que ocorreria somente no sétimo dia após a concepção, a partir de então, o embrião passa a ser alimentado pela mãe e tem possibilidades de evoluir como um novo ser, Para este grupo, o embrião fecundado *in vitro* e criopreservado não tendo qualquer viabilidade de desenvolvimento, não é vida, logo não necessita ser protegido. (FERNANDES, 2005, p. 107).

Assim, o ser humano teria seu desenvolvimento gradativo, passando por diversas fases, sendo assim possível o uso de embriões em pesquisas, haja vista que, até certo estágio, esse é compreendido como um amontoado de células apenas. (FERNANDES, 2005, p. 107)

Dessa forma, segundo Leite (1996), não se vê a criança como uma extensão do embrião, não havendo qualquer identificação entre essas etapas do desenvolvimento humano. Por não conceber o embrião como uma pessoa, mas como um “projeto de pessoa”, não se vislumbram direitos do embrião.

Vale lembrar que, [...], o fato de afirmar a ausência de direitos do embrião não implica em desconhecê-los nenhuma dimensão ética. Ou seja, os desenvolvimentistas estão preocupados com os direitos da "criança a nascer". E se, efetivamente, esta criança deve nascer, esta corrente não aceita qualquer gesto ou ato, durante a gestação, que possa comprometer o futuro humano da criança que é, naturalmente, o termo da longa gestação. (LEITE, 1996, p. 127).

Entretanto, percebe-se que, conforme nos ensina o referido autor, ao salvaguardar o direito da “criança a nascer”, admite-se que sejam realizadas interferências médico-científicas com o intuito de assegurar a viabilidade da criança que está por nascer.

No âmbito filosófico, por sua vez, vários pensadores buscaram delimitar quando haveria a formação de um ser humano propriamente dito. Para Aristóteles, conforme nos elucidam Bianca da Silva Alves (2012, p. 58), a alma humana estaria intimamente relacionada com o advento de um novo ser. Embora reconhecesse que a fecundação era um marco importante, o referido filósofo considerava que um novo indivíduo somente surgiria a partir do quadragésimo dia, se do sexo masculino, ou a partir do vigésimo quarto dia, se do sexo feminino.

Kant, por sua vez, entendia a procriação como marco inicial do ser humano, segundo a referida autora. Assim sendo, este doutrinador considerava a pessoa em seu sentido moral, e não apenas no sentido psicológico. Norbim (2006, p. 57) discorre ainda que para Kant o ser humano possuía um fim, um valor em si mesmo, nunca sendo um meio.

Conforme lecionam Cláudia Scheidweiller e Gisele Echterhoff (*in* MEIRELLES, 2010, p. 53-54), é de grande relevância a visão Kantiana acerca da natureza da pessoa humana. Para o referido filósofo “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro,

sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Assim, para Kant, o homem tem valor absoluto, e, por esse motivo, possui dignidade, é pessoa.

Passaremos, a seguir, a uma análise das teorias jurídicas acerca do tema. Tal análise é de fundamental importância, tendo em vista que a definição do marco inicial para a proteção do ser humano pelo Direito serve de alicerce para a elucidação da tutela da personalidade assegurada aos embriões *in vitro*.

2.2.1. A teoria natalista

Essa corrente tem por base a ideia de que a personalidade humana é atributo da pessoa que nasce com vida. Remonta ao direito romano, conforme leciona Espolador (2010, p. 19), pois, à época, considerava-se o feto prolongamento da mãe que o abrigava em seu ventre.

Norbim (2006, p. 43-44) destaca que, para a referida teoria, não seria concedida personalidade ao nascituro, sendo apenas preservados, desde a concepção, os direitos que possivelmente terá, se vier a nascer com vida. Tais direitos são elencados taxativamente pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, seria o nascituro um mero expectador de direitos.

a personalidade, portanto, é subordinada à condição suspensiva ‘nascer com vida’. A aquisição de direitos surgidos desde a concepção subordina-se ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, de tal forma que se ocorrer, efetivamente dar-se-á a aquisição; de outra sorte, se houver aborto ou se natimorto for considerado o nascido, não haverá perda ou transmissão de direitos. (MEIRELLES, 2000, p.52).

Para o ordenamento brasileiro não haveria de se comprovar a viabilidade, mas apenas a separação da criança do ventre da mãe, independente do método adotado, desfazendo assim a “unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com vida orgânica própria” (ESPOLADOR, 2010, p. 20).

Assim, o embrião seria uma mera “coisa”, no sentido jurídico do termo, objeto de propriedade dos doadores do sêmen e do óvulo utilizados na fecundação. O embrião, sob este aspecto, se sujeitaria às regras do direito de propriedade de coisa móvel, podendo seus proprietários dispor dele,

conforme sua vontade, doando-o para a realização de experiências científicas ou, mesmo, autorizando sua destruição. (SZANIAWSKI, 2007, p.157).

Portanto, esta teoria, a qual seria adotada pela codificação civil vigente em nosso país, pela exegese literal do disposto na legislação, só seria atribuída personalidade àquela pessoa que comprovadamente nasceu com vida.

2.2.2. A teoria concepcionista

A teoria conceptista, por sua vez, considera como marco inicial da vida, bem como da personalidade, a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. Os direitos da personalidade, dessa forma, seriam já titularizados a partir da fecundação das células germinativas, pois, desde esse ponto do desenvolvimento humano, já haveria um novo ser. Dessa forma, apenas os direitos patrimoniais ficariam adstritos ao nascimento com vida, sendo que, em relação a tais direitos, o nascimento sem vida seria mera condição resolutiva, segundo Espolador (2010, p.21).

Portanto, a referida teoria considera que o embrião, desde a fecundação, mesmo que apenas ser humano em potencial, em desenvolvimento, já seria um ser distinto de seus genitores, com carga genética e identidade próprias, devendo-se assim preservar a sua dignidade (SZANIAWSKI, 2007, p 164).

Portanto, sendo o embrião portador de personalidade, sujeito de direitos, caracterizada está a necessidade de tutela dos direitos do “nascituro” desde a concepção, independentemente se já implantado no útero da mãe ou *in vitro* (FERNANDES, 2005, p. 107-108)

Ante o exposto, para a mencionada corrente, desde o primeiro instante da concepção, ou seja, desde a fecundação, o embrião já é um ser totalmente distinto e autônomo. Assim sendo, esse novo ser já seria pessoa desde a concepção (quer seja *in útero* ou *in vitro*), gozando assim de proteção jurídica, de tal forma que qualquer tipo de prática científica violaria a dignidade do embrião bem como os direitos fundamentais da pessoa humana (LEITE, 1996, p.124-125).

Meirelles (2000, p.52-53) faz uma distinção entre a doutrina da personalidade condicional, também chamada de concepcionista, e a doutrina verdadeiramente concepcionista.

Conforme nos ensina a referida autora, a primeira doutrina, introduzida por Bevilacqua em seu projeto para o Código Civil elaborado em 1899, concebia que a personalidade civil tinha início com a concepção, sob a condição resolutiva de nascer com vida. Já a segunda doutrina estabelece o mesmo marco para a atribuição da personalidade, contudo, desde a concepção, o nascituro é então considerado pessoa.

Feito esse breve panorama das teorias acerca do início da vida e da tutela jurídica, passaremos a nos atentar para o entendimento consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne ao Código Civil Brasileiro de 2002, com relação à atribuição de personalidade jurídica à pessoa natural. Autores como Orlando Gomes (2002), Elimar Szaniawski (2007), Gediel (2000), Francisco Amaral (2008), Fábio Ulhoa Coelho (2006), entre outros, fundamentarão essa discussão, a fim de contrapormos os entendimentos atuais sobre o tema.

2.3 TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, faz-se imperioso ressaltar que a ordem jurídica brasileira, especialmente no que se refere à legislação civil, ao refletir, muitas vezes, sobre aspectos positivistas, salienta direitos de natureza patrimonial, segundo registra Gediel (2000, p. 43).

Dispõe o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção*¹², *os direitos do nascituro*¹³”.

¹² O termo concepção utilizado pelo supramencionado artigo pode gerar variadas interpretações. Conforme nos ensina Ulhoa Coelho (2006, p.151), se entendido em um sentido literal, poderia significar tal termo a eficaz união dos gametas masculino e feminino, admitindo assim direitos aos embriões provenientes da fecundação *in vitro*. Entretanto, se interpretarmos o termo concepção como

Tal posicionamento teria sido influenciado, dessa forma, pelo pensamento europeu, o qual por sua vez filiou-se ao direito romano. Isso trouxe consigo a ideia de que o embrião é parte integrante de sua genitora, não tendo autonomia genético-biológica (SZANIAWSKI, 2007, p. 163).

É importante ainda salientar que a Carta Magna Brasileira, por sua vez, assegura o direito à vida¹⁴. Contudo, não define quando se teria o início da personalidade humana, conforme nos ensina Norbim (2006, p. 19).

A vida, portanto, para a esfera jurídica, estaria relacionada à designação do momento em que se tem início a personalidade jurídica, segundo Damiano Júnior (2010, p.36).

O nascimento com vida seria, desta feita, o marco inicial para a atribuição de personalidade civil, e a verificação deste nascimento se daria através da respiração¹⁵, conforme discorrem Francisco Amaral (2008, p.255) e Orlando Gomes (2002, p.144).

Para se possuir personalidade jurídica, assim sendo, há que se ter a entrada de ar atmosférico nos pulmões, mesmo que por um breve intervalo de tempo. Dessa forma, no direito brasileiro, como afirma Ulhoa Coelho (2006, p. 146), não há que se comprovar a viabilidade da vida extra-uterina, mas apenas que houve respiração.

A teoria natalista, ressalta Damiano Júnior (2010, p 39), a qual seria a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro, defende o início da personalidade quando há o nascimento com vida. A respiração seria fator essencial para se determinar que o ser existe enquanto pessoa.

Há ainda que se destacar que, conforme nos ensina Fábio Ulhoa Coelho (2006), “quando o direito atribui a determinado sujeito a qualidade de pessoa, ou seja, quando o personifica, concede-lhe uma autorização genérica para a prática dos atos e negócios jurídicos” (COELHO, 2006, p. 139).

a implantação em útero, e sendo esta considerada necessária no desenvolvimento humano, a referida implantação seria o fato jurídico que definiria a natureza jurídica do embrião *in vitro*.

¹³Simara Chinelato define nascituro como “pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz” (CHINELATO e ALMEIDA, 2000, *apud* NORBIM, 2006, p. 41-42). Ou seja, para ser nascituro teria que se ter a fixação no útero, a nidação.

¹⁴ A Constituição estabelece como direitos fundamentais aqueles elencados em seu art. 5º, o qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

¹⁵ O exame que constata que o feto nasceu com vida é denominado docimasia hidrostática de Galeno.

Elimar Szaniawski (2005, p. 63-65) faz algumas considerações acerca do direito civil clássico, o qual apresentaria o entendimento de que é assegurada certa proteção ao ser que está para nascer, ainda no ventre materno, baseando-se na dicção do artigo 4^a do Código Civil de 1916. O referido artigo, segundo o autor, não foi afastado pelo artigo 2^o do Código Civil alhures mencionado. Destarte, para esta corrente, a personalidade só seria considerada a partir do nascimento com vida.

A mera existência de um novo ser humano não seria condição bastante, sendo necessário o nascimento com vida (respiração). Este posicionamento tradicional não reconheceria a personalidade do embrião *in vitro* e do nascituro, sendo apenas assegurada proteção a este último, por ser um indivíduo em vias de nascer (SZANIAWSKI, 2007, p. 163).

Pontes de Miranda (1970, p. 162) afirma que o embrião, ainda no útero, não seria detentor de personalidade. Ou seja, a personalidade teria início com o nascimento com vida (quando o embrião se separa da mãe), sendo que se deve esperar tal confirmação para saber se algum direito lhe era cabível.

Assim, segundo Miranda (1970), não seria acertado reconhecer todos os efeitos de sua personalização desde a concepção. Incorreria em erro também reconhecer tais efeitos somente após o nascimento. Dessa forma, alguns direitos devem ser resguardados, em caso de nascer com vida, pois se trata de um ser já em formação.

Destaque-se ainda que, pela possibilidade de vir a se tornar sujeito de direitos, há corrente no sentido de considerar que o nascituro tem seus direitos protegidos, sobre um prisma eventual.

Ou seja, haveria uma mera expectativa de direitos, que seria concretizada com o nascimento com vida. Tal proteção não significaria, contudo, que o legislador estivesse considerando o nascituro como detentor de personalidade.

Nessa toada, ao julgar o Recurso Extraordinário 99.038/MG, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por intermédio de seus Excelentíssimos Ministros, asseverando que “EMENTA: nascituro. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo. [...] As hipóteses previstas no Código Civil, relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido”.

Nesse mesmo sentido, Ulhoa Coelho (2006, p. 140-145) considera que, no útero materno, não possui ainda o nascituro personalidade jurídica, somente a

adquirindo com o nascimento com vida, afirmada com a respiração. Seria, portanto, o nascituro já sujeito de direito na medida em que titulariza direitos postos a salvo pela lei, embora ainda não seja considerado pessoa.

Outro doutrinador que discorre sobre o tema é Orlando Gomes (2002, p. 143), que aponta como um exemplo de “personalidade fictícia” aquela atribuída ao nascituro. Seria ficta, pois, não coincide, nesse caso, a personalidade com a duração da vida humana.

Desse modo, o referido autor assevera que o nascituro não teria personalidade adquirida, mas, desde a concepção, é como se tivesse sendo-lhe reconhecida a aptidão para ter direitos. Com efeito, teria apenas assegurados seus direitos, se vier a nascer com vida. Posto isto, não se deveria considerar pessoa natural quem ainda não nasceu.

Por isso, quando o Código Civil brasileiro distingue as duas realidades, pessoa e personalidade, deixa bem claro e de maneira precisa, que a ‘personalidade civil’ do homem começa do nascimento com vida, mas que a lei “põe a salvo” (isto é, protege, atribui juridicidade) desde a concepção os direitos do nascituro. Se a lei atribui direitos ao nascituro ‘desde a concepção’ é porque aí visualizou ocorrência de pessoalidade. (LEITE, 1996, p. 135).

Entretanto, não é pacífica tal questão, tendo em vista autores que entendem que o nascituro não possui apenas expectativas de direito, mas que esse goza de todos os direitos “compatíveis com sua condição de pessoa por nascer [...] uma vez que o artigo 4º do Código Civil menciona genericamente direitos, não empregando palavras restritivas” (ALMEIDA, 1992, *apud* MEIRELLES, 2000, p.60).

Assim, nesse caso, haveria que se falar em direitos, e não mera em expectativa de direitos. O exercício de tais direitos é que se encontraria subordinado à condição suspensiva do nascimento com vida.

Na esteira desse raciocínio, Barboza (1993, p. 83) assevera que ao nascituro seria atribuída personalidade, desde a concepção, como atributo inerente à sua condição de ser humano. O que estaria condicionado ao nascimento com vida, seria, com efeito, sua capacidade jurídica.

Com relação ao tema, Amaral (2008, p. 256-258) e Meirelles (2000, p. 51) apontam um paradoxo em relação à atribuição da personalidade jurídica para o nascituro. Discorrem os referidos autores que, apesar da maioria dos doutrinadores defenderem a posição de que a codificação civil brasileira não atribui personalidade

antes do nascimento, o nascituro, desde a concepção, já é tratado como possível sujeito de relações jurídicas, tendo protegidos seus direitos, ainda que não dotado de personalidade.

Ora, se sujeito de relações jurídicas, sendo titular de direitos em formação, prossegue Amaral (2008, p. 257), o nascituro seria titular de direitos. E há que se ressaltar que tal titularidade pressuporia personalidade¹⁶. Assim, o nascimento seria apenas um instrumento de concretização, consolidação da personalidade, a qual já existiria formalmente para o nascituro.

Para Rita Espolador (2010), o ordenamento jurídico brasileiro haveria adotado a chamada teoria mista. Receberia este nome a referida teoria, pois, “a normatização brasileira assegura a personalidade somente após nascido com vida, porém sem abandonar a perspectiva de direitos em relação ao nascituro” (ESPOLADOR, 2010, p.24). Dessa forma, segundo a referida autora, o nascimento com vida é condição para adquirir personalidade, sendo que essa remonta à concepção.

Meirelles (2000), por sua vez, assevera que “a ordem jurídica estabelecida reconhece e protege os direitos das pessoas naturais (seres humanos nascidos), põe a salvo os interesses dos nascituros (seres humanos concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas, ao nascerem com vida) e, também, assegura vantagens à chamada prole eventual (seres humanos não concebidos)” (MEIRELLES, 2000, p. 54).

Por certo, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe acerca dos direitos do nascituro, estabelecendo seu direito à curatela (o art. 1.779 do Código Civil dispõe que “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida¹⁷ a mulher, e não tendo o poder familiar. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do

¹⁶ O referido autor utiliza-se do estabelecido no art. 6º, §2º da LICC para fundamentar seu pensamento. Tal artigo dispõe que “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

¹⁷ Dispõe o art. 877 do Código de Processo Civil que “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”.

Já o art. 878 do CPC estabelece que “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”

nascituro”); direito à doação (o art. 542 do Código Civil estabelece que “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Ou seja, o nascituro terá direito de receber bens por doação desde que esteja concebido no momento da liberalidade, conforme nos ensina Norbim (2006, p. 52)); direito à sucessão (o nascimento sem vida é uma condição resolutiva do direito à herança, pois, se não nascer com vida, é como se não tivesse existido), entre outros.

Ainda com relação a esse tema, Amaral (2008, p. 258) discorre que “a fixação do início da personalidade jurídica do nascituro é puramente de política legislativa, pois existem códigos que a reconhecem e outros que a negam”, sendo que o ordenamento pátrio reconheceria “o concebido como portador de interesses merecedores de tutela e em correspondência a tais interesses lhe atribui uma capacidade provisória que permanece definitiva se o concebido vem a nascer”.

Diante do exposto, podemos dizer que, em certa medida, o ordenamento jurídico brasileiro recepciona as preocupações éticas sobre o corpo, especialmente no tocante ao diploma constitucional. Entretanto, cumpre ressaltar que a proteção dada hoje à pessoa e seus atributos inatos não garante sobremaneira uma tutela integral do corpo humano, não impedindo dessa forma, como exemplo, a apropriação de dados genéticos, conforme assevera Gediel (2000, p. 7).

Ademais, a polêmica em torno da natureza jurídica do nascituro demonstraria que a dimensão biológica do homem é preterida pela codificação civil brasileira, haja vista que, apesar de biologicamente se conceber o nascituro como ser humano, reconhecendo-lhe a existência física, não lhe é atribuída pela lei a condição de sujeito de direito (não lhe é reconhecida a personalidade jurídica), sendo-lhe apenas assegurados alguns direitos. Além disso, parece também indicar a imprecisão dos dispositivos legais, no tocante ao conceito de pessoa e de personalidade jurídica (GEDIEL, 2000, p. 70-74).

Realizado breve apanhado a respeito das principais teorias acerca da atribuição de personalidade na ordem jurídica brasileira, podemos notar que a predominância é de pontos divergentes tanto na doutrina quanto no direito positivo. Afinal, dependendo da vertente adotada, a proteção do nascituro é concebida de formas opostas.

Para os teóricos que adotam uma visão positivista, em uma exegese literal da legislação civilista, o nascimento seria o termo inicial da personalidade jurídica.

Ressalte-se que, embora assegurada em sede constitucional, a Carta Magna nada menciona sobre o termo inicial da vida.

Desta feita, o nascituro apenas possuiria expectativas de direitos, conforme dispõe Elimar Szaniawski, Damião Júnior, Francisco Amaral, Ulhoa Coelho e Pontes de Miranda. Orlando Gomes vai um passo adiante e assevera que seria o ser concebido, mas ainda em ventre materno, detentor de personalidade fictícia, pois não coincidiria esta com a duração da vida humana.

No entanto, Meirelles, em posição oposta, assevera que ao nascituro seriam, de fato, atribuídos direitos e não meras expectativas de direito, direitos esses compatíveis com sua condição peculiar que ser que ainda estar por nascer.

Barboza, no entanto, vai um passo adiante ao sugerir que o nascituro possui personalidade, sendo que a sua capacidade é que se encontra condicionada ao nascimento com vida.

Amaral e Meirelles apontam ainda um paradoxo na visão positivista, pois, apesar de não ser atribuída personalidade ao nascituro em face dessa perspectiva, esse já seria tratado como possível sujeito de relações jurídicas, tendo seus interesses protegidos, sendo que tal titularidade pressuporia personalidade. Assim, segundo Amaral, observa-se que a atribuição de personalidade seria, com efeito, questão de política legislativa.

Há que se frisar que, no entanto, independentemente da teoria adotada, pacífico é o pensamento que o ser concebido, mas ainda *in útero*, merece proteção, pelo fato de se apresentar como uma vida em desenvolvimento, por nascer. A divergência apenas se dá na questão se seria detentor de direitos ou de mera expectativa de direitos.

Ou seja, ainda que se considere que o indivíduo em formação seja parte integrante de sua genitora, não há dificuldades em se conceber humanidade, vida humana no nascituro, sendo tal fato socialmente aceitável.

Após essas reflexões acerca do nascituro, prosseguiremos agora com a análise dos principais pensamentos acerca da atribuição de personalidade ao embrião *in vitro*, levando em conta a legislação pátria vigente, verificando assim se o que se observou até agora quanto ao nascituro também se aplica aos embriões congelados em laboratórios, frutos de processo de fecundação artificial *in vitro*.

3. A TUTELA DO EMBRIÃO *IN VITRO*¹⁸ NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Os debates sobre o biodireito e a utilização das células-tronco¹⁹ estão intimamente relacionados à definição acerca da tutela concernente ao embrião *in vitro*. Nessa esteira, alguns doutrinadores levantam algumas questões a serem discutidas, sendo que existem correntes diametralmente opostas no que se refere ao complexo tema.

A classificação do corpo humano e do próprio embrião *in vitro* como sujeito ou objeto gera grandes divergências, sendo que alguns doutrinadores têm se debruçado sobre o tema, dentre eles Fábio Ulhoa Coelho (2006), Jussara Maria Leal de Meirelles (2010).

Muitas das questões atinentes à proteção jurídica do embrião *in vitro*, como já citado, enfrentam a problemática da conceituação da natureza de tal embrião, sendo essa uma realidade nova e distanciada da estrutura normativa clássica vigente.

[...] será que poderemos comparar o embrião a um órgão do corpo humano e equipará-lo a um coração ou a um rim, o qual se pode transplantar, ceder, conservar ou experimentar? Poder-se-á qualificar o embrião como um órgão, logo, objecto de propriedade da mulher que o transporta ou, pelo contrário, uma substância de origem humana sujeito de direitos ou de proteção legal? Ou, corroborando a posição do Comitê de Ética francês, como uma potencial pessoa humana? (Silva, 1986, *apud* MEIRELLES, 2000, p. 34).

Conforme nos ensina Meirelles (2000 e 2010), a categorização abstrata oriunda do Direito Privado Clássico não se mostra suficiente, face às novas formas de vida obtidas através da concepção extrauterina, por intermédio da ciência.

¹⁸ Convém destacar que tais embriões são obtidos em laboratório, através de técnicas de reprodução assistida, que visam, principalmente, obter embriões saudáveis “artificialmente” para implantação no útero, a fim de auxiliar pessoas com alguma dificuldade de fertilidade. Há várias técnicas de fertilização, como a reprodução assistida e a fertilização *in vitro*. O aparecimento da fertilização *in vitro* data da década de setenta, tendo resultado no nascimento de Louise Joy Brown, em 05 de julho de 1978, na cidade de Oldham, na Inglaterra, sob a responsabilidade médica da equipe Edwards e Steptoe (Leite, 1995, p. 42, *in* Meirelles, 2000, p 17).

¹⁹ De acordo com o art. 3º, XI, Lei 11.105/2005, as células-tronco embrionárias são “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo”. São obtidas de embriões humanos produzidos *in vitro*, não utilizados para fins de procriação, ou inviáveis para tal fim (AMARAL, 2008, p. 299).

mostram-se os embriões concebidos em laboratório totalmente estranhos ao modelo clássico: não são pessoas naturais, pois inexistente o nascimento com vida; também não são pessoas a nascer (nascituros), mas nem por isso é possível classificá-los como prole eventual (a ser concebida), posto que concepção já houve. No entanto, considerados em si mesmos portadores de vida, afastada também resulta sua caracterização como bens suscetíveis de subordinação a interesses econômicos [...]. Logo, embora possam vir a se tornar nascituros, pessoas nascidas, enfim, possam vir a se adequar às categorias estabelecidas, ainda não estão perfeitamente adequados [...]. (MEIRELLES, 2010, p. 111-114).

Este descompasso do direito com as novas demandas sociais, segundo a mencionada autora, deve-se ao fato de que somente recebe tutela da ordem jurídica aquelas relações expressamente positivadas (MEIRELLES, 2000, p. 56).

Vale salientar que, haja vista o fato de que o Código Civil data do final século passado, os questionamentos ora defrontados não passavam de meras possibilidades, ficções (BARBOZA, 1993, p. 76).

Nota-se, assim, um descompasso entre a realidade das técnicas de reprodução humana assistidas e a categorização clássica do Direito Privado, até mesmo pelo fato de que aquela é muito posterior e extremamente atual. Desta feita “há que se relativizar as categorias impostas antes do seu surgimento e reconhecer-lhes a inadequação. Por outro lado, as descobertas científicas e suas consequências não podem ser meramente adequadas ao que foi estabelecido tradicionalmente, o que pode não ser desejável e positivo [...]” (MEIRELLES, 2010, p. 115).

Portanto, pode-se notar que todo o debate quanto à atribuição de personalidade jurídica ao embrião *in vitro* estaria relacionado com o reconhecimento deste como sujeito de direito, ainda que sob condição, conforme nos ensina Fernando Castro Garcia (*in* MEIRELLES 2000, p. 76-77), afastando assim sua identificação como bem ou coisa. Condição esta que poderia ser suspensiva, ou seja, a implantação no útero, bem como resolutiva, não implantação, nascimento sem vida.

Conforme já exposto anteriormente, há, diante dessa situação fática, uma preocupação constante com a referida categorização do embrião *in vitro*. Além da insuficiência do sistema jurídico em proteger o embrião humano obtido em laboratório e não utilizado para implantação no útero, há também o pensamento de que os grandes avanços tecnológicos podem acarretar, de certa maneira, uma “reificação” do humano, segundo Ana Paula Myszczyk (*in* MEIRELLES, 2010, p. 28).

Pondera-se, nesse sentido, que não se poderia aceitar que o ser humano seja rebaixado à condição de coisa, afrontando assim sua dignidade.

Diante de tal preocupação com a valorização do ser humano, há autores que defendem o valor pré-normativo do embrião *in vitro*, como é o caso de Meirelles (2000, p. 84-107). Ou seja, a noção de “pessoa” não estaria reduzida apenas a uma convenção social, arbitrária, ao indivíduo biologicamente caracterizado.

Assim, segundo a referida autora, com o intuito de defender o embrião e impedir sua “coisificação”, tendo em vista sua natureza humana, esse deveria ser protegido não pelo fato de possuir personalidade, mas pela mera proximidade com o ser humano já nascido.

Dessa forma, prossegue a autora, tal semelhança decorreria do fato de que todos os seres humanos nascidos, nas primeiras etapas de seu desenvolvimento, foram embriões. Em outras palavras, independentemente da fase do desenvolvimento, todos os seres humanos seriam merecedores de proteção jurídica pelo simples fato de sua existência, de seu valor intrínseco.

Tal entendimento é corroborado por Barboza (1993, p. 78), para a qual a vida seria um processo único, não sendo admissível que se assegurasse o direito à vida em apenas determinadas fases do desenvolvimento humano.

Não nos parece razoável considerar-se o embrião antes da transferência para o útero materno um nascituro. Porém, se negada a sua qualidade de pessoa, como deveremos qualificá-lo? Será coisa? Pode ser o embrião, não implantado, objeto de direito? Por todas as razões até aqui expostas, entendemos não ser possível outra resposta se não a negativa. O embrião, ainda que não transferido, é pessoa, e como tal, mesmo que ainda não investido da capacidade jurídica, não pode ser objeto de direito. Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua 'disponibilidade' a qualquer título. Repugna a ideia de serem utilizados em pesquisas, do aproveitamento de suas células e tecidos para transplantes, pior se especialmente 'cultivados' para tanto. Forçoso concluir-se não possam os que geraram o embrião 'autorizar' sua destruição ou seu emprego em pesquisa e experimentações. (BARBOZA, 1993, p. 83).

Ademais, Meirelles (2000, p. 91) ainda destaca que o embrião, desde a fecundação, possuiria autonomia²⁰ genético-biológica. Dessa forma, este novo ser já seria distinto de seus genitores, com código genético próprio, o qual conduzirá todo seu desenvolvimento.

²⁰ Tal autonomia é questionada, levando-se em conta que o embrião fecundado fora do útero depende da vontade de terceiros para que venha a ser implantado em ambiente adequado ao seu desenvolvimento (MEIRELLES, 2000, p. 105).

Assim, o útero da mãe seria apenas um fator extrínseco ao desenvolvimento do embrião, não sendo “a mãe que faz a criança, mas é a própria criança que se faz no ecossistema que é a mãe” (THÉVENOT, 1986, *apud* MEIRELLES, 2000, p. 100).

Meirelles (2000, p. 103-105) defende tal posicionamento asseverando que, desde a fecundação, o indivíduo pode ser identificado como ser humano único que é. Isso seria possível devido ao fato de que com a fusão dos gametas surgem, a partir do DNA, dados biológicos, sequências especificamente humanas, representando assim o embrião, mesmo que fora do útero, tudo o que o homem é.

Os direitos do embrião humano não dependem nem dos indivíduos, nem do Estado, eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa, em razão do ato criador de onde ela tira sua força. Se nós aceitássemos a ideia que um Estado pudesse dizer hoje que o embrião é um ser humano, sujeito de Direito, forçosamente teríamos que aceitar que outro Estado pudesse dizer amanhã, que não é mais um ser humano, e assim inversamente. E constitucionalmente, nada é menos evidente humanamente falando, nada é mais temerário, pois, à lógica das definições alternativas do embrião, se juntaria aquela das definições alternativas também do homem em estado vegetativo, do homem deficiente, daquele que se precisa e daquele do qual não mais se tem necessidade. (LEITE, 1996, p. 146).

No mesmo sentido, Amaral (2008, p. 297-299), defende quem, sendo o embrião o início do processo do desenvolvimento humano, é ser humano em potência, começo de uma vida, e não mero amontoado de células. Sendo, portanto, organismo humano, seria o embrião dotado de subjetividade jurídica, titular de alguns direitos.

Ocorre que, em uma visão positivista, formalista, a categorização do embrião como pessoa, como sujeito de direito, seria importante, tendo em vista que a ordem jurídica vigente estabelece parâmetros, prescindindo assim a proteção jurídica do preenchimento de tais requisitos.

Ao discorrerem sobre a natureza jurídica do embrião produzido *in vitro*, Ulhoa Coelho (2006, p. 148-150) aponta dois argumentos que permeiam tais debates.

Há argumentos favoráveis à utilização dos referidos embriões em pesquisa e tratamento terapêutico, na medida em que o embrião só seria considerado pessoa, um novo ser, de acordo com esta corrente, a partir do momento em que encontra ambiente adequado ao seu desenvolvimento.

Ou seja, haveria de se ter a implantação do embrião no útero, sob a condição do nascimento com vida, para se considerar a existência de um novo ser

humano, biologicamente independente, sendo assim considerado pessoa face ao ordenamento jurídico.

Diante do exposto, conclui Ulhoa Coelho (2006) que “enquanto não ocorre a condição necessária e suficiente ao processo de seu desenvolvimento como ser biologicamente independente, o embrião é coisa; depois, será pessoa” (COELHO, 2006, p. 150). Em outras palavras, a implantação ou não no útero é o fato jurídico delimitador da atribuição da natureza jurídica do embrião.

Já os argumentos que vão à contramão dessa vertente apontam no sentido de que o ser humano já estaria devidamente formado a partir da fecundação dos gametas masculino e feminino. Assim, o ser humano já existiria, já seria sujeito de direito, a partir da união do óvulo com o espermatozóide.

Pondera Szaniawski (2005), por sua vez, que atualmente grande parte da doutrina está considerando que não apenas o nascituro seria possuidor de personalidade, sendo, dessa forma, sujeito de direitos. Discorre o doutrinador:

[...] Parte considerável da doutrina brasileira considera o nascituro portador de personalidade e sujeito de direitos. E, não seria somente o nascituro, como expressamente diz o dispositivo, mas, também, o concepturo seria digno de proteção em todos os seus aspectos, sendo possuidor, desde o momento de sua concepção, de personalidade. (SZANIAWSKI, 2005, p. 64).

Desta feita, nosso ordenamento, segundo Elimar (2005), revelaria a filiação dos codificadores à teoria concepcionista, a qual “admite a existência de personalidade aos indivíduos humanos ainda não nascidos desde o momento de sua concepção” (SZANIAWSKI, 2005, p.67), considerando assim que “o concepturo, o embrião e o nascituro, são, desde a fecundação, um ser humano individualizado [...]” (SZANIAWSKI, 2005, p.66).

Pode-se então, a partir desse posicionamento, ponderar que a fecundação seria o “marco do início da vida”. Ademais, ao outorgar direitos aos nascituros, a codificação civil (em sua Parte Especial) teria incorporado a ideia de que o embrião humano seria portador de personalidade jurídica (SZANIAWSKI, 2007, p. 165).

Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p.57-59) pondera acerca da teoria conceptista, argumentando que, ainda que reconheça ao nascituro direitos tantos quantos forem compatíveis com sua condição de “pessoa por nascer”, a referida teoria ainda demonstra um descompasso com a realidade, sendo que não

consideraria o embrião *in vitro*, na medida em que seria necessária a implantação no útero para que este novo ser fosse considerado pessoa natural.

Da breve análise dos sobreditos doutrinadores, pode-se perceber que há fundamentos que apontam na direção de atribuir personalidade jurídica tanto ao ser humano nascido com vida quanto àquele que ainda se encontra em fase embrionária, ainda no útero materno, ou que esteja sendo concebido pela técnica da inseminação artificial, sendo um embrião *in vitro*.

Porém, como se observa do acima exposto, esta questão gera divergências no tocante ao conceito de personalidade aplicado, especialmente quanto aos embriões *in vitro*, não sendo de todo pacífica.

Pode-se dizer, contudo, conforme assevera Fernandes (2005, p. 104), que apesar das controvérsias acima apontadas, há certa tendência em se considerar o embrião uma pessoa em potencial, entretanto, este não seria detentor do “status” legal, não sendo assim considerado sujeito de direito.

Szaniawski (2005) e Diniz (2005) asseveram sobre divisão que alguns doutrinadores fazem quanto à personalidade humana. Maria Helena Diniz (2005) menciona a distinção entre personalidade jurídica formal e material. O feto, já no útero materno, ou mesmo *in vitro*, seria possuidor de personalidade formal, relativa apenas aos direitos da personalidade, adquirindo personalidade material apenas com o nascimento com vida. Para a supramencionada doutrinadora, portanto:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* [...], passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais [...] e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida”. (DINIZ, 2005, p. 192)

Szaniawski (2005, p.67-70 e 2007, p. 170), por sua vez, argumenta que tal divisão é equivocada, pois, o Código Civil Brasileiro atribuiria diversas categorias de direitos ao concepturo, incluindo-se direitos patrimoniais. Ademais, em uma decisão mais acertada, segundo o referido autor, há doutrinadores que fazem a distinção entre personalidade e capacidade, sendo que também a faz o Código Civil Brasileiro vigente. A respeito desse assunto, o doutrinador afirma:

O Código Civil de 2002, ao tratar no Capítulo I, do Título I, do Livro I, ‘da personalidade e da capacidade’, separa os dois conceitos, antes confusos

na legislação revogada, atribuindo personalidade a todo ser humano concebido sendo, portanto, o concepturo uma pessoa. A partir do nascimento da pessoa com vida, estabelece-se sua *capacidade de direito* (SZANIAWSKI, 2005, p. 70).

Norbim (2006), por sua vez, faz algumas ponderações acerca do tema, asseverando que a codificação infraconstitucional não poderia ter restringido a interpretação do artigo 2º do Código Civil²¹, tendo em vista que somente à Carta Magna caberia tal atribuição.

Levando-se em conta que a Constituição Federal não delimitou em seus dispositivos qual seria o marco inicial da vida, o referido teórico argumenta no sentido de que haveria, dessa maneira, a necessidade de se atribuir personalidade ao nascituro, em uma interpretação mais abrangente, coadunada com os preceitos constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Norbim (2006, p. 57-59) defende essa análise fundamentando, especialmente, que o direito à vida é um direito natural, sendo que os outros direitos a ele se submetem. Sendo o homem um fim, e não um meio, tendo valor em si mesmo, deve ser respeitada sua dignidade, desde sua concepção, sob pena de se estar desrespeitando direitos humanos intangíveis.

Afirma ainda o referido autor que o direito à vida deve ser pensando sob a ótica de dois elementos: “1 - o direito de permanecer vivo – que já pressupõe a existência do indivíduo. 2 – o direito de nascer vivo – que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior” (NORBIM, 2006, p. 59).

Em sentido contrário, Szaniawski (2007), ao analisar a situação do embrião excedente, profere entendimento de que o direito à vida e o direito de nascer podem, com efeito, ser limitados, sendo que ao legislador infraconstitucional não seria vedado impor limites aos referidos direitos dos embriões excedentários.

[...] a posição dominante na jurisprudência brasileira revela que a identidade entre homem e sujeito de direito é aparente. A existência puramente biológica do indivíduo não é suficiente para que ele seja acolhido como sujeito de direito, pois essa qualidade, que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, poderá sofrer modulações e limitações. (GEDIEL, 2000, p. 74).

²¹ O referido artigo foi objeto do Projeto de Lei nº. 6.960/2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiuza (PPB-PE). A referida proposta busca alterar tal dispositivo da codificação civil, com o intuito de atribuir ao embrião a qualidade de sujeito de direito. A nova redação proposta seria a seguinte: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”.

Ressaltem-se ainda os ensinamentos de Eduardo Leite (1996, p. 123). Primeiramente, para o referido autor, faz-se imperioso lembrarmos que o embrião *in vitro* pertence à espécie humana, inscrevendo-se, “quer em sua origem, quer no seu destino, no interior de uma história especificamente humana”, impondo-se assim a sua proteção.

Meirelles (2010, p. 112-116), indo além, alerta para o fato de que, em uma visão patrimonialista, se não for levada em conta a natureza humano desse novo indivíduo formado a partir de técnicas de reprodução humana medicamente assistida, sua finalidade passa a extrapolar seus próprios interesses. Ou seja, esse novo ser, que ainda nem foi implantado, passa a ser visto apenas como um instrumento de um projeto parental, sendo assim propriedade daqueles que doaram material biológico para a fertilização.

Dessa forma, prossegue a autora, o valor intrínseco do embrião é medido não pela sua humanidade, mas pela sua viabilidade em se enquadrar nos propósitos de terceiros. A preocupação é com a titularidade desse novo ser ainda por vir, sendo que apenas assim entra no mundo jurídico, fazendo parte de uma destinação que lhe foi dada anteriormente (projeto parental ou pesquisa científica).

Levando-se também em conta as divergências a respeito do embrião humano, a lei deve se posicionar, buscando dirimir os conflitos que daí surgem. Contudo, tal busca não é pacífica.

A análise das diversas posições a respeito do embrião humano nos conduz a um dilema sem solução: se o embrião não é uma pessoa, mesmo potencial, tudo é permitido e não há nenhuma necessidade da lei se referir ao seu estatuto, assim como redundaria ilógico proclamar que ele não é isto aquilo. Se, ao contrário, o embrião é uma pessoa, sujeito de direito, nada é possível, a lei mesmo sendo impotente para autorizar o comércio e a destruição do ser humano (LEITE, 1996, p. 133).

Diante do exposto, podemos observar que, embora existam várias interpretações acerca da proteção que deva receber o embrião *in vitro*, duas são as correntes de pensamento que se destacam quanto ao tema. Ou se concebe que o embrião seria sujeito de direitos merecedor de proteção jurídica (coincidindo assim a personalidade com a concepção), ou que apenas seria um objeto das relações jurídicas, admitindo-se assim ser passível de apropriação.

Os doutrinadores que não admitem a realização de pesquisas e terapias científicas o fazem sob a alegação de que há humanidade também no embrião *in*

vitro. Nesse sentido, é reconhecida a personalidade do embrião desde a fecundação, por ser esse um ser em potência, em desenvolvimento, e pela sua proximidade com o ser humano nascido com vida. Ou seja, o embrião apresentaria em si uma autoconstitutividade, e sua destruição comprometeria sua unidade.

Ademais, concebem que, mesmo não implantado em útero, o embrião seria uma pessoa, um ser autônomo, individualizado de seus genitores, possuindo código genético, uma individualidade genética que o diferencia de todos os demais de sua espécie, conforme assevera Szaniawski. O útero, nessa concepção, seria apenas um instrumento, um coadjuvante.

Meirelles (2000 e 2010) e Leite (1996) vão um passo adiante ao sugerir o valor pré-normativo do embrião. Nesse sentido, não seria de todo relevante o status legal que se atribui ao embrião criopreservado, devendo ter seus direitos fundamentais protegidos pela própria natureza humana que carrega, tendo em vista também que os referidos direitos emanariam dessa qualidade intrínseca do ser humano presente desde a concepção.

Já aqueles que defendem a “destruição” dos embriões *in vitro*, com o intuito de buscar novos avanços científicos, fundamentam tal posicionamento no fato de que esses não seriam pessoas, por não terem ainda nascido com vida, não se enquadrando sequer na categoria de nascituro e prole eventual. Ademais, não sealaria em pessoa ainda nesse momento, pois, como ainda não implantado em útero, ainda não teve início seu desenvolvimento. Ou seja, concebe-se que o útero seria fator essencial para a formação da individualidade do novo ser.

Há de se ressaltar ainda, como já mencionado, o debate acerca da limitação do direito à vida pelo legislador infraconstitucional. Norbim assevera que tal restrição não seria possível haja vista que o referido direito seria um direito natural, devendo ser analisado pela perspectiva constitucional. Por não ter a Constituição estabelecido um termo inicial ao termo “vida”, tal interpretação teria que se operar de maneira abrangente.

Szaniawski, por sua vez, argumenta que tal limitação seria admissível já que a personalidade seria uma qualidade atribuída pelo ordenamento jurídico e que a noção de homem não se confunde com a de sujeito de direitos.

Face ao exposto, não se cogitam pontos de convergência entre as teorias aqui analisadas. Nota-se também a dificuldade em se aproximar a noção de embrião *in vitro* da noção de nascituro. Não havendo um enquadramento adequado na

categorização proposta pelo direito clássico, não se vislumbra a adoção do mesmo tratamento dado aos nascituros.

Feita esta reflexão, passaremos agora a analisar as disposições legislativas acerca do embrião *in vitro*, buscando apontar os principais dispositivos pertinentes ao tema.

3.1. A LEI DE BIOSSEGURANÇA Nº 11.105/2005 E DEMAIS DISPOSIÇÕES ACERCA DOS EMBRIÕES *IN VITRO*

Tendo em vista as discussões acima apontadas, a utilização do embrião *in vitro* gerava dúvidas, principalmente de cunho ético. O direito, dessa forma, foi chamado a regular tal problemática, estabelecendo assim algumas previsões acerca dessa nova realidade fática.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a aceitação ou não de pesquisas científicas com embriões deve levar em consideração se tais procedimentos, com efeito, irão trazer algum benefício²²

A utilização de embriões para fins de pesquisa comporta uma dupla resposta: se se trata de pesquisa capaz de provocar progressos do diagnóstico ou da terapêutica, a negativa não pode se impor sob risco de negarmos a evolução da ciência médica; se, ao contrário, os embriões são provocados sem objetivo terapêutico, tal revelar-se-ia contrária à deontologia (LEITE, 1996, p. 137).

A Resolução CFM nº 1.358/1992 dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Regulamenta, dentre outras normas, 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 sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

²² Convém ressaltar que as pesquisas científicas devem se pautar pelo princípio da não maleficência, sendo que qualquer intromissão no corpo humano que lhe cause algum dano está proibida (GEDIEL, 2000, p. 159).

As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade

O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Ademais, foi promulgada a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, a qual dispõe acerca da realização de pesquisas em organismos geneticamente modificados, para proteção à vida e à saúde, com o fito de se buscar um maior compasso entre o direito e a realidade de uma sociedade contemporânea, buscando-se também objetivar um maior alcance de fundamentos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a saúde, conforme discorre Damião Júnior (2010, p. 104-105).

Em seu artigo 5º, a referida lei dispõe que

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.

Extraem-se, assim, do referido dispositivo legal, os requisitos para que se permitisse a realização de pesquisas e terapias científicas em embriões humanos. Dessa forma, os embriões excedentes das técnicas de fertilização *in vitro* somente poderiam ser utilizados com tal intuito se preenchessem os requisitos em epígrafe.

Teoricamente, busca-se, por meio de uma legislação e dispositivos específicos, alcançar o respeito à dignidade da pessoa humana, traçando-se assim princípios éticos, quais sejam: a não produção de embriões exclusivamente com o intuito de utilizá-los em pesquisas científicas; a não implantação no útero de embriões já utilizados em experiências; e o consentimento dos genitores para a realização de pesquisas com os embriões excedentários das técnicas de reprodução assistida (FERNANDES, 2005, p. 104).

Ressalte-se, entretanto, que a referida Lei não ficou incólume, recebendo severas críticas. Tramitou no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, buscando a declaração da inconstitucionalidade o artigo 5^a da Lei de Biossegurança.

Destarte, há divergências quanto à utilização das células-tronco. Para os que adotam a linha de pensamento de que essas seriam uma forma de vida, sendo também assim considerado o embrião *in vitro*, a utilização das células-tronco embrionárias e a conseqüente destruição de tais embriões passaria então a se mostrar como uma afronta ao direito à vida e à dignidade humana.

Convém ainda ressaltar que está também envolvida nesse debate a questão da potencialidade do embrião *in vitro*. A potencialidade estaria relacionada, portanto, à possibilidade de o embrião vir a originar vida humana.

Assim, em um status híbrido, o embrião humano se reveste de uma potencialidade de vida humana, não pelos fins a que se destina, mas pela viabilidade natural em que se apresenta. Neste sentido, natural que os embriões não susceptíveis de desenvolvimento intrauterino (seja pelas mais diversas razões médicas explicáveis) e que permaneçam conservados em laboratório (frisa-se, é categórico e inato os fins a que se destina) sejam disponibilizados para a atividade científica de extração das células-tronco nele contidas; Porque a viabilidade do mesmo, neste momento, não mais é a de gerar um ser humano, mas de promover a saúde das futuras e presentes gerações [...]. (GARCIA, *in* MEIRELLES, 2010, p. 87).

Ainda no tocante à potencialidade e individualidade, Ernst-Wolfgang afirma, conforme nos ensina Brauner e Thomasi, que o embrião humano já possui “nova e autônoma²³ essência de vida humana [...] e, portanto, a individualidade baseada na junção de determinados cromossomos já está fixada, constituindo sua destruição ofensa ao seu direito de vida” (*in* Meirelles, 2010, p, 152). Contudo, tal embrião não

²³ A autonomia para a biologia, por exemplo, estaria relacionada à capacidade de o ser levar uma “existência independente e própria” (Gogliano, 2000, p. 107).

apresenta poder de autonomia, não tendo a possibilidade de se autodeterminar, não podendo assim lhe ser atribuído status de pessoa humana.

Segundo Brauner e Thomasi (*in* MEIRELLES, 2010, p. 153), o ser humano é estruturado a partir de sua racionalidade. Dessa forma, segundo os referidos autores, o embrião seria uma “pessoa progressiva”, sendo que a dignidade humana seria determinada pelo desenvolvimento desse ser, que possui apenas uma “possibilidade necessária, mas não suficiente para se tornar pessoa”.

Ou seja, levando-se em conta tal reflexão, o embrião *in vitro* não seria pessoa, e, conseqüentemente, não seria titular de direitos subjetivos. Assim, os mencionados autores sustentam que não estaríamos em face de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, pois tal ofensa demanda a existência de pessoa humana. (BRAUNER e THOMASI, *in* MEIRELLES, 2010, p.156).

Além disso, de acordo com Brauner e Thomasi, as pesquisas e terapias celulares serviriam como meio para “concretizar a dignidade de pessoas reais, sujeitos concretos que aguardam uma chance para viver e, não apenas, a expectativa de direitos de ‘pessoas potenciais’ que talvez nunca venham a nascer” (BRAUNER e THOMASI, *in* MEIRELLES, 2010, p. 153).

Feita esta breve ambientação dos principais dispositivos legais pertinentes ao tema, passaremos a analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05, buscando destacar o entendimento dos Excelentíssimos Ministros quanto à atribuição de personalidade ao embrião *in vitro*.

O referido julgamento traz uma perspectiva de solução ao caso objeto de discussão; entretanto, resta saber se tal julgamento trouxe de fato medidas eficazes e conclusivas sobre a proteção que deve receber o embrião em estado de crioconservação.

4 ENTENDIMENTO TRAZIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 3.510

Como asseverado anteriormente, faz-se importante discorrer sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.510, finalizado pelo Supremo Tribunal Federal em 29.05.2008, o qual proporcionou reflexões importantes acerca da utilização dos embriões *in vitro* e de suas células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamentos terapêuticos.

Começamos a referida análise trazendo um breve panorama acerca do histórico julgamento supracitado. Primeiramente, há que se salientar que a ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, tendo como base a argumentação de que o artigo 5º da lei 11.105/05 ofenderia a “inviolabilidade do direito à vida”.

Como relata o Excelentíssimo Senhor Ministro Ayres Brito, o subscritor da petição inicial sustenta que “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação”, e que o zigoto é um “ser humano embrionário”. Além disso, o referido subscritor argumenta ainda que as pesquisas com células tronco adultas são mais promissoras do que as pesquisas realizadas com células-tronco embrionárias.

Requerida audiência pública, essa foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido ouvidos na oportunidade especialistas de diversas áreas do conhecimento. Entidades foram admitidas como *amici curiae*, dentre elas a Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos (CDH); Instituto de Bioética; Confederação dos Bispos do Brasil, entre outras.

Em sequência, o Presidente da República e a Advocacia Geral da União manifestaram-se pela constitucionalidade do texto impugnado. Por sua vez, o Ministério Público Federal, por meio de seu chefe à época, defendeu a inconstitucionalidade dos dispositivos legais analisados pela referida ação.

Antes de prosseguirmos, há também que se ressaltar que diferentes Ministros atentaram para o fato de que o mencionado julgamento não se tratava da delimitação do momento em que se dá início à vida individual, mas diria respeito, com efeito, ao momento em que o indivíduo passaria a ser titular, merecedor de proteção jurídica.

Feita essa breve contextualização, passaremos a analisar os votos dos Excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal, destacando especialmente suas reflexões e assertivas acerca da posição jurídica que o embrião *in vitro* deveria assumir no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS EMBRIÕES *IN VITRO* PARA PESQUISAS CIENTÍFICAS E TERAPIAS: ANÁLISE DOS VOTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

Manifestaram-se a favor da constitucionalidade dos dispositivos impugnados: Ministro Carlos Ayres Britto, Ministra Ellen Gracie, Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Marco Aurélio de Mello e Ministro Celso de Mello.

O relator da referida ação direta de inconstitucionalidade, Senhor Ministro Carlos Ayres Britto, discorre em seu relatório a respeito de duas nítidas correntes de opinião que se estabeleceram acerca do controvertido tema.

A primeira corrente, de acordo com Ayres Britto, contrária às pesquisas com células-tronco embrionárias, reconhece no embrião uma “auto-constitutividade”, sendo assim o útero apenas um coadjuvante na formação do embrião. Dessa forma, a retirada de células-tronco do embrião *in vitro* destruiria sua unidade.

Assim, conforme assevera o referido Ministro, os adeptos desse pensamento consideram que “a pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação [...]. Coincidindo, então, concepção e personalidade”. Há, portanto, “uma pessoa no seu estágio de embrião” (p.147-148), sendo merecedora de proteção e atenção jurídica.

A outra corrente, discorre Britto, a qual admitiria experimentos científicos com células-tronco embrionárias, reconheceria o embrião *in vitro* como uma realidade do mundo do ser, não igual, contudo, ao embrião que se desenvolve no útero materno. O útero, nessa concepção, exerceria um papel fundamental para formar a individualidade do ser que está sendo concebido.

Para exemplificar tais correntes, o Excelentíssimo Ministro traz explanações proferidas em audiência pública pela Dr^a. Mayana Zatz, professora de genética da

Universidade de São Paulo e pela Dr^a. Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Esta assevera que “a vida humana começa na fecundação. [...]. Tudo está ali na primeira célula”. Já para a Dr^a. Mayana, “no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana” (p.151).

Em seu voto, continua o Ministro Ayres Britto assentando sobre a possibilidade de serem realizadas pesquisas com células-tronco embrionárias. Diz que “pessoas físicas ou naturais”, conforme o Código Civil, são aquelas que nascem com vida, sendo contempladas com o atributo da “personalidade civil”. Assim sendo, o nosso ordenamento adota a teoria natalista, sendo necessária vida após o parto para se adquirir personalidade perante o Direito.

Para o Ministro, dessa forma, o Código Civil, ao colocar a salvo “desde a concepção, os direitos do nascituro”, estaria mencionando os direitos daqueles que se encontram “a caminho do nascimento”, e que, de acordo com o civilista Sílvio Rodrigues, já foram concebidos, mas que ainda se encontram no ventre materno.

Adotando uma análise do indivíduo em uma concepção biográfica, portanto, o Ministro argumenta que o “indivíduo-pessoa”, é aquele “sujeito que não precisa mais do que sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica” (p.162).

Assim sendo, o relator entende que a “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”(p.163). Contudo, a dificuldade residiria no fato de que a Magna Carta Brasileira não faz menção sobre quando se iniciaria a vida humana.

Segundo Britto, a Constituição, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, sobre os direitos da pessoa humana, sobre os direitos fundamentais, sempre está a falar de “direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. [...], sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatários dos direitos fundamentais” (p.164).

Em síntese, o Excelentíssimo Ministro conclui, desses primeiros argumentos, que “a Constituição Federal 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 nativa e , nessa condição, dotada de compostura física e mental” (p.165).

Lançando mão da argumentação apresentada por Débora Diniz, assevera Ayres Britto, desse modo, que o fenômeno da geração da vida humana é chamado

de reprodução justamente pelo fato de ser um “ciclo interminável”. Com isso, pode-se entender que o ordenamento jurídico não é impedido de proteger de modo diferenciado os estágios da biologia humana. Argumenta Débora que

considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria [...]. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma à gestação [...] Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida. (p. 166-167).

Ronald Dworkin, como afirma o Ministro Ayres Britto, constata que “o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano” (p.167). Ou seja, o ser humano faz “investimentos” pessoais e naturais em sua própria vida, e tais investimentos vão aumentando dependendo da etapa do desenvolvimento em que se encontra.

Pode-se dizer então, de acordo com o Ilustre Ministro, que a tutela jurídica seria proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal.

Ainda nessa toada, Ayres Britto reconhece que o início da vida humana se dá na fecundação. Contudo, “esse insubstituível início da vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural [...] porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro” (p.174). Destarte, há que se compreender que existem três realidades inconfundíveis:

o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É produto final dessa metamorfose. O sufixo grego ‘meta’ a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. [...] Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente para a entidade a que chamamos ‘feto’. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita [...] (p.172).

“À falta do hímus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética” (p.178), conforme dispõe o referido Ministro.

Pode-se inferir, portanto, da argumentação de Ayres Britto que, sem a implantação no útero materno, o embrião congelado não tem iniciado seu processo de desenvolvimento, pois “o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo” (p.190).

Entretanto, esse embrião conservaria ainda, por algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido. Isso, segundo o Ministro, decorre do fato de o embrião *in vitro*

se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero [...]. Na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da totipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento [...]. (p.180).

O Ministro Relator menciona ainda que “os embriões *in vitro* não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que só acontece com o zigoto convencional” (p.188).

Ayres Britto prossegue traçando um paralelo entre o início e o término da personalidade humana, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, sendo a morte encefálica o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural, diz o Ministro, poderia se entender então que

não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes) [...] vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral (p.198).

E, assim sendo, “se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada” (p.202).

Na mesma toada, a Ministra Ellen Gracie também se posicionou a favor da utilização das células-tronco embrionárias, em conformidade com o artigo 5º da Lei 11.105/2005.

Assevera a Senhora Ministra que as limitações impostas pelo citado artigo se mostram importantes, na medida em que restringem de maneira cautelosa tal utilização das células-tronco advindas de embriões *in vitro*.

Uma das relevantes restrições, segundo Ellen Gracie, é a definição de quais embriões seriam englobados pelo referido dispositivo. Desse modo, ficaria afastada a “possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem” (p. 218).

Invoca ainda a Excelentíssima Ministra o princípio utilitarista, argumentando que, na busca de um “resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível”, poderiam ser utilizadas as referidas células-tronco na medida em que “o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos” (p. 219).

Julgou também improcedente a referida ação, como acima citado, a Ministra Carmen Lúcia, a qual argumenta que a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias traria um destino mais adequado aos embriões *in vitro* que, não podendo ser implantados no útero de uma mulher, nas condições previstas na Lei de Biossegurança, estariam fadados a ser descartados como “lixo”.

Assim, tal possibilidade garantiria a tal embrião o aproveitamento para a dignidade da vida, pois estaria assim “dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida” (p. 367). Afirma ainda Cármen Lúcia que

o princípio da dignidade humana não se atém a quem seja ou não pessoa, mas o que é constitucionalmente garantido no sistema é o dever do Estado e da sociedade de criarem condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional acolhida no sistema vigente. (p. 363).

Afirma ainda a Ministra que se tais células-tronco advindas de embriões *in vitro* “não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar em vida, nem em direito que pudesse ser violado” (p. 343).

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa acentuou, por sua vez, o pensamento de que “a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases

do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados” (p. 462).

Para Barbosa, o Congresso Nacional, ponderando acerca do direito à vida, fez uma opção de proteger a vida em um sentido mais amplo e coletivo. Além disso, continua em sua argumentação asseverando que a Lei de Biossegurança é uma lei que preserva a autonomia privada dos genitores, concretizando também, por sua vez, a liberdade de expressão da atividade científica.

Quanto ao voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, no tocante aos embriões *in vitro*, reforça-se a reflexão, já trazida especialmente pelas Ministras Ellen Gracie e Carmen Lúcia, acerca da utilidade de tais embriões que não terão capacidade, viabilidade de se desenvolverem, de se transformarem em feto, de nascerem. Resta assim saber se a destruição dos embriões abrangidos pela Lei de Biossegurança traria ou não benefícios para a sociedade.

Marco Aurélio também assevera que a personalidade jurídica depende do nascimento com vida, e que a utilização dos embriões *in vitro* deveria ser repensada sob a perspectiva da solidariedade.

Destaca-se ainda, entre os Ministros que julgaram improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, o Ministro Celso de Mello. Esse, com efeito, assevera que a pessoa humana, independente do contexto histórico, apresenta-se sempre como o “núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais” (p. 557).

Para Celso de Mello, o conjunto de células abrangido pela Lei 11.105 não apresentaria qualquer atividade neural, cerebral, tendo como característica principal a possibilidade de, em condições adequadas, originar todos os diferentes tipos de tecidos que compõem o organismo adulto.

A potencialidade, portanto, “de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada irremediavelmente por uma condição ‘*sine qua non*’: a implantação ‘*in útero*’” (p. 567). Dessa forma, o embrião só poderia ser considerado um ser humano potencial se pudesse ser implantado em útero.

Ou seja, corroborando o pensamento já mencionado por outros Ministros, comenta novamente sobre a importância da intervenção humana para a formação e desenvolvimento do embrião.

Observa também Celso de Mello o fato de haver diversas perspectivas em torno do início da vida humana. Destaca as teses científicas sobre o tema, quais sejam: genética, embriológica, neurológica, ecológica e gradualista (p. 573-579).

De acordo com a visão genética, a vida humana teria início na fertilização (encontro de gametas feminino e masculino), sendo criado um novo indivíduo, com um código genético único. Já para a visão embriológica a vida começaria na terceira semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana.

Segunda a visão neurológica, a vida “começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa”, sendo que, na vigésima semana gestacional, há a completa formação do sistema nervoso central. Para a perspectiva ecológica, por sua vez, “a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina no início da vida”.

Outra tese, chamada de gradualista, supõe que o processo biológico é contínuo; não devendo, pois, ao desenvolvimento humano ser atribuído um marco inicial.

A ciência, conforme relata Celso de Mello, já apresentaria subsídios suficientes para se dizer que não há um momento único em que ocorreria a fecundação. Observa-se, então, que a “teoria da fecundação como início de vida sofre um abalo quando se leva em consideração que o embrião pode dar origem a dois ou mais embriões até 14 ou 15 dias após a fertilização” (p. 575).

Haveria também outras correntes científicas. Uma delas, afirma o Ministro, estabelece a gastrulação (“estágio que ocorre no início da terceira semana de gravidez, depois que o embrião, formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe”) como marco inicial da vida humana (p. 576).

Há outra corrente, entretanto, que defende que a “vida começaria, portanto, com o aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral” (p.576), levando em conta que a atividade cerebral seria, em nosso país, o marco também para se delimitar o término da vida.

Dentro dessa visão há também divergências, sendo que há hipótese apontando a 8ª semana de gravidez, e outra a 20ª semana como linha divisória para a formação do sistema nervoso do ser humano.

Além do ponto de vista científico, o Excelentíssimo Ministro ainda aponta as divergências de tal definição no âmbito filosófico e religioso. Cabe aqui mencionar alguns dos principais pontos acerca do início do desenvolvimento humano.

No que diz respeito à filosofia, Celso de Mello evidencia que o referido tema, além de controvertido, é causa de indagações desde tempos muitos antigos. Platão, tomado como exemplo, acreditava que apenas no nascimento é que a alma adentrava o corpo humano. Aristóteles, contudo, afirmava que havia vida no feto.

Celso de Mello menciona também a questão religiosa, destacando ser o catolicismo uma das únicas grandes religiões a afirmar que a vida começa no momento da fecundação.

Tendo em vista as divergências acima apontadas, o Ministro afirma que, “embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão” (p. 580).

Feitas tais ponderações, o Ministro conclui asseverando que não existe pessoa ou ser humano potencial antes da formação do sistema nervoso, e que o embrião só poderá ser considerado ser humano em potencial se puder ser implantado em útero.

4.2 OS VOTOS COM RESSALVAS

Por sua vez, cinco Ministros proferiram seus votos manifestando o entendimento que a Lei de Biossegurança, no que se refere ao seu artigo 5º, necessitaria de algumas modificações com o fito de viabilizar, de maneira mais adequada, as pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias.

O Excelentíssimo Ministro Menezes Direito inicia sua arguição realizando uma breve explanação acerca do processo de fertilização *in vitro*. Os embriões excedentes, segundo o Ministro, podem ser divididos em três grupos: os de boa qualidade, média qualidade e os embriões inviáveis. Enquanto que os embriões que se encaixam nas duas primeiras categorias são congelados para fins de reprodução, visando ao aproveitamento futuro, os inviáveis são descartados como lixo biológico.

Para tal categorização, explicita Menezes Direito, o critério mais frequentemente usado é o morfológico e “abrange o exame do aspecto do embrião nas fases de zigoto, de suas primeiras divisões e do blastocisto” (p. 241).

Contudo, com o avanço das tecnologias, comenta o Ministro, maior precisão se alcança na identificação da inviabilidade de tais embriões, e, conseqüentemente, maior o número dos embriões que acabarão por ter como destino o congelamento ou o lixo.

Jurgen Habermas, como relata Menezes Direito, exhibe a dicotomia acerca da valoração do embrião

Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um ‘amontoado de células’ e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais (p. 255-256).

Argui o douto Ministro, com efeito, que haveria que se distinguir o significado de potência e possibilidade²⁴, tendo em vista seu entendimento no sentido de considerar que “o embrião não é um objeto de transformação, mas sujeito de sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar”. Desta forma, o embrião seria o “próprio ser em potência” (p. 270), sendo que sua destruição seria, portanto, “impedimento externo, que corta o seu desenvolvimento, tira-lhe a vida. Ele deixa, por isso, de ter um vir a ser” (p. 275).

Outro argumento trazido pelo Ministro para defender a tese de que o congelamento não retira a vida do embrião seria o fato de haver registros de nascimentos advindos de embriões congelados há mais de três anos. Assim sendo, tendo em vista que o supracitado Ministro considera haver vida nos referidos embriões, estaria assim se destruindo o direito à vida no momento em que se permite a extração de suas células-tronco.

²⁴ Para proceder tal distinção, explicitando seu entendimento no que diz respeito à potência do embrião, Menezes Direito lança mão de trechos da obra Aristotélica. Para Aristóteles, “é necessário, contudo, distinguir quando uma coisa particular existe em potência, e quando não, uma vez que ela não existe a qualquer tempo e em todo tempo. [...]. E em todos os casos em que o princípio gerador está contido na própria coisa, uma coisa é em potência uma outra quando – se nada externo o impede – tornar-se por si mesma a outra. Por exemplo, o sêmen não é ainda em potência um ser humano pois necessita adicionalmente sofrer uma alteração em algum outro meio. Mas quando, devido ao seu próprio princípio gerador, chegou a reunir os atributos necessários, nesse estado é então um ser humano em potência, ao passo que no estado anterior necessitava de um outro princípio [...]” (p. 271)

Nesse aspecto, portanto, não admite Menezes de Direito a tese utilitarista. Pois, haveria de se “encontrar a saúde sem sacrificar a vida” (p. 287). Além disso, afirma, haveria outros métodos alternativos que não prejudicariam o embrião *in vitro*.

Argumenta ainda o Ministro que, no que se refere aos ditos inviáveis, não há, no momento, uma conceituação precisa e adequada do que seja tal inviabilidade. A inviabilidade deveria, desse modo, referir-se apenas àqueles embriões que perderam a capacidade de se dividir, não possuindo assim potência de atualização, sendo insubsistentes por si mesmos.

Há de se ter em mente, portanto, que o ser humano não se localizaria em um único momento, sendo fruto de um processo histórico. Ou seja, de acordo com o mencionado Ministro, desde a fecundação já deveria ser considerado indivíduo, pessoa, ser humano, pois, desde esse primeiro momento, já carregaria consigo toda a carga genética, que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto e do velho.

Dessa forma, discorre Menezes Direito, não há de se falar em dignidade da pessoa humana sem que essa esteja conectada, relacionada à vida humana. Vida humana, segundo o Excelentíssimo Ministro, que pode ser compreendida por duas perspectivas: “o direito de permanecer vivo” e “o direito à subsistência” (p. 282).

Aponta ainda o douto Ministro uma contradição nas teses que estabelecem “marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a fecundação. É que se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana” (p. 278).

Ricardo Lewandowski, por sua vez, assevera que o direito à vida deve ser compreendido não sob uma perspectiva meramente individual, mas sim como um direito comum a todos, bem coletivo.

A dignidade humana, prossegue Lewandowski em sua argumentação, também diria respeito à coletividade, na medida em que se apresentaria como “dever geral de respeito por parte de todos [...] os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso [...], até mesmo um dever das pessoas consigo mesmas” (p. 410), conforme assinala Ingo Wolfgang. Dignidade essa que conferiria significado aos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao direito à vida.

Para esse Excelentíssimo Ministro, há ainda que se refletir acerca do princípio da precaução no tocante à saúde pública, devendo-se agir com precaução e segurança quando determinada atividade científica apresentar riscos à saúde humana.

Em consonância com os votos proferidos pelos Ministros Menezes Direito e pelo Eros Grau, Lewandowski também faz um relato dos estudos que apontam ser possível a retirada das células-tronco do zigoto, sem que haja a necessidade de destruí-los. Afirma também entendimento no sentido de considerar “inviáveis” apenas os embriões que tiveram o desenvolvimento interrompido por falta de divisão no processo de clivagem, após decorrido prazo mínimo superior a 24 horas.

Pelos motivos explanados em seu voto, discorre o Ministro que “enquanto tiverem potencial de vida ou, por outra, enquanto for possível implantá-los no útero [...] a destruição de embriões congelados, ao meu sentir, afigura-se contrária aos valores fundantes da ordem constitucional [...]” (p. 439).

Destarte tecer considerações acerca da definição do termo “inviáveis” utilizado no artigo 5º da Lei de Biossegurança, O Ministro Eros Grau, em seu turno, refere-se também à contextualização dos embriões que seriam abrangidos pela Lei mencionada. Para o referido Ministro, portanto

no texto legal, embrião não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em útero. Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana (p. 455).

Assim, a vida humana, segundo Eros Grau, dar-se-ia dentro do útero, pois, “nos embriões (tomo o vocábulo em sentido corrente) sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é porque abrigado em um útero. [...] o útero é a morada da vida e que apenas no âmbito desta morada, [...], surge efetivamente a vida” (p. 455-456).

O excelentíssimo Ministro Cezar Peluso, por sua vez, admite que o estudo em embriões *in vitro*, por meio dos requisitos traçados pela Lei de Biossegurança, concorre para a promoção dos valores constitucionais, dentre eles o direito à vida.

O referido Ministro, ao discutir se a tutela constitucional do direito à vida se aplicaria integralmente aos embriões, assevera que a esses falta a presença de vida atual, embora lhes seja visível o predicado da humanidade. Para embasar tal

pensamento, Peluso cita Claus Roxin, para o qual o embrião é uma “forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido – ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe” (p.486-487), bem como Antônio Junqueira de Oliveira, para o qual

do embrião pré-implantatório [...] por não estar integrado no fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de ‘pessoa humana’. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente da vida em potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral [...] (p. 486)

O douto Ministro assevera ainda que há relativo consenso na ciência de que, para se aduzir o status moral de uma pessoa, é necessário que se vislumbre a presença de alguma estrutura neural.

Ademais, prossegue Peluso em seu voto argumentando que a vida é um processo contínuo e progressivo, que demandaria a ideia de movimento.

Assevera também que, enquanto zigoto, o ser é dotado de potência, sendo que essa deveria se entender em um sentido mais restrito. Dessa forma, a capacidade, ainda que virtual, que o embrião tem de se modificar e se desenvolver em um programa de ciclo vital, não é condição bastante para invocar analogia desse com o estatuto jurídico de pessoa.

Segundo o referido Ministro, o embrião congelado tem seu ciclo de desenvolvimento suspenso ou interrompido na concepção, antes de ser implantado, sendo que a tal implantação no útero seria condição necessária para que se desse início à vida. O útero, dessa forma, seria elemento intrinsecamente constitutivo de vida humana.

Com isso, conclui Peluso que não se cogita de direito à vida, nem expectativas de direito subjetivo de evoluir e nascer, com relação ao embrião crioconservado. Faz ressalvas, porém, votando no sentido de interpretação conforme a Constituição, para que se tenha um maior controle, pelo Estado, por meio de edições de leis específicas, das normas relativas aos embriões.

Por fim, Gilmar Mendes, presidindo a Suprema Corte Federal, votou no sentido de asseverar que, de tudo o que se houvera discutido, o que se podia inferir é que não existem respostas “moralmente corretas e universalmente aceitáveis” sobre o tema (p. 601).

Ademais, de acordo com o referido Ministro, não é necessário que se reconheça no embrião um sujeito de direitos para que esse seja protegido juridicamente. Mais eficaz seria conscientizar os seres humanos, buscando-se uma nova ética, com uma maior responsabilidade no agir humano.

Mendes ainda salienta a posição de guardião dos direitos fundamentais que deveria assumir o Estado, evitando-se assim agressões a esses direitos por terceiros.

Desta feita, argumenta que, face à insuficiência normativa, deveriam ser adotadas medidas protetivas, no sentido de buscar um maior controle com relação às atividades das clínicas de fertilização *in vitro*.

Face ao exposto, decidiu-se, “por maioria e nos termos do voto do relator”, pela improcedência da referida ação direta de inconstitucionalidade, “vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes”.

Assim, resta autorizada a pesquisa de células-tronco, nos termos do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois não se vislumbrou de inconstitucionalidade do referido dispositivo.

5 CONCLUSÃO E ANÁLISE FINAL

Após feitas essas reflexões acerca do embrião *in vitro*, podemos notar, em uma primeira análise, que se trata de um tema ainda pouco explorado na doutrina e no ordenamento jurídico, até mesmo pela sua grande complexidade, ainda que se perceba atualmente uma maior preocupação com a questão da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Haveria, dessa forma, certa negligência ou omissão, tanto por parte do legislador quanto da sociedade em geral, por envolver dilemas que nem sempre se quer enfrentar.

A reprodução e o desenvolvimento humano sempre foram alvos de grande curiosidade e fascínio das pessoas. A ciência buscou, desse modo, ter um domínio maior sobre o processo de reprodução humana, para alcançar soluções para os casos de infertilidade. Contudo, as técnicas utilizadas para a obtenção dos resultados nem sempre foram tão bem aceitas eticamente.

O grande número de embriões excedentários trouxe à tona inúmeros debates, mas, de certo modo, demonstrou também que, apesar de a ciência ter conseguido desvendar alguns mistérios acerca do processo de desenvolvimento humano, há ainda uma parte da sociedade que não vislumbra similitude desses com o nascituro, talvez até por ser essa uma realidade nova e que apenas há pouco tempo se tornou possível e próxima das pessoas.

Assim, muitas pessoas admitem o descarte de embriões pelas clínicas responsáveis pelo processo de fertilização, por não conceberem a existência de vida ainda no tubo de ensaio.

Se, com relação ao nascituro, por já estar no ventre materno, não há grandes dificuldades em admitir sua humanidade, com o embrião *in vitro*, portanto, a questão se torna mais intrincada.

Por certo, apesar dos avanços tecnológicos, a realidade criada em laboratório ainda é distante das pessoas, no sentido de que, em uma gravidez, o feto é perceptível a partir de determinada etapa do desenvolvimento, e a sociedade aceita sem maiores sobressaltos que ali está surgindo um novo ser da mesma espécie.

A genitora se alegra quando, por intermédio da ultrassonografia, vê o desenvolvimento de seu filho e escuta as batidas de seu pequeno coração, ou quando há algum sinal de movimento do bebê em seu ventre, e todos ao seu redor, ao colocarem a mão em sua barriga, também o sentem.

Contudo, quando se fala em um bebê criado em proveta, criopreservado, tal realidade se torna menos palpável e visível. Ou seja, o vínculo afetivo que se forma entre os genitores e o novo indivíduo é diverso em ambos os casos. Esse é apenas um pequeno exemplo da complexidade em se conceber ou não a natureza humana do embrião *in vitro*.

Desse modo, torna-se cada vez mais difícil também transportar tal realidade para o mundo do dever-ser, qualificando-a juridicamente. Pelo que se apresentou no decorrer dessa análise, observa-se a extrema dificuldade em enquadrar o embrião *in vitro* nas classificações propostas pelo direito clássico.

Assim, pelo que se infere da leitura dos doutrinadores aqui apresentados, espelhando-se em uma estrutura formal e positivista de categorização, as pessoas só seriam consideradas sujeitos de direito face ao ordenamento jurídico se estiverem preenchidos os requisitos impostos pela lei. Assim, apenas sujeitos de direitos, detentores de personalidade os nascidos com vida, em uma interpretação literal do disposto no Código Civil de 2002 em seu art. 2º.

Para que se vislumbre uma proteção mais eficaz ao embrião advindo de técnicas de reprodução humana medicamente assistida, há de se cogitar o valor intrínseco desse novo ser, como sugerido por Meirelles e Leite. Ou seja, haveria que se conceber que ali já existe uma identidade genética definida.

Assim, se este não está totalmente adequado às categorias previamente impostas, é necessário que se objetivem outros meios de regular seus interesses. Entretanto, para que isso ocorra, seria necessária uma mudança de pensamento na sociedade.

O processo de “reificação” e instrumentalização do humano não permite que tal pensamento tenha grande propagação. Afinal, o pensamento capitalista e patrimonialista da sociedade faz com que os indivíduos pensem de maneira mais utilitarista.

Ou seja, se os seres humanos já nascidos serão beneficiados pelas pesquisas em embriões, seria mais útil destruir um ser que ainda nem foi concebido objetivando um resultado que atingisse maior número de pessoa. Ou seja, o

sacrifício de uma vida por ser concebida não seria um preço alto a se pagar para se atingir a existência digna daqueles que já experimentaram o sopro da vida.

Assim, apenas se observam pontos divergentes entre as teorias aqui estudadas, distanciando-se assim os posicionamentos doutrinários sobre o tema. Esse panorama demonstra que se encontram longe de solução os questionamentos aqui apresentados.

Essa hipótese formulada se mostra ainda mais clara quando estudado o julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do dispositivo da Lei de Biossegurança.

Primeiramente, nota-se que grande parte dos Ministros, conforme indagado inicialmente, coadunam-se com a teoria natalista, apenas admitindo o início da personalidade a partir do nascimento com vida. O útero seria, nessa concepção, essencial para a formação do novo ser.

Fundamentam ainda os Ministros seus votos alegando que o embrião *in vitro* não vislumbra sequer um aparato neural. Ademais, a Carta Magna protegeria a vida humana concreta, não sendo vedado regular os diferentes estágios do desenvolvimento de maneira diversa.

Assim, não se cogita de atribuição de personalidade ao embrião, sendo votado pela maioria a possibilidade de se realizarem pesquisas e terapias, não perdendo de vista os requisitos dispostos na Lei de Biossegurança. Optou-se assim, pela maioria dos votos, por reconhecer que há, com efeito, vida no embrião *in vitro*, mas essa ainda não é tutelável pelo Estado, no sentido de que tais embriões não são concebidos como sujeitos de direitos em face da ordem jurídica vigente.

Entretanto, alguns Ministros trouxeram à tona em seus votos a necessidade de se regular de maneira mais clara e completa a questão dos embriões *in vitro*. Se esses não recebem proteção jurídica, haveria de se ter um aparato legislativo mais eficaz, objetivando uma maior fiscalização nos centros de reprodução humana assistida, para se coibir a criação de novos seres apenas com o intuito de se produzir material genético e biológico para fins científicos ou comerciais.

Os alarmantes números trazidos pela reportagem citada na introdução do presente trabalho não deixam dúvidas de que é necessária uma maior fiscalização. A notificação à Anvisa sobre os procedimentos de congelamento de embriões humanos só se tornou obrigatória em 2008, sendo que a referida fiscalização teve

apenas caráter educativo nos 2 primeiros anos. Hoje há sanções administrativas e pagamentos de multa.

Pelo crescimento vertiginoso das técnicas de reprodução assistida (estima-se, segundo a referida matéria, que no Paraná existiam 5.539 embriões congelados e 33 bancos de armazenamento de material biológico no ano de 2008; números que passaram para 8.058 e 31 bancos em 2009 e 21.254 embriões congelados e 72 bancos em 2010), percebe-se que muitos dos estabelecimentos responsáveis pelo armazenamento dos embriões e pelas técnicas de reprodução humana não estão recebendo a devida atenção, sugerindo assim que muitos descumprem as normas estabelecidas pelos órgãos de fiscalização.

Ainda não se tem, por exemplo, um maior controle sobre a eficiência dessas técnicas reprodutivas, ou seja, até a publicação da referida matéria, não se havia um maior mapeamento sobre o número de óvulos coletados e implantados, quantos desses haviam sido transferidos e quantos resultaram efetivamente em uma gravidez.

Com este estudo, nota-se então que ainda não se alcançou uma resposta fechada e ideal para a questão da tutela do embrião *in vitro*. Se já autorizada a utilização desse em pesquisas e terapias científicas, pela Corte Suprema, nos moldes do art. 5º da Lei 11.105/2005, não se alcançou no ordenamento ainda uma segurança jurídica suficiente no que diz respeito a sua comercialização e destinação apenas com intuito científico, necessitando assim de um melhor tratamento legislativo.

A ciência sempre buscará alcançar o inimaginável, muitas vezes utilizando-se de caminhos tortuosos. Não se pode olvidar que, ao dominar relativamente o processo do desenvolvimento humano, é importante questionarmos se o homem efetivamente deveria ter tal poder de alta monta em suas mãos, e se a ciência poderia influenciar de tal forma na própria humanidade do indivíduo, se tal processo não estaria transformando o homem em um mero objeto e instrumento científico.

Contudo, a ciência trouxe, por meio das inúmeras inovações, muitas conquistas para a humanidade. Muitas doenças, antes incuráveis, hoje são enfrentadas com relativa facilidade. Como exemplos, podemos citar a tuberculose e a hanseníase. Em tempos remotos, não se vislumbrava chance de sobrevivência para as pessoas acometidas com tais doenças. São variados os relatos que se encontram na Bíblia sobre os indivíduos que eram isolados por possuírem

hanseníase, e não menos importantes são os relatos de escritores do movimento literário denominado romantismo que tiveram sua arte influenciada e suas vidas ceifadas pelo acometimento da tuberculose.

Atualmente, essas e outras muitas doenças possuem tratamento adequado, sendo grandes as chances de cura e de uma vida com um mínimo de dignidade e conforto. Ou seja, não se pode esquecer de que a ciência apresenta um lado benéfico e relevante para a sociedade.

Assim, não se trata de estabelecer os limites aceitáveis que a ciência pode atingir, mas sim até onde o direito consegue acompanhar tais mudanças.

Novas situações surgirão, e o direito deverá estar pronto para lidar com suas consequências. Contudo, a regulação jurídica não é suficiente sem uma maior conscientização da sociedade. Talvez não se tenha obtido respostas satisfatórias, e, enquanto isso, embriões estão sendo utilizados em pesquisas científicas.

Independente da visão adotada, considerando-se o embrião *in vitro* sujeito de direitos ou uma vida humana apenas potencial, não dotada de personalidade, não se pode fechar os olhos para essa nova realidade. O intuito do presente trabalho, dessa forma, foi trazer à tona indagações sobre a própria natureza humana. Voltando-se as atenções para os embriões criopreservados, deve-se também olhar para os seres humanos nascidos, dotados de racionalidade e emoção.

Fica então a indagação se efetivamente está se preservando a natureza humana, se também não há violação da dignidade da pessoa humana por meio de outras atitudes comumente tomadas. Ao se questionar a dignidade humana do embrião *in vitro* e sua utilização pela ciência, deve-se lembrar também das pesquisas científicas em crianças e adultos, já nascidos. O que não se pode admitir é que o homem vire mero instrumento de sua própria busca pelo aperfeiçoamento.

Além disso, outro questionamento que não se pode esquecer é o que será feito dos embriões *in vitro* e das pesquisas científicas. Discutem-se no trabalho em comento as questões jurídicas relativas ao tema, mas não se pode perder de vista o rumo que tais debates tomarão e quais os impactos de tais pesquisas na sociedade.

Por fim, é importante também atentar para o fato de que o discurso jurídico não é autônomo. Ou seja, é influenciado pelo discurso religioso, pela ética/moral, pelos interesses científicos e econômicos, sofrendo também grande pressão social. Dessa forma, apesar de o presente trabalho objetivar uma análise técnico-jurídica,

pode-se perceber que o tema sofre, com efeito, influência de outros discursos, não se esgotando os diversos aspectos que possam vir a ser estudados.

Face ao exposto, o que pretendemos aqui não foi fornecer respostas prontas, mas sim abrir caminho para que essas indagações possam ser cada vez mais aprofundadas e relativizadas, não só nas obras aqui citadas, mas em outras obras e futuros estudos que também abordem o tema do embrião *in vitro*.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Bianca da Silva. **Células-Tronco embrionárias humanas**: utilização ilegal e direito penal. Curitiba: Juruá, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 251-311.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL, **ADI 3.510/ Ação Direta de Inconstitucionalidade** (Relator(a): Min. Ayres Britto). Julgamento: 29/05/2008. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – vol. 1**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 137-159.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade** - Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes Editora, 1961, p. 13-44.

DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material genético humano**: aspectos sobre a sua disponibilização. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 1º vol. Teoria Geral do Direito Civil. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.117-220.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GODOY, Kêmella Gnocchi. **A evolução histórica do direito da personalidade e seu atual aspecto constitucional**. ETIC - Encontro de iniciação científica - ISSN 21-76-8498, v. 2, n. 2, 2006.

GOGLIANO, Daisy. **Autonomia, Bioética e direitos da personalidade**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 107-127, nov. 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.141-176.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O Direito do Embrião Humano: Mito ou realidade?** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 29, p. 121-146, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Tomo I** – Introdução, pessoas físicas e jurídicas. 3 ed. Rio de Janeiro: editor Borsoi, 1970, 153-236.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____(Coord.). **Terapia celular humana: limites e possibilidades de ordem ética e jurídica**. Curitiba: Juruá, 2010.

MORAIS, Andréa. **Que futuro dar a embriões congelados?** Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 10 de abril de 2012. Caderno Vida e Cidadania, p. 4.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do Nascituro à Personalidade Civil**: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

RABINOW, Paul. **Antropologia da Razão**: ensaios de Paul Rabinow/ org. e tradução, João Guilherme Biehl. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 159-184.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 46, p. 151-179, 2007.