

### **OS DIREITOS DO NASCITURO DIANTE DA ELIMINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES**

**Aly Beydoun<sup>1</sup>**

#### **RESUMO**

A biotecnologia possibilitou ao homem o controle sobre a reprodução humana, deixando de ser apenas um fato natural, porém, as técnicas utilizadas geram problemas de ordem ética, moral, religiosa, psicológica e jurídica. A maioria dos especialistas reconhece que a partir da fecundação há o surgimento de uma vida, no entanto, há quem sustente que o início da vida coincide com o início da atividade cerebral, fundamentando-se no critério utilizado para a realização de transplante de órgãos, outros afirmam que a vida começa antes da nidação, ou seja, não importa se a fecundação ocorreu intra-uterinamente ou in vitro, enfim, o início da vida é visto e defendido sobre vários argumentos. O estabelecimento do marco inicial da vida é necessário para reger os assuntos referentes aos embriões congelados, principalmente na sua destinação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reprodução. Embriões. Vida. Biossegurança. Eliminação.

---

<sup>1</sup> Aluno do décimo período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Endereço: Rua Batista de oliveira, nº51, apt. 402, Centro, juiz de Fora, MG. E-mail: [alydireito@hotmail.com](mailto:alydireito@hotmail.com). Tel: (032) 8827-3577.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende expor as discussões a respeito dos direitos do nascituro diante da eliminação dos embriões excedente, partindo do pressuposto de que o nascituro não é pessoa, mas uma mera expectativa de pessoa e de direito, e que, apesar disto, merece uma atenção por parte dos juristas, por ser a origem do ser Humano, conforme posição de Pontes de Miranda (1954, p. 480) expondo que:

no útero, a criança não é pessoa, se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Os problemas que foi surgindo depois seriam a respeito de quanto tempo poderia um embrião ficar armazenado sem que afetasse a sua qualidade, e qual seria o seu destino depois, que é incerto, pois muitos doadores já morreram ou não são mais encontrados.

Iniciamos o trabalho tecendo algumas considerações a respeito da criminalidade genética e a reprodução humana assistida e discutiremos sobre a eliminação dos embriões; colocando a seguinte indagação. Serão eles considerados pessoas, um individuo em potencial, ou apenas um agregado de células? Pois, como se sabe o congelamento de embriões, que surge após a pratica do procedimento de fertilização *in vitro*, feita para casais que já tentaram outras formas de tratamento, ou para aqueles que têm impossibilidade de obterem uma gravidez por métodos naturais, ou assistidos, levantou várias questões éticas. Analisaremos também o nosso ordenamento jurídico em relação

aos direitos do embrião e do nascituro, no que diz respeito a sua eliminação, comercialização e doação.

E por ultimo uma Analise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510, proposta pelo ex-procurador geral da República Cláudio Fonteles, alegando a inconstitucionalidade do art. 5º da lei de Biossegurança, na qual se reuniram vários especialistas sobre o assunto, expondo cada um o seu ponto de vista, tendo por ultimo o STF se posicionado em relação ao inicio da personalidade jurídica do nascituro, a utilização das células-tronco em pesquisas e a eliminação dos embriões excedentes.

### **1. A Criminalidade Genética**

Sobre a criminalidade genética, podemos citar primeiramente a necessidade de melhorar sua regulamentação, pois os artigos que já são previstos no ordenamento jurídico sobre as várias questões que norteia os embriões, são insuficientes, deixando brechas para a criatividade humana, a qual cria a cada dia situações inimaginável.

Segundo Maria Helena Diniz (2009), com a revolução da biotecnologia, a humanidade vive com incertezas, sem saber o que lhe espera no futuro, caberá ao direito intervir, criando novas leis que além de limitar as técnicas da ciência biomédica, devera amenizar o impacto que poderá causar na sociedade, punindo assim os possíveis abusos que hão de vir, ao manipularem as novas técnicas surgidas na ciência. Tutelando assim os direitos fundamentais do ser humano, e protegendo o seu patrimônio genético.

Passemos agora, a análise da permissão de se utilizar os embriões em pesquisas e terapia prevista na lei de Biossegurança nº 11.105/2005:

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

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

A mesma lei em seu capítulo VIII trata dos Crimes e das Penas, dispondo que:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26 Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º (vetado)

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

§ 2º Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição de uso:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Portanto, da análise acima, verificamos que a lei de Biosegurança trata muito pouco dos crimes genéticos, deixando de considerar crime, várias situações onde se verifica um afronto aos princípios constitucionais. Assim, Maria Helena Diniz (2009, p.180) elenca tais situações que deveriam ser previstas na lei de Biosegurança, citemos alguns:

*Crimes de manipulação genética*, punindo atos realizados por procedimentos experimentais, com fins não terapêuticos, que venham reproduzir, selecionar ou alterar a constituição do genoma não patológico de seres vivos. Dentre esses delitos temos: a) os de *alteração genética*, que violam a inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético não patológico do ser humano, por decorrer de manipulação que, sem finalidade terapêutica, modifica a estrutura genética do ser humano, por meio de intervenções sobre gametas, embriões, fetos e pessoas já nascidas; b) os de *seleção genética*, por afrontar a identidade genética, a irrepetibilidade do ser humano e a sua diversidade; c) os de *clonagem genética*, que atentam contra o direito de identidade

genética d) os de *hibridação*, por ferir a dignidade e a identidade genética do ser humano.

A referida autora cita também, alguns casos que deverão ser considerados crimes, como os relacionados com a manipulação ginecológica ou obstétrica, que visa a reproduzir um ser humano utilizando-se de técnicas não naturais. Uma delas é a reprodução assistida “*post mortem*”, que hoje em dia é possível devido à técnica de congelamento dos embriões, este tipo de reprodução traz consigo inúmeros problemas ético-jurídico, como o direito de sucessão, surgindo à seguinte indagação. Como ficam os direitos sucessórios da criança nascida neste tipo de reprodução? E a mulher fertilizada por um sêmen de uma pessoa ilustre? Estas situações além de criarem problemas na sociedade, violam o princípio da seleção natural, da dignidade, e da integridade psíquica da criança.

A mesma autora cita ainda, a *Partenogênese*, que se trata de uma estimulação artificial do ovulo feminino, fazendo com que ela se duplique sem a necessidade de intervenção do gameta masculino, eliminando assim, o processo natural, ou seja, cria-se um ser humano somente de uma célula feminina, violando, contudo a dignidade da pessoa humana é o que os cientistas chamam de dotação genética dupla diferenciada, que é a necessidade de se ter o gameta masculino e feminino, para a geração de uma pessoa. Outro processo questionado é a *Ectogênese*, onde se utiliza técnicas de reprodução humana fora do útero, seja criando um artificialmente, seja utilizando-se de um útero de um animal ou até engravidando um homem, técnicas estas que deixam as pessoas perplexas, e inseguras. Portanto, essas são as considerações sobre a criminalidade genética, da qual o homem não vê um limite e tão pouco o direito limita.

## 2. A Eliminação dos Embriões Congelados

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

A destruição de embriões é um fato que não se pode evitar quando utilizado em uma experiência científica, principalmente quando se utiliza as técnicas de fertilização *in vitro*, pois a sua tentativa poderia parar o avanço da ciência, assim, o campo jurídico deverá ser muito cauteloso, afim de estabelecer equilíbrio entre a lógica e as experiências genéticas, a partir disso propor uma melhor legislação.

Pois segundo Sergio Abdalla Semião (2000) cabe ao legislador a difícil tarefa de inovar em sua prática levando em consideração o fato de que: até que ponto a conservação desse embrião não comprometera a formação de uma vida sem risco de deformações?

O referido autor ressalta que os óvulos fecundados até o 14º dia são intitulados de pré-embriões, por não possuírem ainda uma estrutura nervosa, após este prazo é que se verifica esta estrutura, e a partir daí são chamados de embriões, esta fixação do prazo é necessário para determinar a partir de quando o embrião poderá ser considerado como um ser em formação, e a partir de quando poderá ser eliminado.

Semião nos explica que esta questão tem uma grande repercussão no que diz respeito à ordem pública, sendo de suma importância que o Estado esteja ciente de todas as atividades relacionadas a essa manutenção de embriões juntamente com os laboratórios e clínicas relacionadas, fazendo um acompanhamento de forma que a responsabilidade de qualquer ato cometido com os embriões dentro das mesmas seja de responsabilidades delas e subsidiariamente ao Estado, mas por outro lado apoiando debates de amplitude social e fiscalizando a utilização dos embriões.

Ainda de acordo com o referido autor, em diversos países europeus essa intervenção estatal já esta sendo aplicada, em 1988 foi criada a Comissão Nacional de Medicina e Biologia da Reprodução (França), essa comissão levanta alguns aspectos que são relatados ao Ministério da Saúde, essa é uma forma de manter o controle sobre a situação nacional. Então dentro do fator social seria ai, uma forma de apresentar saídas ou soluções aceitáveis.

Semião nos esclarece que não há dúvida sobre o início da vida a qual começa com a fecundação. Ora, como o feto não é considerado pessoa, o Direito Penal trata de forma diferenciada a sua eliminação e a de uma pessoa, tipificando aquele como aborto e este como homicídio, assim não podemos considerar a eliminação dos embriões congelados como aborto, pois apesar de estarem fertilizados não existe mulher grávida.

O referido autor observa que, a escola concepcionista alega que a partir da concepção se tem o início da personalidade, no entanto hoje em dia esta concepção pode se dar de várias maneiras, seja ela natural ou artificial, a questão é que esta escola não possui uma explicação para o fato do pré-embrião apesar de ser um óvulo fecundado, *in vitro*, não seja considerada pessoa. Semião conclui que, pelo exposto, percebe-se que o embrião congelado não é considerado pessoa, sendo assim, ele não é sujeito de direito, o que nos permite alegar, pelo menos em princípio, que o embrião congelado não tem direito a vida. E Semião complementa que, “de toda essa argumentação, infere-se que o direito á vida, à liberdade, à dignidade, à segurança e à propriedade, insculpidos no art. 5º da Constituição federal, visando igualmente brasileiros e estrangeiros, são exclusivamente de pessoas nascidas”.

### 3. A Comercialização de Embriões

Como já tratado anteriormente, a destruição de embriões ainda é um assunto que deixa a legislação omissa e sem nenhuma palavra final a respeito. Porém em se tratando da comercialização de embriões, a coisa muda completamente de “figura”.

O art. 199, § 4º da Constituição Federal, veda todo e qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos, sangue, ou seja, qualquer substância de

caráter humano. Conforme se percebe nos esclarecimento de Sergio Abdalla Semião (2000, p. 183) ao afirmar que:

não há duvidas de que o sêmem e o óvulo, assim como o sangue constituem substâncias humanas. Muito mais deverá ser considerado o embrião, que na verdade contém uma vida humana em formação, significando algo bem maior do que um mero tecido ou substancia humana.

O referido autor ressalta que é necessário que haja o controle e fiscalização, a fim de evitar práticas ilícitas, antiéticas e perigosas, já que na maioria das vezes essas práticas são cometidas de forma inescrupulosa, esta responsabilidade é atribuída ao Sistema único de saúde no art. 200 da Constituição federal. Para a doutora Mônica Sartori Scarparo (apud Semião, 2000), a ciência precisa ter o cuidado de antes de qualquer experiência levantar prioridades, respeitando a pessoa humana e consciente de que a ciência só tem valor como tal a partir do momento que surge em benefício da humanidade. Por outro lado, deverá encontrar formas de desenvolver suas atividades de maneira que preserve os valores do embrião humano, já que ele também é vida e precisa ser respeitado.

Portanto, não restam duvidas de que a comercialização dos embriões congelados é proibida expressamente pela Constituição Federal.

#### **4. A Doação de Embriões**

A venda de embriões é uma prática realmente condenada e proibida conforme a legislação brasileira, porém já não se pode dizer o mesmo com relação à doação de embriões. Prescreve o art. 4º da Lei n. 9.434/97, que:

salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplante ou terapêutica *post mortem*.

De acordo com Sergio Abdalla Semião (2000), considerando que o embrião ainda ocupa um status jurídico novo, ou seja, há ainda uma discussão sobre chamá-lo de “coisa” ou pessoa. O art. 199, § 4º da Constituição Federal é bastante preciso no que diz respeito à proibição à venda de embriões, como visto no tópico anterior, porém, permite-se a doação de órgãos humanos, sangue e sêmen, assim devemos fazer uma analogia em relação à doação dos embriões, a ressalva que se faz é no tocante a sua utilização, que deverá respeitar a moralidade. É o que se observa na recomendação nº 1.100/1989 feita pelo Conselho da Europa (apud Semião, 2000), que além de proibir a comercialização dos embriões, proibiu a doação dos mesmos para a fabricação de armas biológicas.

O referido autor conclui que, não se pode aceitar a utilização dos embriões congelados na fabricação de cosméticos e muito menos em criação de seres híbridos (procriação humana, utilizando-se de animais), e sim para a procriação humana assistida, na qual beneficia vários casais que não podem ter filhos, e cuja destinação dos embriões é correta.

### **5. Posição Atual do STF Sobre os Embriões Excedentes**

Em maio do ano de dois mil e cinco, foi proposta uma Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 3510) pelo ex-procurador geral da República Cláudio Fonteles (apud Monteiro, 2010), alegando a inconstitucionalidade do art. 5º da lei de Biossegurança nº 11.105/2005, que assim dispõem:

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

**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 à 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.

Cláudio Fonteles alega que a vida e a dignidade da pessoa humana devem ser preservadas, uma vez que, a vida se inicia com a fecundação, e destruir um embrião humano que se encontra congelado, em clínicas de reprodução humana assistida ou em pesquisas científica contrariam o art. 5ª da Constituição Federal que garante a todos o direito à vida. Já os cientistas, de um modo em geral, entendem que a declaração da inconstitucionalidade da Lei retardaria o avanço da ciência, e que tal responsabilidade é enorme, pois prejudicaria várias pessoas que poderiam ser beneficiadas com os resultados das pesquisas, como a cura para os portadores de doenças graves, como o mal de Parkinson e a Esclerose Múltipla.

Em março de 2008 iniciou-se no STF o julgamento desta ADIN, reunindo assim, vinte e dois especialistas no assunto, com o intuito de discutirem basicamente sobre o início da vida. Uns se posicionaram a favor e outros contra a ADIN. Vejamos abaixo algumas posições:

A favor da ADIN:

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

Para Cláudia Maria de Castro Batista (apud Monteiro, 2010), professora-adjunta da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), a vida tem início com a fecundação e que "A mudança que passamos ao longo da vida é apenas funcional, e não genética. Somos humanos a partir do momento da fecundação e a dignidade humana está lá, intrínseca" e conclui que, "O começo da vida está no início do início do processo e não no início do final, ou seja, temos que respeitar o ser humano a partir da fecundação. A sustentação desta afirmativa é biológica e o argumento é racional". A referida professora cita Robert Spalman, professor emérito de filosofia da Universidade de Munchen, o qual afirma que "a primeira célula que surge da fecundação é viva, já é vida. É a fecundação que permite que o desenvolvimento do indivíduo seja disparado"

Segundo a médica especialista em ginecologia e obstetrícia Elisabeth Kipman Cerqueira (apud Monteiro, 2010), o embrião cresce independente de alguma intervenção e que "Após o quinto, dia, se este embrião não for transferido para o útero da mãe ele morre, mas o seu desenvolvimento até este dia é autônomo", para ela ninguém pode afirmar o início da vida, neste caso, deve haver uma mudança no direcionamento da discussão, ou seja, "a discussão deve girar em torno de quando a vida de um novo indivíduo tem início, e não quando é o início da vida".

E conforme o Professor de Bioética da Universidade de São Paulo Dalton Luiz de Paula Ramos (apud Monteiro, 2010), a partir da fecundação verifica-se o início da vida e a unicidade do patrimônio genético do nascituro que não se confunde com a mãe, em seus dizeres "o cérebro se desenvolve porque o embrião se desenvolve. Não é a mãe que desenvolve o cérebro do feto", e segundo ele, "É importante corrigir inconsistências conceituais sobre o início da vida humana, como por exemplo, pessoas que se referem ao embrião na sua fase inicial da vida como conglomerado de células", isto se justifica pelo comportamento diferenciado de suas células, se compararmos com outras.

Contra a ADIN:

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

A pós-doutora Mayana Zatz (apud Monteiro, 2010) defende a utilização dos embriões congelado em pesquisas, alegando que, “pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é resultado de um ato de aborto, porque o embrião congelado por si só não é vida, se não for transferido para o útero, por si só não é vida”. Segundo a doutora, a utilização de embriões em pesquisas, se faz necessária, por não ser possível realizar em células já adultas, por conter o erro genético.

De acordo com Patrícia Pranke (apud Monteiro, 2010), se a ADIN em questão for julgada procedente, deve-se desde já resolver o destino dos embriões excedentes que se encontram congelados em várias clínicas, e que uma das soluções seria a sua utilização em pesquisas, a doutora faz uma comparação aos métodos contraceptivos, os quais impedem a gravidez, e se quer são questionados ou condenados, pelo contrário, são permitidos por nossa legislação, defendendo assim, o uso dos pré-embriões em pesquisas, pois até o décimo quarto dia não possuem um sistema nervoso sendo considerados como morte encefálica.

No mesmo sentido é a posição do especialista Luiz Eugênio de Moraes Mello (apud Monteiro, 2010), que defende o início da vida fazendo uma analogia entre o marco da vida e o marco da morte:

como a morte do ser humano é coincidente com a morte encefálica, então, se a morte coincide com o término da atividade do sistema nervoso é lícito supor o início da vida humana com o estabelecimento dos três folhetos embrionários, que segundo a Resolução 33/2006 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ocorre 14 dias após a fecundação.

Para o especialista, não é possível fazer pesquisas utilizando células animais por substituição de células humana, devido à incompatibilidade entre ambas. Passemos agora para a análise dos votos dos Ministros do STF.

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

Segundo o Relator Ministro Carlos Ayres Britto (apud Junior, 2010), a proteção à vida previsto na Constituição em seu art. 5º e o início da personalidade previsto na primeira parte do art. 2º do código Civil, não se aplica ao embrião humano fertilizado *in vitro*, pois o nascituro é mera expectativa de pessoa e de direitos, não uma pessoa. Já a segunda parte do art. 2º que expõe “ a lei põe a salvo os direitos do nascituro”, deve ser interpretada no sentido de que, a lei protege os direitos de quem está por vir, considerado uma mera expectativa de pessoa, vislumbrando-se aqui a aplicação do princípio da dignidade humana. Sobre o aborto, o ministro afirma que a lei ao tipificar tal crime não reconheceu o nascituro como pessoa, e muito menos o dissociou de sua mãe, sendo considerado ali somente uma pessoa, a mãe, pois se assim não fosse todo aborto seria inconstitucional, e seria equiparado a pena de morte aplicada ao nascituro.

Segundo o mesmo relator o embrião surgido através de uma fecundação extracorpórea, não é considerado nascituro muito menos pessoa, sua destruição não se enquadra no crime de aborto por não se encontrar no útero materno, e por não possuir qualquer perspectiva de nascimento. Para o Ministro, o casal que se submete a fertilização *in vitro*, não possui qualquer afetividade em relação aos embriões que ficaram excedentes, mas somente aquele que foi fertilizado no útero feminino. Assim, por não ser possível manter os embriões congelados para sempre, a lei ora questionada permitiu sua destruição conforme os fins nela previsto. No final de seu voto, o Ministro faz um paralelo entre o embrião e a lei de transplante (9.434/97, art.3º), na qual ele conclui que o embrião excedente além de não ser pessoa não é sequer uma potencialidade, por faltar-lhe cérebro, onde se pode afirmar que jamais será alguém, o mesmo ocorre na permissão de transplante de órgão e tecidos de ser humano, onde a lei utiliza como critério a constatação da morte encefálica. Pelo exposto, o Ministro encerra o seu voto concluindo que o embrião por não possuir personalidade e proteção jurídica, nada impede que ele seja utilizado em pesquisas para o benefício da saúde e da ciência. As Ministras Ellen Gracie e Carmem Lúcia e os Ministros, Joaquim

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello chegaram praticamente nas mesmas conclusões do Ministro Carlos Ayres Brito, e julgaram improcedente o pedido da inicial.

Já para o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (apud Cruz, 2010), o art. 5º da lei de Biossegurança seria constitucional, se fosse interpretado segundo a Constituição Federal, ou seja, sem nenhuma redução, mas com algumas restrições como: extrair as células tronco sem destruir o embrião, o consentimento dos genitores devera ser prévio, expresso e por escrito, as pesquisas deverão ser aprovadas e fiscalizadas por um órgão federal. Segundo o Ministro, a extração das células tronco a partir do embrião para fins não terapêuticos é imoral e o consentimento dos genitores não muda tal realidade. Assim, seu posicionamento foi praticamente igual ao posicionamento dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que julgaram procedente o pedido da inicial.

Já o Ministro César Peluso e o Ministro-presidente Gilmar Mendes (apud Cruz, 2010), sendo este o ultimo a votar, entenderam que o artigo 5º da lei de Biossegurança é Constitucional, porém fizeram à ressalva de se criar um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde para que se realize o Controle destas pesquisas. Tendo como resultado oficial a seguinte decisão (apud Cruz, 2010):

decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores, Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008

Em suma, o STF considerou os embriões excedentes como uma “coisa” e não “pessoa”, permanecendo assim, em pleno vigor o artigo 5º da lei de Biossegurança que permite a utilização dos embriões em pesquisas, e sendo suficiente a previsão contida no parágrafo segundo deste artigo que prevê a

obrigação de submeter os projetos de pesquisas ou terapias, que utilizam células-tronco, ao comitê de ética e pesquisa para sua apreciação e votação.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto verifica-se que o nascituro não é pessoa apesar de ter existência e vida orgânica. É o que se percebe na leitura do art. 2º do código civil dispondo na primeira parte que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” assim o legislador não conferiu ao nascituro personalidade, apesar de ter protegido seus direitos como disposto na segunda parte, “a lei põem a salvo os direitos do nascituro desde a concepção”, o legislador nesta oração quis proteger, salvaguardar os direitos do nascituro, conforme disse o Ministro Carlos Ayres Britto tem-se aqui a aplicação do princípio da dignidade do ser humano.

Assim, entende-se que a personalidade jurídica tem início com o nascimento do nascituro com vida, sendo antes disso considerado mera expectativa de pessoa e de direitos, apesar de se reconhecer vida a ele desde a concepção.

O mesmo entendimento é do Relator Ministro Carlos Ayres Britto, onde ele diz que a proteção à vida previsto na Constituição em seu art. 5º e o início da personalidade previsto na primeira parte do art. 4º, não se aplica ao embrião humano fertilizado *in vitro*, pois o nascituro é mera expectativa de pessoa e de direitos.

Percebe-se também, que o Código Penal adotou a teoria Natalista, pois ao tipificar o crime de aborto não considerou o nascituro como pessoa, a proteção do art. 124 é em relação a gestante, tanto é, que permite-se o aborto em caso de estupro ou que ponha a vida da gestante em perigo, pois se do contrário fosse estaríamos aplicando a pena de morte ao feto, pena esta proibida pela lei

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

brasileira. Privilegia-se assim a proteção da vida de uma pessoa que já existente, do que a mera expectativa de vida que há por vir.

Portanto não há o que se ponderar em relação ao embrião, uma vez que, nem o nascituro é considerado pessoa, apesar de se encontrar no útero materno e em pleno desenvolvimento, quem dirá o embrião que é mera fusão dos gametas masculino e feminino e que se encontra em um tubo de proveta congelado abaixo de 0° grau Celsius.

Por ultimo, firma-se o mesmo entendimento em recente julgado do STF, que após consulta a vinte e dois especialistas, considerou os embriões excedentes como uma “coisa” e não “pessoa”, portanto passível de ser utilizado em pesquisas e de ser eliminado quando não for possível mais o seu armanezamento.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senador, 1988.

BRASIL. Código Penal: Decreto-Lei 2.848, de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

BRASIL. Código Civil. Vade Mecum, 2 ed. São Paulo: Lemos Cruz, 2007

BRASIL. Novo Código Civil: Lei 10.406, de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Embrião humano é coisa?. Disponível em: <[http://www.providaanapolis.org.br/embcoisa.htm#\\_ftn2](http://www.providaanapolis.org.br/embcoisa.htm#_ftn2)>. Acesso em 10 jul. 2010..

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNIOR, Ivaldo Lemos. et al. Ação direta de inconstitucionalidade 3510. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/meadi3510.htm>>. Acesso em 10 jul. 2010.

MIRANDA, Pontes. “Nasciturus” e “nondum conceptus”. In: Tratado de direito privado. Parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTENEGRO, Karla Bernardo. Início da Vida no STF. Disponível em: <[http://www.ghente.org/entrevistas/inicio\\_da\\_vida.htm](http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm)>. Acesso em: 10 Jul. 2010

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os Direitos do Nascituro. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000