

## A situação jurídico-global do nascituro – Parte II

Damaris Badalotti \*

O Pacto de São José da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969, é um tratado internacional tendo por signatários os Estados Americanos, incluindo o Brasil.

Mister mencionar que o Brasil aderiu ao Pacto, também conhecido por Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992, internalizado no país através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Nesta pesquisa, dar-se-á ênfase apenas a alguns artigos do referido acordo, tendo em vista que nossa investigação trata do nascituro como pessoa humana.

Dispõe o art. 3º do aludido acordo: Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica[1].

Em seguida comunga o art. 4º:

Artigo 4º – Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente[2].

Resta bastante claro, que a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, saúda a vida, em geral, desde a concepção, principiando o direito de reconhecimento da personalidade jurídica.

Não é demais salientar que o art. 5º do pacto reforça o direito à integridade física, afirmando que toda pessoa tem direito que se respeite sua integridade física, como se vê:  
Artigo 5º - Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral[3].

O art. 2º do Código Civil é taxativo no que concerne ao início da personalidade, contudo, conforme pactuado pelo Brasil no Tratado de São José da Costa Rica, toda pessoa tem direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Desta feita, pode-se entender da análise do art. 2º, que o Código Civil, ao contrário do Pacto de São José da Costa Rica, não reconhece o nascituro como pessoa.

Por outro lado, tem-se, ainda, a Emenda Constitucional 45 de 2004. Com ela, passou a vigorar o entendimento de que quando os tratados internacionais versarem sobre direitos humanos, desde que aprovado em cada casa do Congresso Nacional, tem a mesma força de

emenda constitucional. Dispõe o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[4].

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais[5].

Contudo, sendo recente referida Emenda Constitucional, não se empregou seu entendimento ao Pacto de São José da Costa Rica, pois tal Convenção não é recepcionada pelos novos dizeres da Carta Magna, eis que não atende aos requisitos formais daquele parágrafo.

Outrossim, deve-se ponderar que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos são tidos hoje, segundo o entendimento mais recente do STF, como norma supralegal, portanto, têm sua aplicabilidade mais forte que o Código Civil quando se trata de conceder benefícios ao ser humano, dando primazia à dignidade da pessoa humana, dispensando assim a aplicação do § 3º do art. 5º da CF/88.

Após rápida explanação do entendimento e da aplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica, convêm trazer a história do nascituro no direito brasileiro, a consolidação de Teixeira de Freitas e o Projeto Clóvis Beviláqua.

Visualiza-se que já nas Ordenações Filipinas protegia-se o filho nascituro. Por bem, necessário aclamar os escritos de ALMEIDA:

As ordenações, no Livro 3º, Título XVIII, § 7º, assim dispunham, prevendo que tal demanda tramitaria nas férias: ‘E poderá ouvir e julgar sobre a demanda, que faça parte alguma mulher, que ficasse prenhe, pedindo que a mettam em posse de alguns bens, que lhe pertençam por razão da criança, que tem no ventre’. [6] (sic)

Nas ordenações também era previsto que o testamento seria nulo se após a morte do testador sobreviesse um filho legítimo. Cola-se ALMEIDA:

‘Outrosi, se o pai, ou mãe ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era sabedor, e é vivo ao tempo da morte do pai, ou mãe, assi o testamento, como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor’.[7]

As disposições das Ordenações Filipinas que definiam já algum tratamento ao nascituro, precisaram ser solidificadas de forma a definir as relações civis, que na época eram fundadas, principalmente, no campo das obrigações.

No Brasil, a formulação do Código Civil iniciou com as idéias de Augusto Teixeira de Freitas. Assim, inicialmente, o Governo brasileiro ordenou uma Consolidação das Leis Civis, por ele formulada, iniciada em 1865 e concluída, leia-se abandonada, em 1868.

Com categoria menciona FARIAS:

A história da codificação brasileira, sem dúvida, deve muito ao trabalho e inteligência do baiano AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, morto em 1883, que, convidado pelo Governo Federal em janeiro de 1859 (atendendo à previsão da Constituição Imperial de 1824 que determinava a elaboração de um Código Civil e outro Criminal), organizou um anteprojeto de Código, com quase cinco mil artigos (mais precisamente 4.608 artigos), tratando de forma avançada o Direito Civil, inclusive promovendo a unificação do direito privado[8].

Cumprir-se o que dispunha o artigo primeiro da consolidação, conforme consta na obra de ALMEIDA: As pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento[9].

Em admiração para mencionado artigo, imperioso observar que a lei conservava direitos aos que estavam por nascer. Contudo, apesar do uso da palavra sucessão, convém esclarecer que a lei civil já previa outros direitos, como se depreende do texto de ALMEIDA:

A posse em nome do ventre, de que, falla a Ord. L. 3º T. 18 § 7º, e a Curadoria de pessoas por nascer – nascituri – podem também ter logar por dação, que lhes tenha feito. Veja o artigo 43 do Cód. Crim. Póde-se reconhecer filhos naturaes ainda por nascer, contanto que sejam concebidos – Perdigão Comment. à Lei de 2 de Setembro de 1847, Quest. 14, Demolombe – De la paternité – ns. 414 e 415. A alforria pode ser concedida a escravo, que ainda exista no ventre materno. Se a mãe dér a luz dois ou mais filhos, a liberdade reputa-se

dada a todos, embora o testador, só tenha feito menção de um – L. 14 Cod. De fideicomiss. Libertat[10].

ALMEIDA destaca ainda, a menção por Teixeira de Freitas acerca de um Regulamento de acordo com preceitos médico-legais e favor do nascituro:

Teixeira de Freitas observa que o Regulamento n. 3.650, de 18 de maio de 1866, art. 9º, §§ 1º, 3º e 4º, em virtude do Decreto n. 3.598, de 27 de janeiro do mesmo ano, art. 11, providenciou, a bem dos nascituros, nos Distritos Policiais da Corte, de acordo com preceitos médico-legais, determinando: - nos casos de verificação de mulher grávida, sendo viável o feto e, sobretudo se a prenhez estiver em tempo próprio, proceder logo aos exames necessários para praticar as operações tendentes à salva-lo; - nos exames dos nascidos mortos, sobretudo nos casos de aborto, indicar nos estados de tais óbitos, a idade intra-uterina e a causa do óbito; essa parte, porém, foi posteriormente revogada pelo Decreto n. 4.361, de 8 de maio de 1868. Invoca também o Regulamento n. 5.604, de 25 de abril de 1874, arts. 49 – sobre os casos de ter a criança nascido morta, de ter morrido na ocasião do parto ou dentro de trinta dias – e 50, sobre a comunicação e tais nascimentos pelo pai e, na falta dele, pelos médicos, cirurgiões, parteiras ou outras pessoas que tenham assistido o parto. O art. 51, n. 7, do mencionado Regulamento n. 5.604 determina que no assento do nascimento deverá conter a declaração de que nasceu morto ou morto no ato ou logo depois do parto[11].

Teixeira de Freitas tratou do nascituro em seu Esboço, em diversos artigos distribuídos aleatoriamente, os quais declaravam quem é o nascituro e quais os seus direitos. Desta forma, conforme esclarece a autora acima citada:

Art. 53. São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, no ventre materno. Art. 56. Constatará a prenhez em Juízo, e haver-se-á desde logo como reconhecida, pela simples declaração da mãe grávida, ou de seu marido por ela, ou de outras partes interessadas, como se regulará no Código do Processo[12].

Acrescenta o artigo 221 do Esboço: Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas[13].

Não por demais trazer o artigo seguinte:

Art. 222. Irrevogavelmente adquiridos: tanto importa supor-se, segundo entende Savigny, que os nascituros não tem capacidade para adquirir por não serem ainda pessoas, uma vez que efetivamente a lei acautela o futuro; tanto importa dizer-se, a exemplo do Cód. Chileno, art. 77, que os direitos ficam suspensos, até que o nascimento se efetue; como adotar a redação do nosso artigo, que é conseqüência lógica da disposição antecedente do art. 221. Tenho o meu sistema por mais conforme à verdade, porque de fato os bens são adquiridos pelos nascituros, cujos representantes entram na posse deles. E que importa ficar dependendo essa aquisição da condição do nascimento com vida, se o mesmo acontece com tôda a aquisição de direito resolúveis? [14] (sic)

Nítido, através da citação do artigo supra que os direitos patrimoniais concedidos aos nascituros só seriam irrevogavelmente adquiridos se nascessem com vida.

Trazia ainda, Teixeira de Freitas a possibilidade de nascerem já sem vida, quando então expunha no art. 227: Esses direitos, que não chegarem a ser irrevogavelmente adquiridos reverterão ou passarão a quem de direito for, segundo as disposições deste Código[15].

Examinado o entendimento de Teixeira de Freitas, formulado no século XIX, e, diga-se, bastante avançado para sua época, visualiza-se na história, que seu Esboço desencadeou divergências doutrinárias e certa resistência ao intelecto avançado do jurista, eis que dentre outras coisas defendia a vida desde a concepção.

Com propriedade leciona NADER:

Em 1865, Teixeira de Freitas divulgou parte do Esboço, que reunia cerca de cinco mil artigos, a qual foi submetida a uma comissão nomeada pelo Governo, onde sofreu diversas críticas. Freitas respondeu às observações, mas, descontente, não prosseguiu o seu trabalho[16].

Acarreta bem justificar o desperdício desta genialidade com os ensinamentos de FARIAS:



De qualquer forma, o Esboço Teixeira de Freitas, como ficou imortalizado seu projeto, serviu de substrato para a elaboração do Código Civil argentino, por DALMANCIO VÉLEZ SARFIELD, em 1871, além de inspirar também o BGB alemão[17].

Desta feita, embora recusado o Esboço de Teixeira de Freitas, suas idéias ganharam adeptos além fronteiras, mormente, na vizinha Argentina.

Certifica-se que após a paralisação de Teixeira de Freitas o projeto passou às mãos de José Thomaz Nabuco de Araújo, o qual também não foi terminado, porém, em razão de sua morte. Por conseguinte, gratuitamente, dedicou-se ao trabalho Joaquim Felício dos Santos, o qual finalizou a consolidação em 1881, tratando o nascituro como pessoa incapaz.

Já em 1890, o Governo brasileiro celebrou contrato, para a elaboração de um novo Projeto de Código Civil, com Coelho Rodrigues.

Também analisado por uma comissão o Projeto de Coelho Rodrigues foi considerado vago, momento em que Clóvis Beviláqua adentra na história do Código Civil.

Segundo instrui ALMEIDA:

A imputação de peregrinismo lançada sobre o Projeto de Coelho Rodrigues e, acima de tudo, a confusa política que se criou ao seu redor levaram o Ministro Epiácio Pessoa a convidar o Professor Clóvis Beviláqua para elaborar um novo projeto, que foi iniciado em abril de 1899 e concluído seis meses depois[18].

Disponham os primeiros artigos do Projeto primitivo de Clóvis Beviláqua:

Art. 2º Todo ser humano é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, no círculo das relações de ordem privada. Parágrafo único. A lei não reconhece distinção entre nacionaes e estrangeiros para a aquisição e gozo de direitos civis. Art. 3º a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida. Art. 4º São absolutamente incapazes de exercer por si os actos da vida civil: 1º os nascituros; 2º os menores de quatorze annos de ambos os sexos; 3º os alienados de qualquer espécie; 4º os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida sua vontade; 5º os ausentes declarados taes em juízo.[19] (sic)

Após a revisão alguns artigos foram modificados, entretanto, não na essência e sim na numeração dos artigos.

Observação feita por diversos autores, e, diga-se, de extrema relevância abordar, aduz à conveniência do emprego da expressão ser humano para referir-se às pessoas, que é bastante ampla e gera inúmeras discussões não só em âmbito jurídico, mas também no biológico e até mesmo religioso.

Sobre a matéria ainda versa ALMEIDA: Teria previsto Beviláqua as técnicas de reprodução humana assistida que nos trazem uma nova realidade: o embrião pré-implantatório[20]?

O que se percebe cristalinamente é que tanto Teixeira de Freitas quanto Clovis Beviláqua adotaram a teoria concepcionista. Ainda, tanto o Esboço de um como o Projeto do outro, tratam o nascituro com similaridade ao nascido, distinguindo-os da prole eventual, o que demonstra louvável avanço intelectual de ambos.

Doutro vértice surge o Código Civil de 1916, baseado no Projeto revisto de Clóvis Beviláqua, que traz em seu art. 4º a situação do nascituro, abraçando de forma expressa a teoria natalista.

O aludido artigo passou a ter a seguinte redação: Art. 4º A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro[21].

Note-se que a expressão ser humano já é substituída por homem, cujo entendimento fica mais restrito.

Cumprido mencionar que Clóvis Beviláqua em seus "Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil", Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, pág. 178, após elogiar abertamente a teoria concepcionista, ressaltando os seus excelentes argumentos, conclui ter adotado a natalista, "por parecer mais prática" (sic). No entanto, o próprio autor, nesta mesma obra, não resiste ao apelo concepcionista, ao destacar situações em que o nascituro "se apresenta como pessoa" [22](sic).

Para o Código Civil de 1916, basta que a criança nasça com vida. De acordo com ALMEIDA:

A personalidade civil do homem começa com o nascimento, diz concisamente o Código. Basta que a criança dê sinais inequívocos de vida, para ter adquirido a capacidade civil. Entre os sinais estão os vagidos e os movimentos característicos do ser vivo; mas, particularmente, perante a fisiologia, é a inalação do ar, cuja penetração, nos pulmões vai determinar a circulação do sangue no novo organismo, o que denota ter o recém-nascido iniciado sua vida independente[23].

Reporta-se, deste entendimento, ao Direito Romano Clássico, que somente reconhece como pessoa a criança que esteja completamente separada do corpo da mãe. Porém, diferentemente dos romanos, aqui não há necessidade da viabilidade, basta que sobreviva separado do corpo materno por alguns instantes para que tenha capacidade jurídica.

A comprovação do nascimento com vida se dá pela docimasia, sendo utilizada no Brasil a docimasia pulmonar hidrostática de Galeno, consistente na retirada do pulmão do nascido, que depois de se extinguir a circulação umbilical o anidrido carbônico acumulado no sangue excita o centro respiratório, determinando os primeiros movimentos musculares do tórax, com o aparecimento da função respiratória, que se instala e se mantém, ensejando a vida jurídica do novo ser, pessoa a partir de então, nos termos do art. 4º do nosso CC. Exatamente por isso, diz-se com Galeno, que viver é respirar, por extensão, com Gasper, que viver é respirar, não ter respirado é não ter vivido[24].

Desde já, pode-se afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 [25], já se contradizia, tendo em vista que, em que pese considerar a personalidade somente após o nascimento, já atribuía direitos inerentes a pessoas com personalidade jurídica.

Vale dizer, que o art. 4º do extinto Código Civil atribuía mera expectativa de direito ao nascituro, contudo, o mesmo diploma legal, nos artigos subseqüentes, dava direitos propriamente ditos, tal qual ocorre hoje com o atual Código Civil, vigente desde 2003.

Não se pode deixar de tratar do nascituro diante do Biodireito, vez que para os ramos da medicina e biologia a conceituação de vida decorre de estudos referentes à fisiologia da gravidez.

É claro que não se pretende lecionar sobre a fisiologia da gravidez, mas importante salientar que através do estudo dela, os médicos podem dedicar especial atenção a cada semana, a cada dia de vida do nascituro.

Explica ALMEIDA:

A vida humana tem início quando um óvulo é fecundado por um espermatozóide, ou nas palavras de M. S. Gilbert, ‘para cada um de nós a vida começa em um instante despercebido, obscuro, e sem nobreza quando o espermatozóide mergulha dentro de um óvulo maduro’[26].

Completa ainda a mesma autora que a fecundação é, portanto, o marco inicial do desenvolvimento humano, que só estará completo na idade adulta[27].

Através da embriologia[28] , podem-se descobrir as más formações congênicas do feto e por meio da perinatalogia, que estuda a possibilidade de correção dessa anomalia, vê-se a possibilidade de corrigi-la, inclusive através de cirurgia intra-uterina, que já é tida como outro ramo da medicina especializada.

A obstetrícia desenvolveu-se de tal modo que hoje se podem diagnosticar doenças e corrigi-las antes mesmo do nascimento, através de técnicas denominadas amniocentese, ultra-sonografia, terapia médica, transfusão sanguínea e atos cirúrgicos intra-uterinos.

Tem-se que a amniocentese – processo pelo qual é retirada amostra do líquido amniótico – permite a detecção de anomalias cromossômicas, distúrbios hematológicos, alterações bioquímicas e malformações do sistema nervoso central, como a anencefalia e a hidrocefalia. Por meio da ultra-sonografia, é possível visualizar o feto e até mesmo o esvaziamento de sua bexiga; fazer-lhe deduções sobre a saúde, baseadas em seu tamanho e proporções, bem como na quantidade de líquido amniótico. Utilizando um endoscópio inserido no cérvix uterino, podem-se obter amostras de sangue ou da pele de um feto. Pela transfusão intra-uterina de sangue, alguns fetos com a já mencionada eritroblastose fetal podem ser salvos. O sangue é injetado por meio de uma agulha inserida na cavidade peritoneal do feto, e, em um período de cinco ou seis dias, a maioria das células passa para a circulação fetal. [29] (sic)

Ainda quanto as técnicas de terapia médica, observa-se que se administram medicamentos a fetos que sofram de deficiências vitamínicas, de alterações de ritmo cardíaco e disfunção da tireóide, seja fornecendo a droga à mãe, seja dissolvendo-se no líquido amniótico, que o feto engole instintivamente. Mais recentemente, além da citada transfusão sanguínea, têm sido relatados, com sucesso, atos cirúrgicos intra-uterinos, como a drenagem dos ventrículos cerebrais na hidrocefalia e a drenagem vesical na hidronefrose[30].

O primeiro trabalho de transfusão sanguínea intra-uterina, com sucesso, realizou-se em 1963 na Nova Zelândia e a primeira cirurgia realizada no interior do útero ocorreu em 1980 no hospital universitário de Chicago nos Estados Unidos [31].

Hoje, nos Estados Unidos, existem clínicas especializadas em tratamentos intra-uterinos, inclusive dedicados à medicina preventiva, de forma que o entendimento é de que a prevenção de doenças deve iniciar na fase intra-uterina.

A médica psiquiatra Eleanor Madruga LUZES, através de estudos referentes à pessoa de Judah Folkman, este pesquisador do câncer, afirma:

Existe uma estreita ligação entre índices altos de cortisona (hormônio ligado ao stress) no organismo da mulher grávida e a formação insatisfatória do sistema nervoso do feto. Há uma relação entre a formação do sistema nervoso no organismo fetal e a saúde dos órgãos. Hoje, este assunto já tem sido explorado em vasta literatura, o que nos permite dizer com certeza que medicina preventiva começa na vida intra-uterina[32].

Traz ainda ALMEIDA acerca dos atos cirúrgicos intra-uterinos no Brasil:

Em São Paulo, a Medicina e a Cirurgia Fetais estão bastante desenvolvidas, destacando-se o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, a Escola Paulista de Medicina e a Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, onde procedimentos cirúrgicos intra-útero, como a encefalocentese (drenagem do cérebro), em casos de hidrocefalia, e a cordocentese (coleta de sangue do feto mediante punção do cordão umbilical para detecção de doenças) são habituais[33].

De outro vértice, tem-se o desenvolvimento da Biogenética, fazendo-se necessário seu estudo tendo em vista que após o descobrimento do DNA e do emprego de técnicas de reprodução humana, sem sequer abordar-se a possibilidade de clonagem humana, refletem ao estudo da concepção e, principalmente, do discutido início da vida.

Pela primeira vez na história da civilização, e em razão dos avanços médico-científicos, destacando-se a ciência da vida, a pessoa humana pode interferir no corpo humano determinando seu funcionamento inclusive no que concerne às funções reprodutoras.

Diante de mais um assunto de alta complexidade, pincelaremos apenas a importância e a discussão diante do início da vida, que, de forma indireta, é o tema da presente pesquisa.

Essas técnicas científicas de fertilização decorreram especialmente da necessidade da procriação tida pelas mulheres. Assim coloca GAMA:



A esterilidade historicamente sempre foi cultuada na civilização como algo depreciativo em relação à pessoa, transparecendo que o estéril seria pessoa inferior às outras que, por sua vez, dotadas da função reprodutora, eram capazes de perpetuar a sua existência no mundo terreno por intermédio de seus descendentes[34].

Continua o mesmo autor: O filho, na visão católica, não é algo devido, não podendo ser objeto de propriedade; ao contrário, é um dom, decorrente do matrimônio, servindo como testemunho da doação recíproca e integral de seus pais[35].

Passada a questão histórica e religiosa, observa-se que, nos dias de hoje, a vontade de se ter um filho é possível de ser realizada inclusive às pessoas estéreis, através da reprodução assistida.

Sobre o tema, embriões, tem-se tido inúmeras discussões, sobretudo em decorrência das conseqüências jurídicas, eis que se produzem quantidade de embriões superiores às utilizadas pelos médicos nas fertilizações. Assim, o que fazer com os embriões excedentes? São eles nascituros? Podem ou devem ser descartados?

Algumas correntes doutrinárias não vêem o embrião como nascituro, eis que apesar de possuir carga genética própria, só podem ser considerados como tais quando implantados no útero materno.

Maria Helena Diniz, citada por VIEIRA et al, ressalta:

[...] a vida teria início, naturalmente, com a concepção no ventre materno. Desse modo, na fertilização in vitro, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que inicia a vida, seria a nidação do zigoto ou do ovo que a garantiria; logo, para alguns autores o nascituro só seria 'pessoa' quando o ovo fecundado fosse implantado no útero materno, sob a condição de nascimento com vida[36].

Entretanto, noutra ponta resta a corrente doutrinária minoritária que afirma que se o embrião possui carga genética própria já é pessoa.

Coloca corretamente SEMIÃO:

A procriação humana assistida perturba valores, crenças e representações que se julgavam intocáveis. Ela divorcia a sexualidade da reprodução, a concepção da filiação, a filiação biológica dos laços afetivos e educativos, a mãe biológica da mãe substituta[37].

Contudo, o que voga da questão da procriação medicamente assistida é: quando inicia a vida? Como o direito vai estabelecer normas para os embriões excedentes? Como controlar a reprodução heteróloga? E as questões de sucessão? E a barriga de aluguel?

Do ponto de vista jurídico a fecundação humana extra corpórea quando feita de forma heteróloga, principalmente, enseja regulamentação, tendo em vista a legitimidade da paternidade ou maternidade e as questões de filiação, alimentos e sucessão.

De grande importância é a regulamentação jurídica a respeito do nascituro, vez que já ocorrem casos em que o direito ainda não se pronunciou e a solução resta esperada.

Assim, destaca-se o caso verídico trazido por SEMIÃO ao citar a autora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos:

...conta que um rico empresário chileno, Mário Rios, e sua esposa, Elza, após o falecimento de sua única filha, tentaram ter outros filhos sem sucesso. Em 1981, viajaram para Melbourne, onde se apresentaram ao médico Carl Wood para se submeterem à fertilização artificial. A tentativa inicial fracassou, mas o doutor Wood comunicou Elza que havia oportunidade para outras operações graças à preservação de dois embriões congelados. A mulher preferiu esperar um pouco mais, para readquirir estabilidade emocional. Voltando para o Chile, no final do ano de 1983, o casal morreu em um acidente de avião. Os dois embriões continuaram vivos na Austrália, herdeiros de uma fortuna. Para recebê-la deveriam nascer. Com a mãe morta a mãe de substituição também teria direito à uma parte do espólio? O caso, inédito no mundo, abriu uma nova discussão[38].

O que fazer com os embriões que estão congelados?

Para alguns autores não há o que se discutir. SEMIÃO citando artigo de Silmara J. A. Chinelato e Almeida, afirma que corrobora quando esta diz:

‘somente se poderá falar em ‘nascituro’ quando houver a nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a

sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, o embrião na fecundação in vitro, não se considera nascituro' [39].

Além disso, a procriação medicamente assistida, gênero donde derivam as espécies inseminação artificial e fertilização in vitro, traz outras discussões, eis que ditas espécies de fertilização podem ocorrer de forma homóloga e heteróloga, ficando à mercê a questão da paternidade no caso da forma heteróloga, como, a questão da regularização da possibilidade da gestação em útero alheio (barriga de aluguel).

No que se refere à regulamentação e às questões de fertilização, bem como sobre proibir o descarte ou ainda sobre a conservação dos embriões excedentes e até mesmo sobre a responsabilização civil da clínica por sua permanência e qualidade no arquivamento, não se abordará no presente artigo.

Avoca-se somente para as várias nuances da reprodução assistida que repercute em diversas áreas do Direito Civil, razão pela qual se encontra em plena ebulição jurídica, sem consenso definido.

No entanto, no que concerne à sua comercialização, convém alertar que alguns autores entendem por analogia ao sangue, nos termos do art. 194, § 4º, da CF/88, de forma que está categoricamente proibida a venda de embriões.

Diante disso, quanto às doações entende-se sejam permitidas, tal qual ocorre com órgãos e com o sangue, porém, quanto a sua utilização para fins científicos entende-se que devam ser reguladas pelo código de ética médico.

Conforme se observou a questão do Biodireito e da Biogenética ainda restam de forma bastante polêmica, razão pela qual a discussão do embrião concebido in vitro ou crioconservado [40] merece ser tratada em artigo exclusivo.

A despeito de todo o abordado é o fato de que o Código Civil traz direitos ao nascituro, tais quais adoção, alimentos provisórios, curatela, legitimidade para investigar paternidade, desenvolvimento gestacional, doação, entre outros, os quais só pessoas com personalidade jurídica poderiam ter.

1. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em 16/05/06.
2. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em 16/05/06.
3. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em 16/05/06.

4. Constituição da República federativa do Brasil será abreviada no decorrer da monografia pela sigla CF/88.

5. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro 1988.

6. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 178.

7. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 178.

8. FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito civil: teoria geral. p. 15-16.

9. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 178, conforme redação original extraída por Almeida em consolidação das Leis Civis, 3. ed. Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1896, p. 1-2.

10. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 179.

11. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 179-180.

12. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 181.

13. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 180.

14. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 182-183.
15. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinetato e. Tutela civil do nascituro. p. 183.
16. NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral. p.40.
17. FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito civil: teoria geral. p.16.
18. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 188.
19. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 188.
20. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 192.
21. BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil (revogada pela lei 10.406/02).
22. Citação retirada da apostila de Civil do Professor Pablo Stolze Gagliano.
23. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 194.
24. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 196.

25. Código Civil de 1916 será abreviado no decorrer da monografia com a utilização da sigla CC/16.

26. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 112.

27. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 112.

28. Embriologia é o estudo do desenvolvimento do ovo até a fase embrionária, estudo da fase pré-natal, que ocorre a partir da sétima semana de gestação. Definição da autora baseada na obra de ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 113.

29. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 115.

30. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 115.

31. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 116.

32. LUZES, Eleanor Madruga. Uma história interessante sobre um pesquisador de câncer – algumas observações sobre a humanização da medicina. Disponível em [www.pensamentoecologico.org/revista](http://www.pensamentoecologico.org/revista). Acesso em 16/05/06.

33. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. p. 116-117.



34. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. p. 89.

35. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. p. 92.

36. VIERIA, Tereza Rodrigues, et al. Células-tronco embrionárias e os direitos do nascituro – parte I, Revista Jurídica Consulex – ano X, n° 223, 30 de abril de 2006, p. 14.

37. SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. p. 168.

38. SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. p. 171-172

39. SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. p. 173.

40. Crioconservado é o termo médico utilizado para designar a conservação dos embriões, congelados em nitrogênio, para utilização futura. Definição da autora, baseada na obra de GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. p. 734.

\* Advogado

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080411105824102>.

Acesso em: 08 maio 2008.