

ANO II – N.º 03

JUS SCRIPTUM

Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



ABRIL | MAIO | JUNHO

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 2 • Volume 2 • Número 3
Abr-Jun 2006 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2005/06

Isabela Pessanha Chagas, Presidente
Wilson Furtado, Vice-Presidente
Daniela Bandeira de Freitas, Secretária-Geral
Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Diretora Científica
Fabiano Machado, Diretor Social
Helena Maria Vilanova Pacheco, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



O ESTATUTO JURÍDICO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

Adriano Marteleto Godinho¹

EMENTA: 1 – Considerações preliminares. 2 – Nascituro, embrião e feto: definição de termos. 3 – As teorias sobre o início da personalidade jurídica. 4 – Considerações acerca da personalidade jurídica do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. 5 – Efeitos da consideração da personalidade do nascituro. 6 – Os embriões extra-uterinos. 7 - Conclusão.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o desenvolvimento da medicina e da biotecnologia, a abordagem das questões de natureza ética e jurídica acerca do nascituro ganhou novos contornos. A consideração da posição jurídica do nascituro passou a ter maior relevância sobretudo com o surgimento de novas técnicas reprodutivas, em especial, a fertilização *in vitro*, através da qual é possível congelar embriões extra-uterinos.

Nesse contexto, emergem de imediato algumas indagações: desde que reconhecidos, quais seriam os direitos do nascituro? Podemos considerá-lo como uma pessoa humana, ou seria o nascituro mera “pessoa potencial”? Aos embriões extra-uterinos é concedida tutela idêntica àquela deferida aos seres em formação no ventre materno?

Somadas as questões propostas, o que se pretende, como bem sugere o título conferido a estas notas, é identificar qual o estatuto jurídico do nascituro. O que procuramos é, essencialmente, identificar a posição ocupada pelo nascituro diante do ordenamento brasileiro, notadamente no que respeita ao reconhecimento da sua personalidade jurídica.

Posta a questão nesses termos, passemos à delimitação do problema, em busca de parâmetros e soluções que se amoldem não somente aos princípios e normas presentes no ordenamento brasileiro, mas também às questões de ordem ética e moral especialmente abarcadas pelo tema.

2 - NASCITURO, EMBRIÃO E FETO: DEFINIÇÃO DE TERMOS

No decorrer destas linhas, as expressões *nascituro*, *embrião* e *feto* serão utilizadas com notável frequência. A lei brasileira não define o exato alcance desses termos, que servem para designar genericamente o ser que ainda está por nascer.

¹ Advogado, Professor Universitário, Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O *embrião* representa o produto da concepção durante as oito primeiras semanas. Assim, ocorrida a fecundação, o ovo se fixa no útero, e pelas próximas oito semanas de gestação recebe a denominação de embrião, sendo inteiramente dependente da mãe².

O termo *pré-embrião*, que passou também a ser utilizado no meio científico, designa o ovo fecundado durante as duas primeiras semanas, isto é, antes de sua implantação no útero. A expressão merece críticas, pois além de carecer de qualquer fundamento científico, contribui para a “coisificação” do ser humano, já que o que se pretende é possibilitar a utilização do ser nesta fase da gestação para pesquisas e até mesmo para a clonagem³.

Considera-se *feto* o produto da concepção a partir da nona semana de gestação, isto é, a seguir ao término do período embrionário. O feto caracteriza-se por apresentar uma morfologia reconhecível e órgãos já formados⁴, embora haja certa dificuldade na identificação precisa desses estágios, razão pela qual, não raras vezes, as expressões *embrião* e *feto* são indistintamente empregadas.

O termo *nascituro*, por fim, será doravante referido para designar o ente ainda não nascido, mas já concebido, afastando-se a utilização da expressão em seu sentido amplo, abrangendo o ser ainda a nascer, concebido ou não. Destarte, ao tratarmos do nascituro, não estaremos aludindo à prole eventual, terminologia que abrange os seres que poderão vir a ser concebidos, freqüentemente designados *concepturos*.

3 – AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para que se possa partir de premissas válidas para a análise da questão, faz-se necessária a identificação do momento a partir do qual se considera a personalidade jurídica dos seres humanos. Quanto a esse aspecto, podemos identificar no Brasil a existência de três vertentes primordiais, que correspondem às teorias natalista, da personalidade condicional e concepcionista.

Segundo a teoria natalista, a personalidade jurídica da pessoa natural começa do nascimento com vida. A teoria é justificada com base na literalidade da primeira parte do art. 2º do novo Código Civil brasileiro, que estabelece que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Entretanto, a tese é insuficiente para explicar o aparente conflito presente nesse mesmo dispositivo legal: se o nascituro somente adquire personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, seria ilógico que a ele fossem desde logo deferidos direitos, e não a mera expectativa de direitos⁵.

Os adeptos da teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhecem a personalidade desde a concepção, embora a condicionem ao nascimento com vida. O

² BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. 2001, (inédito), p. 6. Também sobre a gênese da pessoa, vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 257/258.

³ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade...*, cit., pp. 46/47.

⁴ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade...*, cit., p. 43.

⁵ Não serve a justificativa de que os direitos atribuídos ao nascituro são direitos sem sujeito, o que configura uma contradição nos próprios termos e uma solução artificial (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75).

nascituro seria considerado um ser humano “potencial”; a sua autonomia, por isso, não seria humana, mas embrionária⁶. A teoria peca por desconsiderar que os direitos da personalidade, caracterizados por serem absolutos e incondicionais, não dependem da observância de qualquer evento futuro e incerto, sendo deferidos aos nascituros a partir do momento em que são concebidos.

Por fim, os partidários da teoria concepcionista reconhecem a personalidade a partir do momento em que se dá a concepção. Assim, o nascituro é considerado um ser humano desde o momento em que é concebido, sendo uma nova e autêntica pessoa, dotada dos direitos inerentes à sua condição humana. Com isso, a sua personalidade não seria condicionada a qualquer evento; apenas os efeitos de alguns direitos – os de ordem patrimonial – ficam vinculados à ocorrência do nascimento com vida⁷.

A teoria concepcionista é aquela que traduz a mais coerente solução. Apesar da redação aparentemente contraditória do art. 2º do Código Civil brasileiro, que estabelece o início da personalidade civil a partir do nascimento com vida, concedendo embora direitos (e não expectativa de direitos) ao nascituro, pode-se inferir que aquele dispositivo considera a personalidade do ser ainda a nascer.

E não poderia ser de outra forma, uma vez que não há como desconsiderar que o nascituro possui vida própria, fazendo jus, *ipso facto*, a uma tutela legal compatível com a sua condição de pessoa. Afinal, os nascituros são seres humanos – e não simples coisas ou vísceras da mãe – que se encontram numa fase particular da sua vida; o nascimento, sob esse prisma, nada mais é que um fato relevante na vida da pessoa, significando o seu ingresso na *polis*⁸, e não o momento em que há a aquisição de personalidade jurídica.

Ademais, a atribuição ao legislador da prerrogativa de determinar quais seres humanos são dotados de personalidade, retirando do nascituro essa qualidade, configuraria perigosa insegurança e manifesta arbitrariedade. Afinal, levando-se a idéia às últimas conseqüências, estar-se-ia a admitir que, se cabe à lei definir quem é pessoa, poderia também a lei extrair essa condição de alguns indivíduos. Com isso, algumas das práticas mais aberrantes que a história cuida de narrar – os massacres de seres humanos supostamente “inferiores” sequer precisam ser aqui repisados – encontrariam amparo no ordenamento jurídico brasileiro, que se tornaria um meio de legitimação de atos discriminatórios e de condutas que o Direito, com toda a veemência, deve censurar e punir. A vida humana, e o ser humano, não são e nem podem ser construções

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, julho de 1997, p. 268.

⁷ A propósito, contrariando a tendência doutrinária de se considerar o nascimento com vida como condição *suspensiva* do exercício de direitos por parte do nascituro, o que realmente não se justifica, Silmara Chinelato considera que a plenitude da eficácia desses direitos fica *resolutivamente condicionada* ao nascimento sem vida, estabelecendo uma inversão da perspectiva corriqueiramente empregada pela doutrina, eis que o art. 2º do Código Civil atualmente em vigor no Brasil reconhece direitos ao nascituro desde a concepção (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 13, 2. sem. 1992, p. 110).

⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral...*, cit., pp. 71/72.

lingüísticas ou sociais, mas verdades⁹ sobre as quais se assenta toda a construção jurídica.

4 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o intuito de ratificar as conclusões até aqui erigidas, é interessante direcionar a análise do tema levando-se em consideração o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Essa lei, consoante determina o seu art. 1º, tem por objeto “a proteção integral da criança e do adolescente”, considerando-se criança, para tal fim, a pessoa até doze anos de idade incompletos, critério estabelecido no próprio texto do Estatuto (art. 2º, cujo parágrafo único prevê que excepcionalmente se aplicam os dispositivos dessa lei às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade).

Uma análise mais detida sobre os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente nos permite compreender o significado da proteção integral à criança, a quem são atribuídos vários direitos, entre os quais se incluem os referentes à vida, à saúde, à alimentação, ao respeito, à dignidade e à convivência familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar da proteção à criança, também incluiu os nascituros no rol dos destinatários das suas normas. Confirma-se essa assertiva a partir da análise de alguns dispositivos específicos dessa lei, em especial o *caput* dos arts. 7º e 8º, cuja redação, respectivamente, é a seguinte:

“A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”

Evidentemente, se o objetivo da lei é garantir o nascimento sadio da criança, tem-se por óbvio que se deve proporcionar condições adequadas a essa finalidade, que sejam anteriores ao nascimento. Da mesma forma, ao deferir à gestante o direito ao acompanhamento médico durante o período da gravidez, certamente a lei o faz com vistas à proteção do nascituro. Veja-se que não é propriamente a gestante a destinatária da norma protetiva, mas sim o seu filho, que ainda está por nascer, mesmo porque a mãe pode contar com idade superior a dezoito anos, estando fora do alcance do art. 2º da Lei 8.069/90, o que não afasta a aplicação do diploma nessa hipótese.

Nesta ordem de idéias, outra não pode ser a conclusão senão a de que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, e principalmente considerando-se o teor dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o nascituro é dotado de personalidade jurídica. Afinal, para além de constataremos o rol de direitos que o

⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico do nascituro*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999, p. 224.

ordenamento brasileiro confere aos nascituros¹⁰, não se pode afastar do entendimento de que se tratam de seres humanos, enquanto entes que foram gerados por outros seres humanos. Em última instância, da sua viabilidade decorre a própria viabilidade da espécie humana¹¹.

5 – EFEITOS DA CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO NASCITURO

Diante de tudo que até aqui foi exposto, podemos concluir que o nascituro deve ser considerado como um ser humano autônomo, dotado de personalidade jurídica. A ele são estendidos todos os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição, entre os quais podemos enumerar, além do direito à vida, os direitos à imagem e à honra¹².

Uma vez reconhecida a personalidade jurídica do nascituro, cabe apontar as conseqüências que daí decorrem, para além do evidente reconhecimento dos direitos da personalidade, aos quais acabamos de referir.

De plano, importa tecer considerações acerca da responsabilidade civil por danos causados ao nascituro, danos esses que podem ser provocados por ações ou omissões da própria mãe, que caracterizem um comportamento irresponsável durante a gravidez. E quais seriam os fatores que denotam a irresponsabilidade da gestante? A resposta é obtida por via indireta: gravidez responsável seria aquela durante a qual a mãe se abstém de correr riscos evitáveis, o que implica o seu dever de informação sobre os riscos de suas condutas enquanto portar o nascituro em seu ventre^{13 14}. Na medida em que a gestante assume riscos desnecessários, que possam comprometer o desenvolvimento saudável do nascituro, será responsável pelos danos oriundos da sua conduta.

¹⁰ A propósito, ainda que não pudéssemos extrair da ordem jurídica brasileira uma série de direitos conferidos ao nascituro, tal não impediria que chegássemos a idênticas conclusões. Consoante aduz Pais de Vasconcelos, para que seja reconhecida a personalidade jurídica do nascituro, normalmente se recorre a um processo que somente faz sentido em relação às pessoas jurídicas (e não às pessoas naturais), e que se traduz na tentativa de vislumbrar na lei determinadas regras ou regimes jurídicos dos quais se possa concluir que há titularidade de posições jurídicas. No que diz respeito à personalidade que se reconhece às pessoas naturais, constata-se que ela é pré-legal e, portanto, não é do texto da lei que se pode afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas naturais (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral...*, cit., p. 80).

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião...*, cit., p. 262.

¹² “O direito à imagem (...) diz respeito à reprodução física da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação: fotografia, vídeo e pintura. A ultrasonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade de consentimento do titular da imagem, por seu representante legal: o pai, a mãe ou o curador, conforme o caso (...). O direito à honra existe desde o momento da concepção e é violado por exemplo, quando ao nascituro é imputada a bastardia” (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Direitos da personalidade e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 38, dezembro de 1992, p. 319).

¹³ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade...*, cit., p. 153.

¹⁴ A partir do momento em que se reconhece, como impende reconhecer, que o nascituro tem direitos próprios e uma existência distinta da sua genitora, esta não poderá recusar, por exemplo, a ingestão de medicamentos destinados à preservação da saúde do nascituro. Sendo certo que o impasse acaba por caracterizar situação de difícil solução, os atos e omissões praticados injustificadamente pela mãe capazes de causar danos ao nascituro ensejarão a responsabilidade civil e penal da mãe, pois ela não pode dispor do direito à saúde que não é seu, mas do próprio nascituro (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Bioética e dano pré-natal*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 2. sem. 1999, p. 319).

Cabe afirmar, também, que não é de se considerar legítima a interrupção do processo de formação do ser humano. A prática abortiva, nesse contexto, deve ser repudiada, advertindo João Baptista Villela:

“Uma ordem jurídica rigorosamente centrada na dignidade da pessoa humana não tem como considerar legítimo o aborto, em quaisquer de suas formas, ainda mesmo, portanto, os ditos terapêutico e humanitário. Afirmá-lo, convém advertir, não significa, entretanto, avalizar esta ou aquela política punitiva relativamente à interrupção voluntária da gravidez. Significa, sim, pelo menos aqui, que tal hipotética ordem jurídica, não aceitando a prática, reserva-se o poder de adotar meios lícitos que considere adequados a reduzi-la tendencialmente ao nível zero, tomadas em conta todas as circunstâncias intercorrentes que tenham um mínimo de consistência”¹⁵.

Com efeito, o Código Penal brasileiro não pune a conduta da mulher que aborta em situações em que a gravidez a coloca em risco de vida, ou ainda quando a gravidez resulta de estupro. Em tais casos, todavia, preserva-se uma esfera de interesses consideráveis da mulher grávida, e o embrião ou feto é atingido por via indireta, sendo vítima consequencial do ato abortivo. Já o aborto praticado em casos de malformações do nascituro é inadmissível. Em tais hipóteses, não se está a proteger a vida ou a integridade psíquica da mulher grávida, mas a legitimar a eliminação direta de certas formas de vida supostamente anômalas¹⁶.

Realmente, permitir o aborto a partir da constatação de que o nascituro apresenta anomalias ou malformações representa uma afronta aos direitos do próprio nascituro. Ressalte-se, direitos *do nascituro*, em relação aos quais não pode a gestante se opor ou dispor. Daí advém uma ilação fundamental: não pode a mãe deixar de praticar atos destinados à preservação da saúde do nascituro, se tal não importar nocividade à sua própria integridade física ou psíquica.

Por fim, o nascituro faz jus à concessão de alimentos, direito que não fica condicionado ao nascimento com vida, sendo, ao revés, exatamente *voltado ao nascimento com vida*, ou seja, os alimentos são prestados precisamente para que o nascituro nasça vivo e saudável¹⁷. Evidentemente, nos reportamos ao direito a alimentos civis, em sentido amplo, o que inclui a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal.

Naturalmente, é o próprio nascituro que irá figurar no pólo ativo da ação de alimentos, quando sua cobrança judicial se fizer necessária, o que também pode ocorrer no caso

¹⁵ VILLELA, João Baptista. *Malformações, viabilidade e aborto: retorno de um espectro?* Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 24, dez. 1994, p. 477.

¹⁶ Denomina-se *piadoso* o aborto praticado nessas circunstâncias (VILLELA, João Baptista. *Malformações...*, cit., p. 477).

¹⁷ O direito a alimentos é reconhecido ao *conceptus* desde o Direito Romano, conforme os textos do Digesto 37, 9.1 (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Bioética...*, cit., p. 309).

previsto pelo artigo 948, inciso II, do novo Código Civil brasileiro, que impõe ao homicida a obrigação de indenizar na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

6 – OS EMBRIÕES EXTRA-UTERINOS

Conforme determina a teoria concepcionista, entende-se que o nascituro é pessoa desde a concepção, não sendo a personalidade condicional, pois apenas os efeitos patrimoniais de determinados direitos dependem do nascimento com vida. Já os direitos da personalidade, como os direitos à vida e à integridade física, independem do advento de qualquer condição.

Surge então uma intrincada polêmica: se os direitos do nascituro forem reconhecidos desde o momento em que se dá a *fecundação*, conforme eventualmente se tem defendido¹⁸, o embrião extra-uterino também gozará de idêntica tutela; em contrapartida, se considerarmos que somente após a *concepção* propriamente dita haverá a aquisição de direitos, apenas o embrião implantado no útero materno se incluirá sob o manto protetor da lei.

A problemática ganha manifesta relevância diante das técnicas de reprodução assistida. Como as falhas nesse processo são muito freqüentes, produzem-se vários embriões, embora somente alguns sejam utilizados¹⁹. Isso provoca o surgimento de embriões excedentários, colocando-se então em causa, fundamentalmente, o seu destino. Basta que simplesmente haja o descarte ou a utilização desses embriões para fins experimentais?

A doutrina de Menezes Cordeiro nos fornece algumas balizas que facilitam a compreensão do assunto: civilmente, cabe considerar que os embriões não implantados são nascituros, embora ainda desprovidos de cérebro. Teriam, portanto, direito à vida, embora seja impossível que a técnica humana viabilize-os todos. A solução passaria por evitar fundamentalismos, considerando-se, sobretudo, que a proibição da fecundação *in vitro* seria excessiva, posto que essa técnica é destinada a incrementar a vida, e não a morte²⁰.

Além disso, seria permitida a interferência na fase inicial da gravidez, isto é, antes da implantação do ovo no útero materno, a fim de evitar o nascimento do ente em formação? Faz-se necessária uma análise interdisciplinar para equacionar a controvérsia. Embora se verifique que o Direito Penal e o Civil não coincidem com exatidão quanto à compreensão da pessoa cujos interesses resguardam, deve-se proceder

¹⁸ Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, "(...) o embrião humano goza de proteção jurídica desde o início de sua existência (quer seja 'in utero', quer seja 'in vitro'). Isto é, o conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação. Entre os direitos que lhe são reconhecidos se inscreve, certamente, o direito à existência, no sentido de que, assim como ninguém (...) pode interromper a vida de um indivíduo, da mesma forma e pela mesma razão, ninguém tem o direito de interromper, direta e voluntariamente, a vida de um embrião humano, desde sua concepção e desde que ele começou a existir" (LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião...*, cit., pp. 263/264).

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, p. 62.

²⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil...*, cit., p. 290.

a um entrelaçamento da tutela penal da vida humana e do estatuto da personalidade civil, em busca de uma acepção uniforme sobre o tema²¹.

Os penalistas caracterizam o aborto como a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção²². Para alguns, o conceito de “concepção” confunde-se com “fecundação”, significando esta o encontro do óvulo com o espermatozóide. Entretanto, a acepção mais divulgada do termo “concepção” é a do “ato de gerar no útero”, o que termina por tornar atípica qualquer interferência no denominado estágio “pré-embriônico”. Afinal, esta é a conclusão a que se chega ao observarmos que a lei penal não veda, por exemplo, o uso de métodos contraceptivos que impedem ou inibem o desenvolvimento viável do ovo, muitas vezes evitando a sua implantação no útero²³.

Como se constatou que a definição de concepção está estritamente ligada à palavra “útero”, *a priori* ter-se-ia por elidida qualquer possibilidade de considerar-se o embrião inseminado *in vitro* como nascituro, o que pode gerar a questionável conclusão de que ele somente poderia ser considerado como pessoa a partir da sua implantação no organismo materno. Então aí, uma vez mais, caberia a pergunta: se esse entendimento é correto, poder-se-ia simplesmente tratar os embriões excedentários como simples coisas, livremente descartáveis ao bel-prazer de outros seres que, antes de nascerem, nada mais eram que embriões?

A propósito, a Resolução n. 1358/92, do Conselho Federal de Medicina no Brasil, prevê que o número de “pré-embriões” (expressão utilizada no texto da Resolução) produzidos em laboratório deve ser comunicado aos pacientes, sendo vedados a destruição e o descarte dos embriões excedentes. Curiosamente, porém, a mesma Resolução permite que os cônjuges ou companheiros se manifestem quanto aos embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, ou de ambos, e ainda quando desejem doar os referidos embriões. Assim, as disposições aparentemente se contradizem, ora inadmitindo o descarte dos embriões excedentes, ora estabelecendo que o seu destino é determinado pelos cônjuges ou companheiros, hipótese que não pode significar uma livre disponibilidade sobre os embriões, a não ser nos casos em que é feita a doação para a satisfação do projeto parental de um casal estéril²⁴.

²¹ Conforme acentua Villela: “*Se, tecnicamente, é possível dissociar tutela penal da vida humana, de um lado, e personalidade civil, de outro, certo é também que, assegurar a primeira, sem reconhecer a segunda, soa, no mínimo, contraditório. (...) Como quer que seja, em algum ponto virtual do ordenamento jurídico situa-se uma axiologia geral da vida humana. É dela que derivam e é para ela que convergem, em última análise, tanto a teoria da personalidade quanto a tutela jurídica do embrião. Assim, é inevitável que a tutela penal da vida humana e o estatuto da personalidade civil estejam entre si, de alguma forma, na relação de vasos comunicantes*” (VILLELA, João Baptista. *Malformações...*, cit., p. 478).

²² Sobre o tema, vide MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v.1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 93.

²³ Veja-se o parecer de Mirabete a este respeito: “*Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez, a implantação do óvulo no útero materno (nidação). Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais cujo efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de modo que atinja ele o útero sem condições de implantar-se, ou transformar o endométrio para criar nele condições adversas à implantação do óvulo, forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação das pílulas e dos dispositivos intra-uterinos que atuam após a fecundação*” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual...*, cit., p. 95).

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião...*, cit., p. 279.

Vê-se, portanto, a dimensão que os problemas inerentes à matéria atingem. Se não podemos resolvê-los por completo, cabe ao menos afastar a inconcebível perspectiva dos embriões enquanto meros objetos de direitos. Ainda que se entenda que os embriões não devem ser qualificados como pessoas, é certo que não são simples coisas, e o seu regime jurídico deve ser sempre moldado sobre aquele correspondente às pessoas²⁵. Qualquer solução que deixe de observar essas diretrizes acabará por ser cruel, arbitrária e – ironias à parte – *desumana*.

7 - CONCLUSÃO

O nascituro, enquanto ser humano em desenvolvimento no ventre materno, é dotado de personalidade jurídica. Com isso, acompanham-no, ao menos desde o momento da concepção, os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição, entre os quais figura, essencialmente, o direito à vida.

Quanto aos embriões extra-uterinos, ainda que não se reconheça a sua personalidade, não é de se admitir que sejam considerados como um simples objeto. Se a questão não comporta por ora soluções definitivas, pode ao menos ser equacionada levando-se em conta que repugna à ordem jurídica e ao sentimento de humanismo o tratamento desses embriões como meras coisas.

Em uma sociedade pretensamente evoluída e perante um ordenamento jurídico alicerçado em preceitos que objetivam a promoção e a tutela dos interesses da pessoa humana, outras não poderiam ser as conclusões atingidas. Cabe esperar que se torne uma diretriz comum entre os juristas o tratamento do nascituro em situação condizente com a sua natureza humana, reconhecendo-lhe a dignidade que lhe é inerente e o respeito aos seus direitos essenciais, cuja afronta representa mais que a simples ofensa a um único ser, atingindo toda a humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Bioética e dano pré-natal*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 2. sem. 1999.

_____. *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 13, 2. sem. 1992.

_____. *Direitos da personalidade e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 38, dezembro de 1992.

_____. *O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 97, janeiro/março 1988.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil...*, cit., p. 61.

BERTI, Silma Mendes. *O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996.

_____. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. 2001, (inédito).

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 2. sem. 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico do nascituro*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999.

_____. *Lições de direitos da personalidade*. Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2. ed., 1992.

_____. *Os direitos da personalidade – categoria em reapreciação*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 1994.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GONÇALVES, Gabriel António Órfão. *Da personalidade jurídica do nascituro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLI, n. 1. Coimbra Ed., 2000.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. 5, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, julho de 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v.1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SANTOS, Magda Guadalupe dos, e DUARTE, Adriana Dardengo. *Considerações sobre a natureza ético-jurídica do nascituro*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 6, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VILLELA, João Baptista. *Malformações, viabilidade e aborto: retorno de um espectro?* Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, n. 24, dez. 1994.