

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

NATHALIA SANTOS PEREIRA OGIBOWSKI

A VIDA E SEU INÍCIO

**CURITIBA
2013**

NATHALIA SANTOS PEREIRA OGIOWSKI

A VIDA E SEU INÍCIO

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

NATHALIA SANTOS PEREIRA OGIBOWSKI

A VIDA E SEU INÍCIO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof^a. Dr^a. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz
Orientadora

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Primeiro Membro

Prof^a. Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Segundo Membro

Curitiba, 05 de dezembro de 2013.

Ao querido Vô Raimundo exemplo de
perseverança, carinho e paciência
que nos deixou para alegrar o céu.
Ao meu irmão, amigo, companheiro e
confidente Serginho. Que sua alegria
nunca deixe de iluminar nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Acredito que bons exemplos devem ser cultivados e que pessoas queridas não podem ser esquecidas.

São em momentos como este, porém, que tenho a oportunidade de agradecer pelo carinho, amizade, trabalho em equipe, amor e confiança em mim depositados.

Assim, gostaria de agradecer àqueles em quem me espelho, que me servem de exemplo e que busco, de alguma forma, ser igual.

À minha professora e orientadora Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz, por todos os ensinamentos transmitidos desde o início da minha caminhada pelo Direito, pela paciência nos meus predominantes momentos de dúvida e, especialmente, pela confiança na realização deste trabalho.

Ao querido professor Rodrigo Xavier Leonardo, por ter me transmitido a sua paixão pelo Direito Civil e por ter me mostrado que quando fazemos o nosso trabalho com amor e dedicação a resposta sempre é positiva.

Aos meus maiores exemplos de amor, força, coragem e afeto. Meus pais. Independentemente das minhas escolhas sempre estiveram ao meu lado. Responsáveis por me ensinar que devemos buscar o caminho da verdade e da justiça e que fazer a coisa certa, ainda que não seja a trilha mais fácil, no final, é a mais recompensadora. Amor eterno e incondicional.

Às minhas amadas avós, por todo carinho, abraço apertado, torcida e orações. É um privilégio e uma alegria indescritível tê-las ao meu lado.

Às Famílias Pereira e Ogibowski por acreditarem em mim e no meu potencial, por serem minha maior torcida e fã-clube.

Aos presentes que o curso de Direito me proporcionou. Laís e Luiza. Sem vocês, tudo teria sido mais pesado, difícil e incompleto.

A você, por quem reservo imenso carinho e admiração, meu muito obrigada pelo companheirismo, apoio e incentivo constantes. Exemplo de comprometimento e dedicação.

A todos que de alguma maneira me auxiliaram e me deram força para a conclusão deste trabalho.

Muito obrigada.

RESUMO

Objetiva, a presente monografia, a abordagem quanto às questões envolvendo embriões excedentários provenientes das técnicas de reprodução assistida. Inicialmente, procede-se ao estudo da bioética e do biodireito, bem como sua evolução ao longo da história e sua principiologia. Aborda-se, a problemática no que concerne ao início da vida, as teorias existentes na doutrina pátria, assim como as classificações adotadas pelo Código Civil quanto aos sujeitos de direito. Na sequência, trata-se da matéria relativa à reprodução humana, perpassando-se, especificamente, pelas técnicas de reprodução assistida. Discorre-se ainda, sobre as implicações éticas e críticas levantadas por doutrinadores acerca destas técnicas. Em seguida, aborda-se a questão relativa aos embriões excedentes, suas possíveis destinações e a problemática envolvendo a falta de regulamentação específica nestes casos. Ao final, constata-se que o direito não consegue suprir o avanço das ciências abrindo-se novas lacunas ao passo que a evolução da biotecnologia se coloca.

Palavras-chave: bioética; biodireito; dignidade da pessoa humana; início da vida; teorias quanto ao início da vida; embrião; nascituro; reprodução humana assistida; embriões excedentários.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO	11
2.1 A BIOÉTICA	11
2.1.1 Os princípios da bioética	15
2.2 O BIODIREITO	21
2.3 BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	24
3 DISCUSSÕES ACERCA DA VIDA E SEU INÍCIO	32
3.1 O INÍCIO DA VIDA	33
3.2 AS TEORIAS QUANTO AO INÍCIO DA VIDA	33
3.2.1 Teoria natalista	34
3.2.2 Teoria genético desenvolvimentista	39
3.2.3 Teoria da personalidade condicional	40
3.2.4 Teoria puramente concepcionalista	41
3.3 O EMBRIÃO	43
3.3.1 A pessoa física	44
3.3.2 O nascituro	47
3.3.2.1 Apontamentos sobre o Projeto de Lei n. 478/2007 - Estatuto do nascituro...	48
3.3.3 A prole eventual	50
3.3.4 O embrião pré-implantatório	51
4 A REPRODUÇÃO HUMANA	55
4.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	59
4.1.1 Inseminação artificial (IA)	59
4.1.2 Fecundação in vitro e transferência de embriões (FIVETE)	61
4.1.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)	63
4.1.4 Transferência intratubária de zigoto (ZIFT)	65

4.2 IMPLICAÇÕES ÉTICAS E CRÍTICAS SOBRE O TEMA.....	66
5 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	69
5.1 DESTINO DOS EMBRIÕES.....	72
5.1.1. A criopreservação	72
5.1.2 A doação	75
5.1.3 A doação para fins de uso em pesquisa	77
5.1.4 A destruição.....	78
5.2 A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA COM RELAÇÃO AOS EMBRIÕES EXCEDENTES PROVENIENTES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS CONSEQUÊNCIAS	80
6 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

As descobertas da genética nos apresentam a um só tempo uma promessa e um dilema. A promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza – para melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de nossos filhos; para melhorar nossa capacidade física e cognitiva; para tornar “melhores do que a encomenda”. Michael J. Sandel.

O estudo das ciências e a curiosidade de descobrir o mistério da vida sempre foi uma preocupação dos homens. Desde a antiguidade muitos se debruçaram sobre esse assunto para buscar as respostas do desconhecido das quais, aos poucos, cada vez mais, nos aproximamos.

É notável o avanço da biotecnologia. Manipular a vida humana vem se tornando realidade. Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida auxiliam o impossível a ser completamente normal. Assim, o homem manipula a vida do seu semelhante, investindo-se, muitas vezes, de poderes que até então somente poderiam ser atribuídos a algo superior a ele, Deus.

A sociedade, no entanto, e, de maneira geral, não está apta a receber todas as alterações que ocorrem dia após dia com relação ao avanço das ciências. Dessa forma, nasce mais uma necessidade jurídica tendo como escopo a regulação e criação de soluções viáveis para os problemas que fatalmente emergem quando do progresso da ciência.

Isso tudo se evidencia com a popularização das técnicas de reprodução assistida e faz com que os debates acerca da vida se intensifiquem, colocando em xeque até mesmo os direitos fundamentais cuja análise deve acompanhar as alterações trazidas por uma nova realidade que se impõe.

Nesse sentido, objetiva-se no presente estudo analisar a questão atinente à problemática da falta de regulamentação específica em questões envolvendo embriões excedentes provenientes das técnicas de reprodução assistida. Embora seja evidente a necessidade de tratamento jurídico para estas questões, a doutrina ainda se mostra um tanto tímida ao tratar sobre o assunto, perpassando apenas no

estudo quanto o destino dos embriões excedentários, sem adentrar especificadamente na problemática ora vislumbrada, qual seja, a falta de regulamentação nestes casos.

Para isso, num primeiro momento, serão esboçados conceitos de bioética e de biodireito, dando-se ênfase à evolução histórica destes institutos. Destacar-se-á, da mesma forma, os princípios que os norteiam e a importância que a eles deve ser dada para a relação médico-paciente.

Na sequência, serão apresentadas as discussões existentes em nossa doutrina no tocante ao início da vida. Para tanto, a problemática com relação ao seu termo inicial será demonstrada por meio das teorias existentes em nosso direito pátrio. Também será objeto de análise o embrião propriamente dito e de que maneira, ou não, ele é tratado pelo direito. A vista disso, questões relacionadas à pessoa física, ao nascituro, à prole eventual e embrião pré-implantatório serão abordados.

Em seguida, adentrar-se-á, mais especificamente, no tema atinente à reprodução dos seres humanos, consignando-se os tipos de reprodução assistida existentes. Ainda, serão objeto de observação as implicações éticas e algumas críticas tecidas sobre a questão.

Enfim, com o objetivo de que possa ser estudado o tema relativo à míngua de legislação específica sobre o tema, fundamental demonstrar os destinos atualmente existentes para os embriões excedentes resultantes das técnicas de reprodução assistida.

Destarte, serão retratados apontamentos que se julgam essenciais à compreensão do problema apontado, sempre adstritos às ideias apresentadas ao longo deste trabalho. Assim, apontar-se-á de que forma o Direito brasileiro vem tratando os embriões excedentários, abordando os Projetos de Lei já editados, bem como Resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 1.358/92).

Sem qualquer pretensão de esgotar a complexidade do tema ora exposto, ao final serão feitas considerações acerca da falta de regulamentação específica com relação aos embriões excedentes provenientes das técnicas de reprodução assistida e às consequências que isso pode gerar não só às pessoas envolvidas, mas a toda sociedade.

2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

Com o avanço das ciências e da tecnologia nos deparamos com uma diversidade de possibilidades no âmbito da medicina, talvez, jamais imaginadas. Atualmente, existe uma infinidade de tratamentos para as doenças mais distintas, a fim de melhorar a qualidade de vida das pessoas delas acometidas, assim como um grande número de alternativas de geração de vida de modo não tradicional.

Desse modo, o progresso da ciência, especialmente da biotecnologia, vem não só para auxiliar aqueles que dela necessitam para a manutenção de sua vida, como também para aqueles que somente por meio dela poderão gerar uma. Por intermédio da solução de problemas de infertilidade, como ainda para casos de esterilidade.

Nesse particular aspecto, o tema atinente à reprodução assistida, especialmente com relação aos embriões excedentários, por sua vez, transparece a insuficiência com que o Direito contemporâneo trata essas questões. Isso porque, como será possível observar no decorrer deste trabalho, a dinâmica dos avanços tecnológicos e de maneira significativa da ciência, não é acompanhada pelo Direito. Desse modo, a solução das questões que surgem com as novidades nesses campos, por vezes, deve ser ponderada pelo operador do Direito, o qual, por sua vez, introduz seus critérios morais e princípios sociais para tanto.

Assim, antes de entrar especificamente na discussão acerca das técnicas de reprodução assistida, suas implicações no campo do Direito e principalmente a falta de regulamentação sobre o tema, necessário se faz verificar os aspectos atinentes à Bioética e ao Biodireito. Este estudo é fundamental à orientação tanto da Biotecnologia, quanto das técnicas de reprodução assistida, bem como para demonstrar de que forma os princípios éticos devem ser vistos e o porquê de sua importância nos dias de hoje.

2.1 A BIOÉTICA

Luiz Edson Fachin e Vicente de Paulo Barretto, no prefácio do livro *Direito, Sexualidade e reprodução humana*, de Maria Claudia Crespo Brauner asseveraram que a bioética surgiu a partir da releitura de paradigmas científicos, bem como por meio da ousadia do ser humano ao dispor novos conhecimentos visando à própria alteração da vida¹.

Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz explicam que: "No seio da comunidade médica, há o consenso de que, na transição para o terceiro milênio, o exercício da medicina se defronta com problemas novos que não dizem respeito exclusivamente a aspectos técnicos, mas envolvem a ordem médica".²

Conforme esclarece Silvia da Cunha Fernandes³, a cada dia nos deparamos com novas técnicas de transmissão da vida. Essas geram vários impactos sociais, tanto na esfera privada como na coletiva, emergindo uma série de dúvidas e, em raríssimas vezes, respostas.

Assim, tendo em vista o progresso biomédico, a indagação mais constante é quanto ao *modus agendi*, ou seja, como proceder sem ferir valores éticos fundamentais.⁴

Dessa forma, nasce um desafio ético e moral já que a sociedade contemporânea é estruturada com base em valores, dentre os quais destaca-se a proteção à vida humana. Assim, nas palavras de Luciano Dalvi:

A principal função do Direito em relação às novas biotecnologias é impor limites na atuação dos cientistas, para que possam realizar pesquisas científicas sem ferir Direitos inexoráveis do ser humano como a vida e a dignidade da pessoa humana.⁵

A bioética se mostra, então, como uma forma de mediar as implicações existentes entre a ciência e a ética nas relações humanas⁶. Trata-se do modo de se

¹ FACHIN, Luiz Edson. BARRETTO, Vicente de Paulo. Prefácio. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

² SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito "in vitro"**. Da bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.39.

³ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 06.

⁴ *Loc.cit*

⁵ DALVI, Luciano. **Curso avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.15.

⁶ FERNANDES, *op. cit.* p. 06.

fazer ciência, levando-se em conta critérios morais, toda vez que envolver a vida humana.⁷

Conforme ensina José Roque Junges, a expressão bioética foi criada e utilizada pela primeira vez no ano de 1971, por Van Rensselaer Potter, oncólogo e professor da Universidade de Wisconsin, em sua obra *Bioethics: Bridge to the future*. No entanto, um ano antes da publicação de referido livro, Potter já havia proferido a palavra bioética no artigo *Bioethics: the Science of Survival*.

O autor, com esse estudo, pretendia demonstrar a pertinência de uma nova sabedoria regulamentadora das relações vitais dos seres humanos, tanto com relação ao meio ambiente, quanto com o inter-relacionamento dos seres da mesma espécie.

As conclusões do autor no tocante à abrangência da bioética deram-se a partir de suas experiências com o câncer. Deduziu, então, que ela deveria ser a ciência que cuida da sobrevivência face às ameaças à vida. A sua proposta incluía, também, o estudo do interesse ecológico e do meio ambiente.⁸

No mesmo ano da publicação da obra consagrada de Potter⁹, criou-se o primeiro instituto que trazia em seu bojo o viés da bioética. Trata-se do instituto *The Joseph and Rose Kennedy¹⁰ Institute for Study of Human Reproduction and Bioethics*, criado na Georgetown University, na cidade de Washington. A partir do ano de 1979 passou a ser denominado apenas de *The Kennedy Institute of Ethics*.¹¹

Referido Instituto, cuja obra máxima foi a *Encyclopedia of Bioethics*¹² (1978), apresentava uma preocupação educativa para a bioética, sendo lida apenas como uma extensão da ética médica¹³, diferentemente do que Potter traçou¹⁴, ou seja, “um

⁷ DALVI, 2008. p.16.

⁸ JUNGES, José Roque. **Bioética**. Perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p.16-18.

⁹ *Bioethics: Bridge to the future*

¹⁰ Tal Instituto leva o nome Kennedy, pois financiado pela família Kennedy.

¹¹ JUNGES, *op. cit.* p. 16-17.

¹² “Interessante é o estudo feito por Javier Sábada, no qual afirma que o conceito existente na Enciclopédia de Bioética tem influência de Hellegers, ginecologista católico, que trabalhava em uma universidade de Jesuítas, e que, seis meses mais tarde da publicação do livro de Potter, funda o J. R. Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics. Diferentemente da ideia original de Potter, Hellegers menciona os aspectos negativos da bioética, os limites para possíveis transgressões”. NAMBA, Edison Tetsudo. **Manual de bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009. p.10.

¹³ JUNGES, *op. cit.* p.17-19.

¹⁴ “A finalidade da bioética, segundo Potter, é auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, cautelosa, no processo de evolução biológica e cultural. O meio ambiente seria o cerne da pesquisa”. NAMBA, *op. cit.*, p.8.

conhecimento de como usar o saber para o bem da sociedade, (...) que este saber seja organizado em termos de sobrevivência e progresso da vida da humanidade”.¹⁵

No ano de 1976 surgiu o primeiro centro de bioética fora dos Estados Unidos¹⁶ e, foi mais tarde, na década de 80, que a importância desse estudo se disseminou pela Europa.¹⁷

Em decorrência da análise da bioética sob a perspectiva médica adotada pelo *Kennedy Institute of Ethics*, no ano de 1988, Potter publicou o livro *Global Ethics*, como forma de reação.¹⁸ Isso porque este pregava as noções da bioética atreladas ao estudo do meio ambiente e não somente no aspecto médico.

Ainda que seja criador do termo “bioética”, não se pode atribuir a Potter a concepção de bioética que hoje se apresenta.¹⁹

Luciano Dalvi explica que o vocábulo bioética advém da união da palavra ética com o radical bio. Elucida que enquanto o elemento bio significa vida, a palavra ética constitui “um preceito moral eivado de humanidade que envolve todas as relações da sociedade, sendo assim, um agente facilitador da dignidade da pessoa humana”.²⁰ Afirma ainda que “é um padrão de conduta que respeita o ser humano em sua individualidade e na sua condição de existência sem interferências de má índole”.²¹

Desse modo, a significação de bio e ética, transparece a ligação existente entre dois campos científicos distintos. Assim é encargo tanto dos médicos como dos juristas perceber, de forma interdisciplinar, o quadro que se coloca, que para Emerson Ike Coan, seria a própria crise contemporânea da sociedade.

Esse autor, a partir das ideias de Francesco Bellino, afirma que a atual realidade paradoxal da bioética decorre do fato de o objeto da ética não ser mais o ser propriamente dito, mas o não ser do homem, ou seja, aquele que ainda não é.²²

¹⁵ JUNGES, 2005. p. 19.

¹⁶ Tal centro (*Centre de Bioéthique*), fundado em Montreal no Canadá, como parte do *Institut de Recherche Clinique*, teve como cerne de estudo a ética ligada à pesquisa clínica.

¹⁷ O primeiro centro de estudos sobre a bioética na Europa se deu na cidade de Barcelona, o *Instituto Borja de Bioética*.

¹⁸ JUNGES, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹ SOARES, André Marcelo; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito: Uma Introdução**. Rio de Janeiro: Loyola, 2002. p. 17.

²⁰ DALVI, 2008, p.15.

²¹ *Idem*.

²² COAN, Emerson Ike. *Biomedicina e Biodireito. Desafios Biomédicos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da*

Luciano Dalvi ensina que a bioética se subdivide em duas categorias: a Macrobioética e a Microbioética.

Para ele, enquanto a Macrobioética estaria voltada para questões atinentes ao meio ambiente, ou seja, “seria uma ética em que se pensasse na evolução da ciência sob o prisma do Direito ambiental”, a Microbioética decorre de um viés atinente à própria vida humana.²³

Todavia, essa classificação não desnatura a essência da bioética que, por sua vez, visa a um comportamento ético na atuação científica.

2.1.1 Os princípios da bioética

Preliminarmente à verificação das especificidades dos princípios bioéticos, faz-se necessária uma análise histórica sobre a evolução desta ciência.

André Marcelo M. Soares orienta que a bioética pode ser dividida em três fases.

A primeira delas, entre 1960 e 1977, dá-se com o início das pesquisas pelos primeiros grupos de médicos e de cientistas preocupados com os avanços da tecnologia e da ciência. Nessa fase há a formação dos primeiros institutos de estudos bioéticos como o já mencionado *Kennedy Institute*. A segunda fase, por sua vez, de 1978 a 1997, foi marcada pela publicação do relatório de Belmont, que será objeto de análise, bem como pela primeira fecundação *in vitro* de sucesso. Por fim, a terceira fase, que teve início no ano de 1998 e perdura até os dias de hoje, destaca-se pela clonagem em animais, pela descoberta do genoma humano, dentre outros.²⁴

Segundo Marco Segre²⁵, os princípios da bioética formam o chamado principialismo que tem como objetivo assegurar a eticidade das pesquisas realizadas em seres humanos.

inviolabilidade do Direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246-261.

²³ DALVI, 2008, p.16.

²⁴ SOARES, 2002. p. 19.

²⁵ SEGRE, Marco. COHEN, Claudio. (orgs). **Bioética**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002. p.35.

Historicamente, a preocupação com a bioética e seu estudo, surgiu com o Código de Nuremberg²⁶ de 1947, em decorrência das diversas crueldades praticadas por meio de experiências com seres humanos, durante a Segunda Guerra Mundial, pelos médicos nazistas.²⁷ Com ele, buscou-se traçar princípios éticos a serem verificados com relação a experimentos com pessoas.

Ao todo, o Código de Nuremberg expõe dez princípios norteadores a serem verificados quando se realiza pesquisa com pessoas, a saber: o consentimento voluntário do paciente; produção de resultados vantajosos para a sociedade; prévia utilização com animais; não ocorrência de sofrimento ou dano desnecessários; não ocorrência de morte ou invalidez permanente; grau de risco limitado à importância do problema; cuidados com a proteção da pessoa que se submete ao experimento; somente pessoas cientificamente qualificadas devem fazer as experiências; direito do paciente de se retirar da pesquisa; em caso de risco de dano, invalidez ou morte, deve o pesquisador suspender os procedimentos.

O consentimento voluntário do paciente se mostra importante no sentido de que somente pessoas capazes de exprimir suas vontades poderão se submeter a pesquisas. Dessa forma, essas pessoas devem exercer livremente o seu direito de escolha sem que haja qualquer tipo de interferência externa. A vontade deve ser livre de qualquer vício, não se podendo delegar esse direito.

Quanto ao princípio de que deve haver produção de resultados vantajosos à sociedade, importante destacar que os fins a serem buscados não podem ser obtidos por outros meios.

A necessidade de prévio experimento em animais tem o condão de se buscar conhecimento da evolução do tema a ser estudado, de forma que os resultados já obtidos justifiquem a pesquisa com seres humanos.

O quarto princípio disposto no Código de Nuremberg, por sua vez e, por si só, já demonstra a preocupação em se evitar sofrimento de qualquer natureza às pessoas submetidas à pesquisa.

²⁶ Em 9 de dezembro de 1946, o Tribunal de Nuremberg julgou vinte e três pessoas, destas, vinte eram médicos que foram considerados criminosos de guerra, em decorrência das atrocidades praticadas com seres humanos, por meio de experiências. Com a sentença desse julgamento, exurgiu o documento que se denominou Código de Nuremberg, o qual visava traçar recomendações sobre aspectos éticos em casos de pesquisas com seres humanos. CÓDIGO de Nuremberg. Site do Centro de Bioética CREMESP. Disponível em: <www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em: 05.08.2013.

²⁷ FERNANDES, 2005. p. 09.

Outra preocupação é quanto à morte ou invalidez permanente. Assim, havendo indícios de que alguma dessas hipóteses pode ocorrer com a pesquisa, não se pode levá-la adiante, exceto quando o próprio médico pesquisador se submete ao experimento.

Já quanto ao risco aceitável à realização do experimento, verifica-se que este deve ser limitado em conformidade com a importância humanitária que a pesquisa visa à resolução.

Os cuidados com a proteção da pessoa que se submete ao experimento dizem respeito aos cuidados necessários a serem tomados a fim de proteger a pessoa de qualquer tipo de dano, invalidez ou morte.

No mais, mostra-se importante e necessário que somente pessoas qualificadas conduzam os experimentos. Ademais, sem prejuízo da vontade expressa pelo paciente pela participação no experimento, este poderá, a qualquer tempo, retirar-se da pesquisa, por qualquer motivo.

Por fim, o pesquisador deve sempre suspender os procedimentos quando verificar a possibilidade de resultar qualquer tipo de dano, invalidez ou morte do paciente.²⁸

Seguindo a tendência de preocupação com relação a pesquisas realizadas com seres humanos, apresentada em primeiro plano pelo Código de Nuremberg, a Associação Médica Mundial, em reunião no ano de 1964, durante a 18ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial que ocorreu em Helsinque, na Finlândia, redigiu um novo documento, denominado Declaração de Helsinque.²⁹ Essa declaração, por sua vez, visa orientar, também por meio de princípios éticos, todas as pessoas que realizam pesquisas em seres humanos, em especial os médicos, servindo como base para diversas legislações e códigos de conduta, inclusive em âmbito internacional.³⁰

Já no ano de 1974, após o recebimento de uma série de denúncias pelo Congresso Norte Americano envolvendo atitudes reprováveis de médicos com pacientes negros, idosos e crianças, verificou-se a necessidade de instituir princípios éticos norteadores nos casos de experimentos com seres humanos. Para tanto,

²⁸ CÓDIGO de Nuremberg. Disponível em: <<http://www.gtp.org.br/new/documentos/nuremberg.pdf>>. Acesso em: 05.08.2013.

²⁹ DECLARAÇÃO de Helsinque. Disponível em: <www.amb.org.br/teste/internacional/declaracaohelsinki_revisada.pdf>. Acesso em: 05.08.2013.

³⁰ FERNANDES, 2005. p. 10.

criou-se uma Comissão, em 12 de julho do mesmo ano, que elaborou o Relatório de Belmont, em 1978, que enfatizou, pela primeira vez, a utilização dos princípios do respeito às pessoas, beneficência e justiça quanto aos dilemas bioéticos.³¹

No Brasil, contudo, foi somente no ano de 1992 que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1358, estabeleceu normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.³²

Já no ano de 1995, com o advento da Lei de Biossegurança (Lei nº 8.974/95), regulamentaram-se os incisos II e V, do §1º, do artigo 225, da Constituição Federal, a fim de regular o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM) e autorizar o poder público a criar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).³³

No ano seguinte, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº196, que aprovou diretrizes e normas regulamentadoras no tocante a pesquisas envolvendo seres humanos³⁴ e incorporou em seu texto referenciais básicos da bioética, tais quais a autonomia, a não maleficência e a justiça, visando assegurar

³¹ GOLDIM, José Roberto. **Princípios éticos**. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/belmont.htm>. Acesso em: 05.08.2013.

³² I – PRINCÍPIOS GERAIS

1- As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2- As técnicas de RA podem ser utilizadas desde exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3- O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

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

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

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

7- Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

³³ FERNANDES, 2005. p. 11.

³⁴ CONSELHO Nacional de Saúde. Resoluções. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm>. Acesso em: 18.08.2013.

tanto aos indivíduos quanto ao Estado, os direitos e deveres que regem a comunidade científica.³⁵

Assim, tendo em vista o progresso apresentado durante o decorrer dos anos, traçam-se os princípios centrais da bioética.³⁶

Sobre eles, Marco Segre assim dispõe:

Sempre que se procura estabelecer “princípios”, na verdade, se está querendo erigir uma norma, uma regra, enfim, um norte, que venha ao encontro do que nós sentimos serem nossas tendências. É sempre oportuno lembrar que a postura ética emerge da percepção de um fenômeno que ocorre dentro de cada um de nós. Essa situação ocorre com relação a três dos tão decantados princípios da bioética: autonomia, beneficência e não maleficência (o da justiça está, ao menos em parte, fora desta reflexão), e não da obediência a regras, códigos ou princípios.³⁷

Em contrapartida, Francesco Bellino discorre que os chamados “princípios gerais da ética biomédica” são: o princípio da autonomia (autodeterminação), da beneficência e o da justiça (distribuição equânime de benefícios e obrigações na sociedade).

Assevera o autor que nenhum dos princípios gerais de ética biomédica pode ser visto de forma isolada e absoluta, mas sim, verificados simultaneamente para evitar conflito entre si e efeitos não intencionais.³⁸

O princípio da autonomia, conforme elucidada Marco Segre, é “conquista recente”, emergido durante a fase do Iluminismo europeu, a partir dos estudos de Descartes, Montesquieu, Kant e Freud.³⁹ Ele se revela como a liberdade individual da própria pessoa. Assim, priorizam-se as suas decisões, desde que estas não coloquem em risco a vida de outras pessoas, ou que impeçam que estas exerçam seu direito de autonomia.

Do mesmo modo que o princípio da autonomia se mostra como a liberdade do indivíduo, também deve ser observado como o dever de o médico respeitar a

³⁵ CONSELHO Nacional de Saúde. Resolução 196 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm>. Acesso em: 18.08.2013.

³⁶ Estes princípios centrais da bioética são decorrência, principalmente, do Relatório de Belmont, redigido pela Comissão Nacional que tinha o encargo de identificar princípios básicos a nortear as pesquisas e tratamentos com seres humanos. Assim, os princípios que esta Comissão identificou são: o da autonomia, o da beneficência e o da justiça. *In* NAMBA, 2009. p.10-11.

³⁷ SEGRE, 2002. p.37.

³⁸ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Bauru: EDUSC, 1997. p. 198-201.

³⁹ *Loc.cit.*

vontade de seu paciente ou de seu representante da maneira mais ampla, ou seja, levando sempre em conta os seus valores morais e crenças.⁴⁰

Sendo assim, este princípio se revela como norteador do princípio do livre consentimento do paciente. Isso porque a troca de informações entre médico e paciente deve ser constante. Dessa forma, ambos adquirem o pleno conhecimento tanto no que tange ao estado clínico do paciente, quanto aos possíveis tratamentos a ele indicados. Deve-se ainda levar em conta a expressão da vontade do paciente de submeter-se a determinado tratamento.⁴¹

Ao passo que o princípio da autonomia se revela como a liberdade do indivíduo, o princípio da beneficência se refere à atividade médica. Assim, sob o viés ideológico eles se opõem diametralmente.⁴²

Silvia da Cunha Fernandes aduz que este princípio “objetiva o bem-estar dos enfermos, sem causar mal ou dano; significa fazer o bem ao paciente”.⁴³

Desta forma, cabe ao médico não causar dano ao seu paciente. Para isso, deve avaliar constantemente o binômio risco-benefício, ou seja, buscar sempre a potencialização dos benefícios em prol de seu paciente, com o fito de minimizar riscos, isto porque não é admissível que o paciente sofra desnecessariamente.

Francesco Bellino, por sua vez, dispõe que “O princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legitima a obrigatoriedade do consenso livre e informado, para evitar que o enfermo torne-se um objeto”.⁴⁴

Levando em consideração os princípios já tratados, tem-se que a última palavra será sempre do paciente ou de seu representante que, após receber as informações do médico sobre tratamento ou procedimento a ser submetido, decidirá o que fazer com base no princípio da autonomia. Todavia, caso o médico possua convicção diferente daquela expressa de seu paciente, poderá desobrigar-se de proceder como aquele deseja.⁴⁵

O princípio da justiça, por seu turno, estabelece que deve haver uma equidade na divisão de bens e benefícios médicos. Destarte, a todos devem ser

⁴⁰ FERNANDES, 2005. p. 12.

⁴¹ *Ibidem*. p. 13.

⁴² SEGRE, 2002. p.39.

⁴³ FERNANDES, *op. cit.* p. 14.

⁴⁴ BELLINO, 1997. p. 198.

⁴⁵ *Loc. cit.*

resguardados os mesmos direitos de ter acesso aos procedimentos necessários ao seu tratamento. Ainda, deve ser facultada ao paciente a escolha do tratamento que lhe pareça melhor, independentemente de seu custo, pois é dever do Estado prover à população serviços de saúde.⁴⁶

Marco Segre, quando trata do princípio da justiça explica que “ele decorre muito mais da moral social e, somente em última análise, da Lei, do que emana a individualidade”.⁴⁷

Para ilustrar isto, o autor destaca o famoso exemplo hipotético do caso de dois pacientes em estado de parada cardiorrespiratória, um ancião oncológico em estado terminal e um jovem com traumatismo craniano, em uma UTI. Esta, por sua vez, possuindo apenas um equipamento de “ressuscitação”. Ele ensina que nossa justiça levará à compreensão de que o jovem teria mais possibilidades de sobrevivência, com uma expectativa maior de vida, justificando o seu atendimento em detrimento do ancião. Assim, demonstra o critério social adotado pela coletividade, independentemente de legislação específica.

2.2 O BIODIREITO

Nas palavras de Luciano Dalvi “o Biodireito é a estrutura normativa das regras que regulam as condutas científicas direcionadas à evolução, desenvolvimento e análise da vida humana e do meio ambiente”.⁴⁸

Ao passo que a bioética apresenta seus princípios norteadores bem definidos, o Biodireito, conforme assevera Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, não possui qualquer documento que indique coincidência de nomenclatura tanto na doutrina quanto na jurisprudência.⁴⁹

Neste sentido, Luciano Dalvi dispõe que as denominações deste ramo do conhecimento são as mais diversas no que tange ao Direito estrangeiro. Em

⁴⁶ FERNANDES, 2005. p. 14-15.

⁴⁷ SEGRE, 2002. p.40.

⁴⁸ DALVI, 2008. p.16.

⁴⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Trquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 36.

Portugal denomina-se Direito Biomédico, no Uruguai a nomenclatura utilizada é Direito Biotecnológico, enquanto na França e na Argentina é chamado de Biodireito.⁵⁰

Não obstante isso, a relação existente entre a Bioética e o Biodireito é indiscutível. Isso decorre dos paradigmas apresentados pela bioética e da necessidade de se estabelecer regras para assegurar às pessoas envolvidas em processos de manipulação genética um tratamento legal, emergindo o estudo do Biodireito.

Destarte, não se pode afastar a análise da Bioética e do Biodireito, tendo em vista a influência do Direito na Bioética e vice-versa.

Entretanto, importante destacar a autonomia do Biodireito com relação aos outros ramos do Direito.

Neste sentido, Walter Esteves Piñeiro apresenta o Biodireito como sendo:

[...] o ramo do saber jurídico, didaticamente autônomo, que tem por áreas de conhecimento o conjunto das proposições jurídicas atinentes, imediata ou imediatamente à vida, desde o momento em que surge um novo ser até o derradeiro momento em que não há mais vida, envolvendo também, aquelas que têm por escopo delimitar o uso de novas tecnologias biomédicas.⁵¹

Ainda que didaticamente autônomo dos demais ramos do Direito em decorrência da lógica e princípios próprios, o Biodireito está subordinado à Constituição Federal.⁵² Assim, os princípios do Biodireito devem sempre ser norteados pelos constitucionais.⁵³

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, os princípios do Biodireito são: o da precaução, o da autonomia privada, o da responsabilidade e o da dignidade da pessoa humana.⁵⁴

De outro vértice é a classificação de Luciano Dalvi, mais abrangente, indicando os seguintes princípios do Biodireito: da beneficência, da evolução ético-científica, da autonomia, da sacralidade da vida e da dignidade da pessoa humana, da justiça, da ubiquidade, da cooperação entre os povos, da preservação da espécie

⁵⁰ DALVI, 2008. p.25.

⁵¹ SOARES, 2002. p. 74.

⁵² DALVI, *op.cit.* p.24-25.

⁵³ NAMBA, 2009. p.14.

⁵⁴ SÁ, 2009. p. 36.

humana, do *in dúbio pro vita* e da igualdade das vidas ou da não hierarquização da vida.⁵⁵

Para o autor, o princípio da beneficência decorre do princípio da proporcionalidade, isto é, da necessidade de verificação dos riscos e benefícios de toda experiência científica.

O princípio da evolução ético-científica traduz que o avanço ético deve ser sempre proporcional ao avanço científico. Para Luciano Dalvi, trata-se do mais importante princípio do Biodireito, pois “assegura uma proteção humanitária a toda sociedade face às experiências científicas”.

Neste sentido, na opinião do autor a Lei de Biossegurança, como um todo, seria inconstitucional, pois para ele, os cientistas não podem se utilizar de meios que retirem do ser humano o seu principal Direito, qual seja, o Direito à vida.

Do princípio da autonomia, por sua vez, transparece a possibilidade de a ciência atuar sem qualquer interferência, seja de entidades internacionais ou mesmo governamentais. Contudo, conforme ressalta Dalvi, isso não significa que as pesquisas não possam ser fiscalizadas.

Já o princípio da autonomia adotado por Maria de Fátima e Bruno Torquato é o princípio da autonomia privada. Para eles, este princípio é determinado internamente, através da conformidade com o ordenamento, ou seja, não há limitações, mas conformações.⁵⁶

Na sequência, Luciano Dalvi discorre sobre o princípio da sacralidade da vida e da dignidade da pessoa humana. Nesta ocasião, o autor reafirma a necessidade de tutela dos valores mais importantes, ou seja, a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. Isso somente seria possível por meio do afastamento de qualquer agressão contra a vida, o que deve ser vedado pela ciência.⁵⁷

Sobre o princípio da justiça o autor discorre:

Por este princípio devemos considerar que a manutenção de atividades científicas pelo Estado Brasileiro deve considerar os custos envolvidos e destinar assim, equitativamente no orçamento da União uma parcela representativa que permita aos cientistas trabalharem com maior facilidade técnica e sem defasagem de

⁵⁵ DALVI, 2008.p.17-19.

⁵⁶ SÁ, 2009.p. 37-38.

⁵⁷ DALVI, *op.cit.* p.19-23.

equipamentos para que permita um avanço significativo na ciência e possa estar entre as nações que mais se destacam no campo científico.⁵⁸

Dalvi destaca, ainda, o princípio da ubiquidade, que estabelece que o patrimônio genético deve ser preservado para que haja evolução humana sem sequelas ou mutações em decorrência de experimentos científicos.

À luz do que estabelece o artigo 4º da Constituição Federal e o princípio da cooperação entre os povos, os resultados de experimentos científicos devem ser compartilhados para que haja uma evolução científica equânime entre todos os países e povos.

O princípio da preservação da espécie humana visa à proteção do homem desde a sua concepção e está intimamente ligado ao princípio *in dubio pro vita*, uma vez que este estabelece que a vida se sobrepõe aos demais bens jurídicos.

Por fim, Dalvi conceitua o princípio da igualdade das vidas ou da não hierarquização dela. Desse modo, os indivíduos devem ser protegidos de qualquer discriminação ou tratamento diverso pelas pessoas. Outrossim, o autor entende que este princípio veda o tratamento distinto entre a vida embrionária intra ou extra uterina.

Neste particular aspecto Luciano Dalvi assevera que “[...] se eles não descartam os embriões é porque sabem que são vida, mas se faz experimentos científicos cujos resultados desastrosos criam pessoas sem lugar para desenvolver-se (embriões excedentários)”.⁵⁹

2.3 BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como ensina Jussara Meirelles, a noção de pessoa como objeto de cuidado e tutela, ou seja, dotado de dignidade é consequência de uma construção histórica.⁶⁰

Muito embora o homem no decorrer dos tempos tenha cometido diversas afrontas à sua própria espécie, atualmente, verifica-se a importância do respeito à dignidade da

⁵⁸ DALVI, 2008. p.23.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ MEIRELLES, Jussara. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.150-164.

pessoa humana, considerado como o princípio mais importante e utilizado como “critério essencial para conferir legitimidade a toda a ordem jurídica”.⁶¹ Além disso, ele é responsável por dar unidade e coerência ao conjunto de Direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet ao tratar sobre o assunto explica que sob a perspectiva do pensamento filosófico e jurídico da antiguidade clássica a dignidade estava ligada com a posição social a que a pessoa estava ligada. Desse modo, havia uma quantificação e modulação da dignidade pertencendo em uma mesma sociedade indivíduos mais dignos e indivíduos menos dignos.

Todavia, para os estoicos, todos os seres humanos possuíam a mesma dignidade e por isso, distinguiam-nos das demais criaturas. Para o pensamento greco-romano, a dignidade é apontada com duas características: como um dote (uma dádiva) e como uma conquista.

As ideias do Papa São Leão Magno, na primeira fase do cristianismo, destacam-se uma vez que este pregava que as pessoas eram possuidoras de dignidade, pois Deus os criou.

Já no início da Idade Média, definiu-se a dignidade da pessoa humana decorrente da individualidade e da racionalidade do homem. Esses preceitos, inicialmente afirmados por Anício Manlio Severino Boécio, foram retomados, mais tarde, por São Tomás de Aquino.⁶²

Na alta Idade Média, por meio do movimento denominado Jusnaturalismo cristão, o homem era visto como “ser único, absoluto, dotado de liberdade a ele imanente, oriundo dos desígnios de Deus”.⁶³ Dessa forma, observa-se que a origem deste princípio é, principalmente, religiosa com a máxima do respeito ao próximo.⁶⁴

Pode-se verificar, ainda que, do aspecto filosófico, o princípio da dignidade da pessoa humana é o cerne do imperativo categórico kantiano. Este apresenta a diferenciação do preço e da dignidade.

⁶¹ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito**. Ciência da vida, novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 271.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.33-42

⁶³ MEIRELLES, 2000. p.150.

⁶⁴ BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. P.250.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.⁶⁵

Dessa forma, cada indivíduo deve ser tratado como fim em si mesmo, a fim de não reduzir a pessoa a apenas uma maneira para se alcançar certos resultados.⁶⁶

Importante frisar que é o pensamento kantiano que, até os dias de hoje, muitas vezes fundamenta a conceituação da dignidade da pessoa humana. Ademais, é por meio dessa concepção, ainda que interpretada restritivamente, que se chega à pergunta com relação ao início e o final da dignidade da pessoa humana. Esse ponto é fundamental para se verificar questões atinentes aos embriões, bem como ao patrimônio genético das pessoas, quando se fala em biotecnologia e Biodireito.⁶⁷

No século XIV, entretanto, desvinculou-se a noção de pessoa como atributo religioso ou social. Caracterizava-se a liberdade individual como algo inerente ao próprio ser humano.

A partir das ideias de Rousseau (“contrato social”), iniciou-se o estudo do indivíduo não apenas por seu valor absoluto, mas principalmente por sua atuação perante a sociedade. Assim, por meio dessa ideia, inverteu-se a relação causal entre indivíduo, sociedade e Direito, conforme ensina Jussara Meirelles:

[...] são os indivíduos que criam a sociedade, o Estado e o Direito que a rege. Desse modo, há que se considerar Estado de Direito quando existe o reconhecimento às liberdades e aos Direitos fundamentais dos indivíduos que o integram e a quem se reconhece, de igual maneira, como seus criadores; do contrário, quando a primazia dos sujeitos não é considerada, afastado está o delineamento do chamado Estado de Direito.⁶⁸

Todas as ideias acerca do ser humano advindas desde a Antiguidade até o Humanismo moderno apresentaram seu ponto culminante na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que refletia os ideais da sociedade naquele momento

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Portugal: Edições 70, 2008. P.81.

⁶⁶ *Ibidem*. p.79-85.

⁶⁷ SARLET, 2011. p.42-44.

⁶⁸ MEIRELLES, 2000. p.151.

histórico, pós Revolução Francesa, que, em resposta ao regime absolutista vivido até então, pregava a igualdade de todos.⁶⁹

A partir daí, os questionamentos quanto à liberdade dos homens começaram a ser vistos por um novo ângulo, deixando de ser um tema meramente acadêmico ou religioso.

Dessa forma, com o fim da Segunda Guerra Mundial, o homem deixou de ser tratado como mero objeto, passando a ser observado como detentor de interesses próprios. Exemplo desta mudança de paradigma ocorreu com a condenação de diversos médicos nazistas pelo Tribunal de Nuremberg, cujos julgamentos ocorreram entre os anos de 1945 e 1946 e, como consequência, a edição do Código de Nuremberg.

Como ensina o Ministro Luís Roberto Barroso, esta época foi marcada pela reconstrução dos Direitos humanos tendo como cerne o princípio da dignidade da pessoa humana. Este, por seu turno, influenciou um grande número de documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, além das constituições democráticas, tais quais as Constituições: Italiana de 1947, Alemã de 1949, Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978.⁷⁰

Em 1948, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), aprovou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que confirmou os ideais constantes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Aquela, por sua vez, reafirmou a concordância dos povos com relação aos Direitos e liberdades básicas que devem ser tutelados para todos os homens.⁷¹

Na Constituição brasileira promulgada em 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana vem estampado logo no artigo 1º, inciso III, inserido como um dos fundamentos da República. Ademais, é um princípio que “integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, por consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição”.⁷²

É salutar destacar a tese exposta por Canotilho quanto à dignidade da pessoa humana como base da República. Ele ensina que isso transmite “o reconhecimento do

⁶⁹ SANTIAGO, Emerson. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Site Terra. **Infoescola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/Direito/declaracao-dos-Direitos-do-homem-e-do-cidadao/>>. Acesso em: 21.08.2013.

⁷⁰ BARROSO, 2009. p.369.

⁷¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Cidadania e Justiça. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/Direitos-do-cidadao/declaracao-universal-dos-Direitos-humanos>>. Acesso em: 21.08.2013.

⁷² BARROSO, *op.cit.* p.178.

homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”. Assim, a República deve ser vista como uma organização política disposta a servir ao homem, e não vice-versa.

Ele ainda destaca que a dignidade da pessoa humana demonstra “a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico”. Isso significa dizer que, uma vez tendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, não se admite “verdades” ou “fixismos” seja em âmbito político, religioso ou filosófico.⁷³

Como leciona Barroso:

A dignidade da pessoa humana está na origem dos Direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essência de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à origem. [...] Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.”⁷⁴

Dessa forma, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser basilar em nosso ordenamento, é inerente a todas as pessoas, independentemente de suas diferenças. É inadmissível a não observância desse princípio em qualquer uma das dimensões dos Direitos fundamentais humanos, ou seja, os individuais, os políticos e os sociais.

Ademais, é este princípio que limita o poder do Estado, frente aos homens cujas necessidades básicas devem ser por ele asseguradas. Neste sentido, Barroso ressalta a ligação da dignidade da pessoa humana à proteção do mínimo existencial.

O Ministro ainda esclarece que a doutrina civilista extrai do princípio da dignidade da pessoa humana todos os demais direitos da personalidade, sendo reconhecidos a todos os homens e oponíveis aos outros indivíduos e ao Estado. Assim, são englobados por este princípio os direitos ao corpo, à integridade física, à saúde, à honra, dentre outros.

Especificamente no que tange à integridade física, inserem-se as questões atinentes à reprodução assistida e suas implicações éticas.⁷⁵

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.225-226.

⁷⁴ BARROSO, 2009. p.250-253.

⁷⁵ *Ibidem*. p.250-254.

Do princípio da dignidade da pessoa humana, então, transparece a individualidade de cada pessoa, sendo cada uma única.

Neste talante, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é o principal fundamento do Estado Democrático de Direito, ela deve nortear não só todo o ordenamento jurídico, mas também ser o pilar da Bioética e do Biodireito.⁷⁶

Inocência Mártires Coelho ao tratar sobre o tema, afirma que “dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência”.⁷⁷ Aduz ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana é sempre considerado como um valor pré-constitucional, metajurídico e de hierarquia supraconstitucional, mas que é importante lembrar que não existem princípios absolutos.

Dessa forma, o autor expõe as ideias de Alexy para explicar que o princípio em tela possui uma gradação de realização, não se podendo falar em princípio absoluto, muito embora, geralmente, prefere-se a aplicação deste em detrimento dos demais princípios. Destaca que não se discute o valor inerente da dignidade da pessoa humana em si, mas que se faz necessária a crítica de que este princípio seria absoluto.

Na opinião do autor, no entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser sobreposto aos demais princípios e valores, não pode se chocar com eles, mas sim e somente, com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar sua fala, Inocência explica que o referido princípio seria confrontado consigo mesmo em um caso hipotético em que duas ou mais pessoas, possuidoras de mesma dignidade, entrem em conflito apto a causar danos equivalentes a este valor supremo.⁷⁸

Conforme explica Emerson Ike Coan, a dignidade da pessoa humana é um Direito irrenunciável sendo manifestado desde a concepção, ainda que artificial, perdurando até a data da morte. Ademais destaca que:

O homem não é um simples produto da natureza, ou seja, só um ser biológico, mas um ser social capaz de atuar conscientemente sobre aquela, modificando-a, à luz de sua liberdade racional e responsável, o que implica sempre limites éticos. A isto pode-se embasar o princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se a constatação de que os avanços tecnológicos e científicos não são neutros e acabados em si mesmos.⁷⁹

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 7-8.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.214.

⁷⁸ *Ibidem*. p.214-219.

⁷⁹ COAN, 2001, p. 246-261.

Jussara Meirelles destaca ainda que “inadmissível, assim, que a pessoa humana seja utilizada como um mero instrumento na busca de finalidades egoísticas ou aparentemente superiores; antes, impõe-se seja vista exclusivamente como um fim último em si mesma”.⁸⁰

Sob essa perspectiva, o homem não pode ser verificado como produto da natureza, mas sim como um ser social dotado de Direitos que devem ser respeitados. A dignidade da pessoa humana destaca, assim, a importância do respeito do homem como pessoa independentemente de fatores externos tais quais sexo, religião, raça, condição social, dentre outros.

Destarte, tendo em vista as constantes alterações no campo da ciência e da tecnologia, verifica-se a necessidade, tanto dos operadores do Direito, como dos médicos e cientistas, de regulamentação das novas técnicas que se apresentam.

Paulo Lôbo, citando os ensinamentos de Jürgen Habermas, aduz que se deve distinguir dignidade da vida humana e dignidade da pessoa humana. Essa diferenciação é importante tendo em vista as manipulações genéticas. Isso porque o embrião e o nascituro, para o autor, não são considerados pessoa, mas seriam detentores do Direito à dignidade da vida humana.⁸¹

Uma questão que se coloca ao tratar sobre as intervenções da ciência na vida, como ocorre nas reproduções assistidas, é que este fato ameaça a dignidade da pessoa humana. Para Michael Sandel, tal assertiva é verdadeira, contudo, o autor explica que o grande desafio é identificar a maneira como a realização de práticas envolvendo a engenharia genética “reduz nossa humanidade”. O que se coloca não são apenas questões de cunho científico, mas principalmente moral, pois não se tem certeza não só dos meios utilizados, mas também dos fins almejados e buscados por intermédio das pesquisas.⁸²

José Cabral Pereira Fagundes Júnior assevera que as regulamentações do campo bioético não são suficientes, porque existe um limite que permite a livre escolha a se tomar. Assim, os avanços da ciência obrigatoriamente precisam ser limitados pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁸³, não sendo permitida a sua violação.⁸⁴

⁸⁰ MEIRELLES, 2000. p.163.

⁸¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.101.

⁸² SANDEL. Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p.35.

⁸³ FAGUNDES JÚNIOR, 2001, p. 268-269.

⁸⁴ NAMBA, 2009. p.16.

Outrossim, diante das premissas da bioética e do Biodireito, toda a intervenção que possa atingir a integridade física, mental ou mesmo a vida de uma pessoa, deve ser delimitada por conceitos éticos, sendo inadmissível a não verificação dos Direitos humanos, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana.⁸⁵

Uma vez analisadas as questões referentes à bioética e ao Biodireito, principalmente no que tange a relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante verificar os marcos dos direitos de personalidade. Isso se torna necessário para que se possa verificar de que forma o Direito vem tutelando as pessoas naturais, os nascituros, a prole eventual e os embriões pré-implantatários.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

3 DISCUSSÕES ACERCA DA VIDA E SEU INÍCIO

Vida, uma palavra dotada de diversas significações a depender do ramo de estudo. Exemplo disso são os diferentes sentidos apresentados para este verbete, pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa em que se destacam os seguintes: “3. o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; existência; 8. o conjunto de acontecimentos mais relevantes na existência de alguém”.⁸⁶

Para o Direito, a vida tem uma importância muito grande, tendo em vista o destaque a ela conferido por nosso constituinte ao assentar o Direito à vida dentre os Direitos fundamentais disposto no *caput* do artigo 5º. Trata-se de um pressuposto de todos os demais Direitos e liberdades constitucionais.

Conforme o estabelecido no artigo 4º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica, de cujo acordo o Brasil é signatário, é assegurado o Direito à vida desde o momento da sua concepção.⁸⁷

No mesmo sentido, expressa Paulo Gustavo Gonet Branco: “O Direito à vida é a premissa dos Direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio Direito de estar vivo para usufruí-lo”.⁸⁸

Segundo Maria Helena Diniz:

“[...] se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao Direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O Direito ao respeito da vida não é um Direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um Direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal.”⁸⁹

⁸⁶ VIDA In GRANDE Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. P. 2858.

⁸⁷ 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. CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 09.09.2013.

⁸⁸ MENDES, 2010. p.441.

⁸⁹ DINIZ, 2002.p. 22.

Assim, verificamos hodiernamente uma preocupação com relação ao Direito à vida e as implicações decorrentes de questões referentes à interrupção de gravidez, bem como atinentes à tutela dos embriões excedentes.

O ponto crucial, então, para a solução destas questões reside justamente no ponto em que a vida se inicia e, de consequência, no Direito à vida.

3.1 O INÍCIO DA VIDA

A delimitação do início da vida para o Direito é um ponto muito delicado. A discussão se destaca principalmente quando as questões do abrupto avanço tecnológico são postas em xeque, como, por exemplo, temas da medicina, como as pesquisas com células-tronco ou fecundação in vitro.

Neste sentido, Joaquim Toledo Lorentz destaca que a questão da delimitação do marco inicial da vida humana é crucial para se determinar a legitimidade ou não dos métodos utilizados atualmente.⁹⁰

Quanto ao tema, o consenso é o dissenso existente entre doutrinadores e até mesmo entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Neste particular aspecto, pode-se verificar que as omissões legislativas não se apresentam tão somente em temas novos para o Direito, mas também para questões já tão discutidas, como é o marco inicial da vida das pessoas. Isso porque a própria Constituição Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Todavia, ao estabelecer as cláusulas pétreas, estabelece o Direito da pessoa, contudo a interpreta como um “indivíduo-pessoa” destinatário dos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, e não uma “pessoa em potencial”, dando ensejo às mais diversificadas correntes.

3.2 AS TEORIAS QUANTO AO INÍCIO DA VIDA

⁹⁰ LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 331.

Para a biologia, a vida tem início no exato momento em que o espermatozoide penetra no óvulo, formando o zigoto, ou seja, a partir da aquisição de carga genética própria e individual.⁹¹ Assim, já nesta fase, o zigoto não se confunde mais nem com o pai, nem com a mãe, sendo o corpo desta apenas um ambiente de desenvolvimento.

A ANVISA, por meio de sua Resolução nº 33 de 17 de fevereiro de 2006, dispõe que a vida tem início com o aparecimento dos sinais das estruturas que darão origem ao sistema nervoso.⁹²

Já no que tange ao ordenamento jurídico, tendo em vista a grande divergência doutrinária, criaram-se diferentes teorias buscando explicitar quando a vida se inicia, as quais se passam a analisar.

3.2.1 Teoria natalista

Sobre o começo da vida, o artigo 2º, do Código Civil, ventila o termo inicial para considerar o ser humano como pessoa e apto a receber toda a gama de Direitos a ele inerente, qual seja, o nascimento com vida.⁹³

Não obstante a clareza do artigo 2º do Código Civil, ainda muito se discute sobre a personalidade civil do nascituro. Por isso são objeto de análise de muitos doutrinadores as teorias acerca do início da vida.

A noção adotada pelo Código Civil é denominada teoria natalista. Todavia, ainda que ela considere como pessoa somente aquele ser humano nascido com vida, assegura, desde a concepção, uma expectativa de direitos ao nascituro, que adquirirá personalidade com o termo nascimento com vida.

Essa teoria é adotada, por exemplo, pelos Códigos espanhol, português, francês, alemão, suíço, japonês, italiano⁹⁴, além do brasileiro.

⁹¹ NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p.42.

⁹² RDC/ANVISA nº33. **Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/RDC_33.pdf>. Acesso em: 12.09.2013.

⁹³ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os Direitos do nascituro. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002..

Além disso, como ensina Flavio Tartuce, são adeptos dessa teoria (na sua maioria) os autores modernos ou clássicos do Direito Civil. Para eles, então, o nascituro não teria personalidade, mas tão somente mera expectativa de Direitos.⁹⁵

O professor Paulo Lôbo, adepto desta teoria, dispõe que “todo ser humano nascido com vida é pessoa” e ensina que esta concepção não é biológica, mas sim cultural e histórica que o Direito se apropria. Dessa forma, uma vez que somente o ser humano que nasce é considerado pessoa, para o autor, uma natimorto jamais pode ser considerado pessoa.

Nas palavras do autor:

A pessoa física começa a existir quando nasce com vida. O nascimento é um fato jurídico, cuja eficácia independe da vontade da quem quer que seja. Pouco importam as feições que apresente, as deficiências físicas inatas ou as deficiências mentais.⁹⁶

Ele ensina que pessoa é um sujeito de direito com capacidade plena ou ilimitada em âmbito civil. Assim, distingue pessoa física de nascituro quanto à personalização, ou seja, a primeira é considerada sujeito de direito personalizada, enquanto o nascituro, para o autor, é visto como sujeito de direito não personalizado.

Além do nascituro, o autor enumera como sujeito de direitos não personalizados os embriões excedentários, a prole eventual e as futuras gerações humanas.⁹⁷

Muito embora se afirme que no Brasil a teoria adotada acerca do início da personalidade é a natalista, Silmara Chinelato explica que o texto do Código (artigo 2º) adota tanto essa teoria quanto a concepcionalista, que se opõem entre si, apresentando uma evidente contradição.⁹⁸

No Brasil, no entanto, a jurisprudência está, paulatinamente, reformulando a interpretação dada ao artigo 2º do Código Civil. Esta alteração se dá, principalmente, em decorrência da repersonalização⁹⁹ do Direito, ideia imposta pela nova

⁹⁴ NORBIM, 2006. p.44.

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p.68.

⁹⁶ LÔBO, 2012. p.105.

⁹⁷ *Ibidem*. p.96-100.

⁹⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.2.

⁹⁹ Elimar Szaniawski ensina que: “Nossa Constituição em vigor, seguindo exemplo das demais, adotou entre os princípios fundamentais que a norteiam, no art. 1º, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e a salvaguarda de sua dignidade como ser

Constituição Federal, uma vez que, historicamente, esse dispositivo foi criado essencialmente visando à proteção patrimonial por meio do direito à herança.

Exemplo desta alteração pode ser verificado nas decisões que envolvem o direito à indenização dos nascituros em razão da morte de seu genitor em acidente de trânsito.¹⁰⁰

Outro exemplo desta tendência é com relação ao reconhecimento de paternidade e pedido de alimentos ao nascituro, representado por sua genitora.¹⁰¹ No caso ilustrado, o Desembargador Relator aduziu que embora o Direito pleiteado pela genitora em nome do nascituro seja personalíssimo e intransmissível, haveria situações em que estes direitos poderiam ser repassados, sem alterar seu núcleo. Para tanto, ilustrou como exemplo o direito à imagem, em que a pessoa pode autorizar que outra pessoa a explore sem descaracterizar, contudo, o próprio direito.

humano. Adotou a categoria do *Direito geral da personalidade*, sem deixar, no entanto, de tipificar entre as garantias individuais fundamentais alguns dos Direitos da personalidade. Esta preocupação em valorizar o sujeito como ser humano e em salvaguardar sua dignidade, colocando o indivíduo como centro, como principal destinatário da ordem jurídica, tem sido denominada de *repersonalização* do Direito. É tendência geral a inclinação pela adoção da *repersonalização* do Direito Civil, tendo em vista que o Direito é um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico na noção de dignidade do ser humano". SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do Direito e redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.25.

¹⁰⁰ ACIDENTE DE VEICULO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DO PAI DO AUTOR - RESPONSABILIDADE DOS RÉUS RECONHECIDA - ANTERIOR AÇÃO INDENIZATÓRIA PROMOVIDA POR ESPOSA DA VÍTIMA - DIREITO DO FILHO, NASCITURO NA ÉPOCA DO ACIDENTE, ASSEGURADO - DIREITO À REPARAÇÃO RECONHECIDO ARBITRAMENTO - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 992.05.015535-0. 26ª Câmara de Direito Privado. Relator: Norival Oliva. São Paulo, 6 abr. 2010. **Site do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsg.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4412509&v1Captcha=cqfcc>>. Acesso em: 05.09.2013.)

¹⁰¹ NASCITURO. INVESTIGACAO DE PATERNIDADE. A GENITORA, COMO REPRESENTANTE DO NASCITURO, TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR ACAO INVESTIGATORIA DE PATERNIDADE. APELO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70000134635. 7ª Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 nov. 1999. **Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=ate%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70000134635.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3A null%29&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70000134635.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3A null%29&requiredfields=>)>. Acesso em: 05.09.2013.)

Além desses exemplos, ainda pode-se citar o tratamento equitativo do nascituro aos filhos já nascidos de um trabalhador que se vitimou em um acidente de trabalho.¹⁰²

Não obstante, verificam-se entre os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal os contornos tortuosos e grande divergência sobre o tema ao julgarem a ação direta de inconstitucionalidade n. 3510¹⁰³, sobre a qual far-se-á breve comentário.

Referida ação versava sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que pretendia impedir pesquisas com células-tronco embrionárias sob a argumentação de que a vida se inicia com a fecundação dos gametas, sustentando-se que este dispositivo violaria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, por maioria simples, o Supremo julgou constitucional a realização desse tipo de pesquisa.

¹⁰² RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. - Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. - Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. - É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes. - Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes - É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes. - A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 931556 RS 2007/0048300-6. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 5 ago. 2008. **Site do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=931556&b=A COR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 05.09.2013).

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3510. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510.NUME.+OU+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzuefxy>>. Acesso em: 23.09.2013.

O voto do ministro relator, Carlos Ayres Britto, visava à improcedência da ação fundando sua opinião no fato de que a vida humana instituída de personalidade civil “é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”.

Com o relator votou a ministra Ellen Gracie que não considera como pessoa o “pré-embrião” não implantado no útero materno.

Em oposição a eles, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito defendeu a parcial procedência da ação, afirmando que é necessário o estabelecimento de controles e limites sobre as atividades exercidas pelas clínicas de fertilização.

A Ministra Carmen Lúcia também defendeu a improcedência da ação, destacando a diferença entre terapia e tratamento, ressaltando a vedação daquelas para a realização de experiências com seres humanos.

O ministro Ricardo Lewandowski, por seu turno, assim como Carlos Alberto Menezes Direito, votou pela parcial procedência da ação.

O ministro Eros Grau asseverou pela improcedência da ação, afirmando a constitucionalidade da lei. Para o Ministro, o embrião seria uma pessoa capaz de adquirir Direitos com a condição suspensiva do nascimento.

Pela improcedência da ação também votaram os ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto, pela improcedência da demanda afirmando que a definição do início da vida para o desfecho do caso em questão era desnecessária, pois, para ele, “são questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde os tempos imemoriais e que nunca foram resolvidos sequer com relativo consenso”. Para o Ministro, não existe resposta pacífica aceita de maneira universal para este questionamento.

Gilmar Mendes afirma que de todo o debate feito a esse respeito pode-se apenas chegar à conclusão de que “não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis”.

Ele aponta que ainda os adeptos da teoria natalista não podem negar que existe um ser na fase pré-natal digno de proteção. Dessa forma, o que deve ser discutido é qual a postura a ser tomada pelo Estado para proteger esses entes.

O Ministro aponta ainda a necessidade de observação do princípio da responsabilidade, tendo em vista que o objeto de análise dos avanços tecnológicos e científicos em questão é o próprio homem, devendo o Estado regular estes pontos. Neste sentido, Gilmar Mendes encerra seu voto afirmando que o artigo 5º da Lei em

discussão deveria ser lido a partir do princípio da responsabilidade observando-se sempre o princípio da proporcionalidade.

Flávio Tartuce tece uma crítica a essa teoria afirmando que esta está distante da realidade que se mostra atualmente diante das novas tecnologias de reprodução assistida e da proteção dos Direitos do embrião, bem como se distancia das tendências de proteção ampla dos Direitos da personalidade.

Dessa forma, para o autor, tendo em vista que a teoria natalista se contrapõe em alguns dispositivos do Código Civil, como os que asseguram Direitos àqueles que foram concebidos e não nasceram, afirma que já existe razão suficiente para verificar a superação desta corrente doutrinária.¹⁰⁴

Visto isso, passa-se à análise de uma segunda teoria a respeito do início da personalidade, a genético desenvolvimentista.

3.2.2 Teoria genético desenvolvimentista

Os seguidores desta teoria defendem que o embrião humano, no início de seu desenvolvimento, não apresenta características individuais ao ponto de identificá-lo como pessoa.¹⁰⁵

Por esta razão, busca-se constantemente a delimitação de critérios que apontem a individualidade do embrião.

Assim, para os adeptos deste pensamento, o ser humano passa por fases distintas. São elas a de pré-embrião, embrião e feto.¹⁰⁶

Leite ensina que até o atingimento da segunda fase, compreendida do primeiro ao décimo quarto dia de gestação, para pesquisadores ingleses admitir-se-ia o seu uso para pesquisas, desde que com o consentimento dos seus geradores e desde que haja a garantia de posterior destruição dos embriões¹⁰⁷, conforme dispõe o Relatório de Warnock.¹⁰⁸

¹⁰⁴ TARTUCE, 2011. p.68-69.

¹⁰⁵ MEIRELLES, 2000. p.114.

¹⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.384.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ O Relatório de Warnock, publicado em 1984 no Reino Unido visava esclarecer as questões referentes a reprodução humana e embriologia. Nele, autoriza-se a utilização de pré-embriões em

Importante destacar que esta é a teoria mais aceita pelos cientistas, os quais consideram que até um determinado período o embrião humano não pode ser reconhecido como pessoa humana, uma vez que até então não há vida.¹⁰⁹

Contudo, uma crítica que se pode traçar acerca desta teoria é a ausência de delimitação do exato momento em que o embrião é considerado pessoa. Isso porque, ainda que alguns possam considerar os embriões como aqueles que alcançaram de sete a oito semanas de idade, a literatura médica não dispõe, ao certo, este marco.¹¹⁰

Além disso, para Callioli, citado por Eduardo de Oliveira Leite, esta teoria é deficitária uma vez que divide o embrião em uma fase anterior e uma fase posterior à aquisição da dignidade humana, o que seria inadmissível para a cultura jurídica.

Fica extremamente perigoso submeter a condição de ser humano a tributos tais como tamanho, forma e função, pois neste caso seriam mais humanos (mais sujeitos dos Direitos humanos) os adultos do que as crianças, os mais inteligentes do que os menos, etc.¹¹¹

3.2.3 Teoria da personalidade condicional

Já para a corrente da teoria da personalidade condicional, conforme Flávio Tartuce explica, a personalidade civil somente é atribuída após o nascimento, mas os direitos do nascituro ficam sujeitos a uma condição suspensiva, sendo direitos eventuais.¹¹²

Condição, conforme estabelece o artigo 121 do Código Civil, é a cláusula que derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio

pesquisas, desde que até o décimo quarto dia de gestação e com a certeza de destruição ao final, em contraposição ao que se estabeleceu o Código de Nuremberg. Ademais, esse relatório foi o responsável pela criação da expressão pré-embriões a fim de determinar o primeiro período embrionário. Isso foi uma opção para se justificar a realização de pesquisas em embriões. GOLDIM, José Roberto. Pesquisa em embriões. **UFRGS**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/embrpes.htm>>. Acesso em 11.09.2013.

¹⁰⁹ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento Jurídico Moderno e seus desencontros com a biotecnologia**. Curitiba: UFPR, 2012. P.225.

¹¹⁰ MEIRELLES, 2000. p.113.

¹¹¹ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Aspectos da Fecundação Artificial "in vitro". Revista de Direito Civil. São Paulo, v.44, a 12, p 71-95, abr/jun 1988. P. 79. *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.385.

¹¹² TARTUCE, 2011. p.69.

jurídico a evento futuro e incerto. Já a condição suspensiva, de acordo com o artigo 125, do mesmo Código, dispõe que a eficácia do negócio jurídico fica subordinada à condição suspensiva. Assim, enquanto esta não se verificar, não se terá o direito a que se visa.

Dessa forma, verifica-se que a condição suspensiva a que os Direitos do nascituro ficam sujeitos é justamente o seu nascimento com vida.

Flávio Tartuce enumera algumas críticas com relação a essa corrente afirmando que ela é apegada tão somente a questões patrimoniais, sendo insuficiente, pois não dá conta da questão dos Direitos da personalidade do nascituro. Estes, conforme leciona Tartuce, não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo.

Por fim, afirma que acredita que esta doutrina seja essencialmente natalista, uma vez que atribui a personalidade com o advento do nascimento, não havendo, desse modo, uma teoria mista.¹¹³

3.2.4 Teoria puramente concepionalista

A teoria puramente concepionalista, segundo Luciano Dalvi Norbim, é a única que não afronta o Direito à vida.¹¹⁴ Isso porque se considera a personalidade do nascituro desde a sua concepção, ou seja, é considerado pessoa desde a sua fecundação. Assim, havendo vida, há personalidade. Como adeptos dessa teoria, temos os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil como a professora Silmara Chinelato¹¹⁵, Francisco Amaral¹¹⁶, além de Pablo Stolze¹¹⁷, Flávio Tartuce¹¹⁸, dentre outros.

Jussara Meirelles define tal teoria da seguinte forma:

¹¹³ TARTUCE, 2011. p.69.

¹¹⁴ NORBIM, 2006. P.45.

¹¹⁵ ALMEIDA, 2000. p.160.

¹¹⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.256-257.

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1**: parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82-88.

¹¹⁸ TARTUCE, *op. cit.*p.69-73.

A fecundação do óvulo humano assinala o começo da vida de cada indivíduo, distinto daqueles que contribuíram biologicamente para a sua formação e dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento. Essa noção de autonomia possibilitou à corrente doutrinária denominada concepionalista sustentar que o embrião humano caracteriza-se como pessoa a partir da concepção.¹¹⁹

A professora destaca a importância desta teoria para a distinção dos embriões de meras “coisas”. Dessa forma, desde o primeiro momento eles são tidos como um indivíduo humano e substancial.¹²⁰

Paulo Gustavo Gonet, adepto desta teoria, justifica a sua posição teórica explicando que a maneira para se reconhecer e proteger o Direito à vida é somente por meio da noção de que ela existe desde a concepção, independentemente do modo como se dá, se naturalmente ou *in vitro*. Continua afirmando que o nascituro é um ser humano, diferente de sua mãe e pertencente à espécie biológica *homo sapiens*.¹²¹

Elimar Szaniawski, por sua vez, assim dispõe:

[...] o embrião já é um ser humano em desenvolvimento e a personalidade de um indivíduo inicia-se a partir da concepção. O embrião é um indivíduo concebido que está se desenvolvendo. A lei ao lhe outorgar, desde a concepção, os direitos do nascituro está reconhecendo que o mesmo é titular de direitos em formação. Sendo titular de direitos, de qualquer natureza ou espécie, só pode ser possuidor de personalidade.¹²²

Tal entendimento é adotado pelos Códigos argentino, austríaco, mexicano, paraguaio e peruano.¹²³

Importante destacar que esta corrente doutrinária foi recepcionada pela I Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado n. I, que dispõe que a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, demonstrando a grande importância desta lógica.

¹¹⁹ MEIRELLES, 2000. p.91.

¹²⁰ DIAS, 2012. p.224.

¹²¹ MENDES, 2010. p.444-446.

¹²² SZANIAWSKI. Elimar. O embrião excedente: o primado do Direito à vida e de nascer. Análise do artigo 9º do Projeto de Lei so Senado n.90/99. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 8, p. 83-107, out/dez 2001, p.97.

¹²³ NORBIM, 2006. p.45.

3.3 O EMBRIÃO

Leciona Jussara Meirelles que é por meio de sua personalidade jurídica que a pessoa observa a projeção de sua personalidade psíquica, mas que é a partir da primeira que exsurge grande importância, uma vez que é por ela que os indivíduos recebem “a existência, a forma, a extensão e a força ativa”.¹²⁴

Sobre a personalidade, Elimar Szaniawski assim dispõe:

Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Os bens do homem são protegidos tanto pelos efeitos reflexos do Direito objetivo como pelo Direito subjetivo, sendo sua natureza diversa. Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados *Direitos de personalidade*.¹²⁵

Segundo a concepção doutrinária tradicional seriam considerados sujeitos de direitos as pessoas naturais.¹²⁶

Não obstante o nascimento com vida, na Roma antiga para ter personalidade jurídica era necessário ser detentor de três *status*: *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*. Assim, para ser detentor de personalidade a pessoa deveria ser livre, havendo a expressa exclusão dos escravos. Além disso, era necessário ser cidadão e estes, por sua vez somente poderiam ser homens nascidos em Roma suprimindo deste rol os estrangeiros e as mulheres. Por derradeiro, somente detinha personalidade o *paterfamilias* denominado *sui iuris*, pois os demais componentes da família, os *alieni iuris*, possuíam capacidade reduzida e eram submissos ao *paterfamilias*.¹²⁷

Da perspectiva jurídica, a noção de pessoa como sujeito de direitos adveio no período do Jusnaturalismo e do Iluminismo e que mais tarde influenciaram as codificações europeias do século XIX e de consequência o Código Civil brasileiro.¹²⁸

¹²⁴ MEIRELLES, 2000. p.38.

¹²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.35.

¹²⁶ MEIRELLES, *op.cit.* p.39.

¹²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.97-118.

¹²⁸ MEIRELLES, *op. cit.* p.43-47.

No Brasil, com o advento da atual Constituição Federal, verificamos que não há qualquer diferenciação entre homens e mulheres, nacionais ou estrangeiros, tudo nos termos do artigo 5º da Constituição Federal.

Todas as pessoas, independentemente de sexo, nacionalidade, cor ou credo, são consideradas iguais e, além disso, são tidas como sujeitos de direito. Neste sentido, dispõe o artigo inaugural¹²⁹ do Código Civil.

Já no tocante à personalidade, tanto o Código Civil de 1916 quanto o atual distinguem três categorias em seu artigo 2º, quais sejam: a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual.

3.3.1 A pessoa física

Preliminarmente, importante esclarecer quanto à denominação pessoa física em detrimento à pessoa natural.

Paulo Lôbo critica a utilização do termo pessoa natural, pois, citando os ensinamentos de Teixeira de Freitas, o professor assevera que não seria adequado denominar as pessoas físicas como pessoas naturais. Isso porque essa adoção levaria a considerar que a pessoa jurídica seria não natural ou artificial, o que não é correto, pois juridicamente a pessoa jurídica é tão natural quanto a pessoa física.

Ademais, expressa que a Constituição Federal não menciona o termo pessoa natural, elegendo pessoa no sentido de possuidora de direitos e obrigações, “pessoa humana” e “indivíduo”. Estes termos, por seu turno, apontam um emprego voltado mais para questões atinentes à cidadania.¹³⁰

Neste mesmo sentido aponta a doutrina de Pontes de Miranda, que, por sua vez, afirma que “Nenhuma das expressões usadas é boa: natural, física; jurídica, fingida, moral, mística. O melhor caminho é o de se chamar física à que é correspondente a homem e jurídica – subentendido *stricto sensu* - às outras”.¹³¹

¹²⁹ Art.1º. Toda pessoa é capaz de Direitos e deveres na ordem civil. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

¹³⁰ LÔBO, 2012. p.96-97.

¹³¹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. 2. ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1954. t.1. p.156.

Dessa forma, por concordar com as críticas levantadas por estes autores, o termo a preferido neste trabalho é pessoa física, respeitando opiniões contrárias.

A doutrina de Pontes de Miranda ensina que:

Sujeito de Direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de Direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito.¹³²

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald conceituam pessoa física como aquela composta de corpo, alma e intelecto coincidindo a ideia de pessoa física com a noção de ser humano.

Rebeca Fernandes Dias, por sua vez, pontua que a pessoa física é todo homem concebido como sujeito de direitos, e titular de personalidade jurídica, sendo apto a adquirir direitos e contrair obrigações.¹³³

A noção de pessoa física deve sempre estar atrelada às dimensões social e individual do ser humano, isso porque seria impossível analisar a personalidade jurídica suprimindo qualquer uma dessas dimensões do ser.¹³⁴ Dessa forma, a ideia de pessoa física é aquela que confere ao ser humano toda a sua amplitude a ensejar sua própria personalidade.

Sobre o tema, Gediel faz o seguinte comentário:

A exegese do artigo 4º aponta para um marco temporal, biologicamente determinado, do sujeito de direito, pois, ao nascer com vida, é investido de personalidade civil, leia-se jurídica. Na segunda parte desse dispositivo, constata-se que a dimensão puramente biológica do homem, no momento anterior ao seu nascimento, não o qualifica como sujeito de direito, no plano civil, mas apenas como nascituro, portador de alguns direitos assegurados pela lei.¹³⁵

Assim, tendo em vista que, segundo o artigo 4º do Código Civil, o termo inicial para que a pessoa adquira personalidade seja o nascimento com vida, diferentemente do Direito romano em que se exigia, dentre outros aspectos, forma humana para ser detentor de personalidade, no Direito nacional basta o nascimento com vida. Além disso, não se dispõe o tempo que a pessoa tem que permanecer

¹³² MIRANDA, 1954. p.161.

¹³³ DIAS, 2012. p. 222.

¹³⁴ CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.235-238.

¹³⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a intervenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.70.

viva para adquirir sua personalidade. Ela é contraída no momento do nascimento, pouco importando se na sequência a pessoa vem a óbito.

Sobre o tema, Pontes de Miranda elucida que o nascimento de uma pessoa corresponde ao fato jurídico *stricto sensu* conferindo a ela direitos de personalidade. Diferencia ainda sujeitos de direito de pessoa, asseverando que este segundo se coloca em um “plano acima, abstrato”. Mas ressalta que mesmo havendo esta diferenciação, esta não pode se aprofundar demasiadamente, pois uma vez nascendo, a pessoa já adquire seus direitos de personalidade, tornando-se sujeito de direitos.¹³⁶

Todavia, ainda que o artigo supra mencionado marque como início da personalidade¹³⁷ o nascimento com vida, assegura os direitos do nascituro, mas não lhe confere personalidade.

Nesse sentido, Jussara Meirelles aponta a existência de uma ambiguidade. Para ela, a primeira parte do dispositivo afirma que antes do nascimento com vida não há personalidade e logo não haveria direitos a serem tutelados, contudo a segunda parte reserva ao nascituro proteção de seus direitos, ainda que não dotado de personalidade.¹³⁸

Maria Helena Diniz, ao tratar sobre o tema, preceitua que se existem normas que protegem o nascituro é porque ele teria personalidade jurídica. Assim, assevera que na vida intrauterina ou mesmo *in vitro*, possui personalidade jurídica formal, no que tange aos Direitos da personalidade. Dessa forma, ao nascer adquire personalidade jurídica material quando passará a titularizar Direitos patrimoniais que até então “se encontravam em estado potencial”¹³⁹.

Dessa forma, a fim de elucidar a natureza jurídica do nascituro, formularam-se diversas teorias, conforme as já oportunamente tratadas.

No tocante às pessoas físicas, ainda é importante destacar que neste aspecto não se pode enquadrar os embriões pré-implantatários. Isso porque, ainda que dotados de carga genética própria não nasceram, ou seja, não sobreveio a

¹³⁶ MIRANDA, 1954. p.161.

¹³⁷ Pontes de Miranda explica que personalidade não se equivale a Direitos, mas sim a qualidades e a possibilidade de ser detentor de Direitos. Explica ainda que “andaram mal os juristas em não verem que, editando-se regras jurídicas de cuja incidência resulta personalidade, consequentemente se criou Direito de personalidade”. *Ibidem*. p.162.

¹³⁸ MEIRELLES, 2000. p.51.

¹³⁹ DINIZ, 2002. p. 113-114.

condição resolutiva nascimento com vida a ensejar sua caracterização como pessoas físicas.

3.3.2 O nascituro

O tema atinente à natureza jurídica do nascituro já se arrasta por muito tempo, desde a Grécia e a Roma Antiga até a atualidade.

Conforme preceitua o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, nascituro deriva da palavra latina *nascitūrus* - “que deve nascer – e significa: 1. é que ou aquele que vai nascer, 2. Diz-se de ou o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo.”¹⁴⁰

Para Pontes de Miranda, a criança no útero não é pessoa. Dessa forma, ao nascer sem vida jamais foi uma pessoa e, assim, nunca foi titular de direitos e tampouco sujeito de direitos.

Neste sentido, com o nascimento com vida a personalidade se inicia. Contudo, o autor aponta que “entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido”.

Nascituro, então, para o autor, é o ente “concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação ou exceção dependendo a existência de que nasça com vida”.

Segundo a proposta de Lei nº478/2007 que dispõe acerca do Estatuto do Nascituro, nascituro é todo ser humano concebido, mas ainda não nascido, incluindo a esse conceito aqueles concebidos *in vitro*, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.¹⁴¹

Silmara Chinelato, por seu turno, diferencia o vocábulo nascituro de prole eventual uma vez que o primeiro seria o ente já concebido. Dessa forma, para a

¹⁴⁰ NASCITURO IN Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. P. 1997.

¹⁴¹ BRASIL. Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de lei n. 478, de 2007. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=770928>. Acesso em: 16.09.2013.

autora, só se pode falar em nascituro quando o ovo já estiver implantado na mãe, pois antes disso não há gravidez. Outrossim, não se pode denominar nascituro o embrião criopreservado.¹⁴²

Aos nascituros são expressamente assegurados os Direitos à doação, ao status de filho, à curatela, bem como à sucessão.¹⁴³

Todavia, não se pode equiparar os embriões pré-implantatários aos nascituros, uma vez que estes são entes concebidos e já em desenvolvimento no ventre materno enquanto aqueles encontram-se muitas vezes criopreservados em laboratório.

César Fiuza em seus ensinamentos destaca que não concorda com a noção de que os nascituros não seriam sujeitos, referindo-se aos direitos assegurados aos nascituros.

Para o autor: “a situação jurídica do nascituro será, assim, integrada por todos e por cada um de nós que temos interesse em proteger o nascituro, por estarmos, desse modo, protegendo a nós mesmos e a nossa descendência”. Dessa forma, defende que os nascituros são sujeitos de direitos despidos de personalidade.¹⁴⁴

Diante das controvérsias advindas do Projeto de Lei nº478/2007 que estabelece o Estatuto do Nascituro, verifica-se a necessidade de traçar breve consideração sobre a questão.

3.3.2.1 Apontamentos sobre o Projeto de Lei n.478/2007 – Estatuto do Nascituro

O tão polêmico e debatido Projeto de Lei nº478/2007¹⁴⁵ que visa estabelecer normas de proteção integral ao nascituro não é uma unanimidade entre os estudiosos sobre o tema.

¹⁴² ALMEIDA, 2000. P.7-11.

¹⁴³ *Ibidem*, p.337-342.

¹⁴⁴ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 13. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.126.

¹⁴⁵ BRASIL. Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de lei n. 478, de 2007. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=770928>. Acesso em: 16.09.2013.

Este projeto conceitua nascituro, em seu artigo 2º, como sendo o ser humano concebido e ainda não nascido, incluindo os casos de concepção *in vitro* e ainda não implantados no ventre materno. Ele propõe reconhecer todos os direitos ao nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física. Excepciona, no entanto, que os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se caso não ocorra o nascimento com vida.

Em razão disso, veda-se o aborto por qualquer motivo, inclusive nos casos previstos em Lei, ou seja, decorrente de gravidez resultante de estupro ou mesmo em caso de salvar a vida da gestante.

A Organização das Nações Unidas, temendo que a proibição do aborto em todos os casos resulte em um número ainda maior de abortos ilegais praticados no país, defende que se este projeto for aprovado demonstrará um grande retrocesso com relação aos direitos reprodutivos e que não se pode dar total prioridade para o nascituro, deixando de lado a vida da mulher.¹⁴⁶

Posição contrária é exposta por Edison Tetsuzo Namba¹⁴⁷ que elenca sete razões favoráveis ao Estatuto do Nascituro. Para ele, este projeto de Lei é acertado ao tratar de um tema muito delicado e que visa à proteção do ser mais frágil, prestigiando-se a vulnerabilidade.

Além disso, aponta como ponto positivo o fato de este Estatuto abranger disciplinas mais diversas tais como Direito Penal, Civil e Biodireito, propiciando uma visão global da questão.

Ademais, aduz que direitos humanos e direitos da personalidade estão abrangidos neste diploma, bem como a noção de não discriminação, o que seria algo muito positivo. Por fim, aponta como benefício a intervenção do Ministério Público em favor do nascituro, da mesma forma que, com a sanção penal descrita no projeto de lei, existiria uma prevenção maior com relação a condutas ilícitas.

¹⁴⁶ CHADE, Jamil. ONU critica legislação brasileira e cobra país por mortes em abortos de risco. **Jornal o Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 de fevereiro de 2012. Política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,onu-critica-legislacao-brasileira-e-cobra-pais-por-mortes-em-abortos-de-risco,837316,0.htm>>. Acesso em 17.09.2013.

¹⁴⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. Estatuto do nascituro: posição favorável. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/estatuto-do-nascituro--posicao-favoravel/11715>>. Acesso em 17.09.2013.

Rui Geraldo Camargo Viana, por sua vez, demonstra posição desfavorável ao Projeto de Lei.

Para ele, o nascituro, via de regra, possui uma personalidade condicional, ou seja, depende do nascimento com vida para a aquisição plena de seus direitos. Dessa forma, é um ente dependente de sua mãe até o momento de seu desligamento dela. Assim, o direito à vida decorrente de uma gestação é um direito da mulher “que tem o poder e decisão de produzir um novo ser, dela decorrente e no seio dela desenvolvido”.¹⁴⁸

O autor continua afirmando que esse direito da mulher em querer ou não uma gestação é resultado do direito ao corpo que tem como escopo maior a dignidade da pessoa humana.

Ademais, assevera que o referido projeto sobrepõe os interesses dos nascituros à própria liberdade e dignidade da mulher, indo em desencontro da decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁹

3.3.3 A prole eventual

A prole eventual é um meio de se denominar o ser humano ainda não concebido, mas que pode vir a sê-lo. Logo, é um ente humano futuro.¹⁵⁰

Nesse aspecto verifica-se a existência da eventualidade, ou seja, na eventualidade de serem concebidos. Desse modo, os embriões pré-implantatórios também não podem ser equivalentes à prole eventual pela simples razão de aquela ser eventual e o embrião pré-implantatório já ter sido concebido.

Importante destacar que, ainda que não considerados sujeitos de direito, o Código Civil assegura à prole eventual aquisição de bens por testamento, conforme preceitua o artigo 1.799¹⁵¹, bem como a doação, disposta no artigo 546.¹⁵²

¹⁴⁸ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Estatuto do nascituro: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estatuto-do-nascituro-posicao-contraria/11714>>. Acesso em: 16.09.2013.

¹⁴⁹ Ao tratar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o autor comenta o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº54 quanto ao aborto de fetos anencefálicos que, reconheceu o Direito da mulher de querer ou não levar adiante a gravidez nestes casos.

¹⁵⁰ MEIRELLES, 2000. p.54.

3.3.4 O embrião pré-implantatário

Com o advento dos avanços tecnológicos principalmente no tocante à reprodução humana as três categorias discriminadas no Código Civil tornam-se insuficientes a tutelar as novas que se apresentam, como é o caso do embrião pré-implantatário.

Estes embriões concebidos em laboratório, conforme aduz Jussara Meirelles, mostram-se estranhos ao modelo clássico.¹⁵³

Contudo, a professora ensina que por muitas vezes busca-se comparar os embriões concebidos *in vitro* a uma das classificações existentes. Dessa forma, aos embriões seria reconhecida a personalidade jurídica ao igualá-los aos nascituros que são titulares de direitos subordinados a condição. Esta, por sua vez, poderia ser suspensiva, resolutiva ou ainda dúplice (suspensiva e resolutiva).

Seria suspensiva quanto à nidação do embrião no útero materno, resolutiva em caso de não implantação e dúplice seria a implantação e nascimento sem vida.

¹⁵¹ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos

¹⁵² Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

¹⁵³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. OLIVEIRA, Bruno Torquato de. (coord.). **Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 165.

Contudo, a autora aponta os problemas de se pensar no embrião pré-implantatário como nascituro. Uma das dificuldades apontadas é com relação à condição suspensiva, pois subordina-se o embrião à vontade de outrem, ou seja, a sua implantação depende de um agir de uma terceira pessoa.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, por seu turno, discordam da afirmação de que existiria uma condição resolutive de nascer sem vida. Mas reconhecem a fragilidade do instituto para regular as situações envolvendo embriões pré-implantatários.¹⁵⁴

Jussara Meirelles ainda explica que outra parte da doutrina pretende igualar os embriões pré-implantatários aos seres humanos já nascidos e sobre essa questão aponta três correntes:

- a) a que admite que a origem de toda pessoa humana e o termo inicial do necessário amparo encontra-se na concepção – segundo esse posicionamento, o embrião teria igual valor de uma pessoa plenamente desenvolvida;
- b) a que reconhece diferenciada proteção, conforme as diversas fases de desenvolvimento do novo ser que se forma (assim, somente a partir do 6º dia após a concepção; ou depois da nidação do zigoto ao útero; ou 14 dias após a concepção, quando se vislumbra o início de formação do sistema nervoso central; ou após 18º dia, com a formação da placa neural; ou somente após a configuração dos órgãos; ou confirmada a viabilidade do ser que se forma; ou após a infusão da alma; ou se possível a re-identificação, etc.) e
- c) a que identifica no embrião uma pessoa humana em potencial, com autonomia a lhe assegurar um estatuto próprio.¹⁵⁵

Todavia, conforme já visto, os embriões pré-implantatários não podem ser enquadrados em nenhuma das espécies reconhecidas pelo Código Civil. Isso porque o embrião pré-implantatário não pode ser equivalente à pessoa natural, porque não nascido. Também não pode ser considerado nascituro, uma vez que este depende do desenvolvimento no ventre materno e nem por isso pode ser visto como prole eventual, pois já concebido.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves concluem que:

O Direito brasileiro reconhece e protege os Direitos das pessoas naturais (pessoas nascidas), assegura situações subjetivas do nascituro (aquele que se encontra no ventre da mãe), como também garante vantagens à prole eventual (seres não concebidos). Mas e o embrião? Impossível caracterizá-lo como pessoa natural porque inexistente o nascimento com vida; não é nascituro porque não se encontra

¹⁵⁴ SÁ, 2009.p. 113.

¹⁵⁵ MEIRELLES, 2004. p. 169.

no ventre materno; não pode ser caracterizado como prole eventual, porquanto já houve concepção.¹⁵⁶

Desta forma, Jussara Meirelles entende que os embriões pré-implantatários devem ser distanciados das caracterizações tradicionais, uma vez que não coincidem com as classificações preexistentes e, ao mesmo tempo, sob o prisma da proteção, “equipará-los aos demais seres humanos”.¹⁵⁷

Explica ainda que o motivo principal para se atribuir personalidade jurídica ao embrião pré-implantatório reside no fato de reconhecê-lo como sujeito de direitos, ainda que sob condição.

Revedo posicionamento anterior, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves aduzem que o embrião pré-implantatório não detém personalidade jurídica. Isso porque, diferentemente do nascituro que é posto muitas vezes pelo Código Civil como partícipe de situações jurídicas.

Asseveram que os embriões pré-implantatários não podem ser reduzidos a coisas, pois são passíveis de tutela, mas não podem lhe ser imputadas situações jurídicas, uma vez que não há previsão legal.¹⁵⁸

Assim, recaímos mais uma vez na falta de regulamentação específica do Direito com relação aos novos temas que surgem com o avanço das ciências. Para responder aos questionamentos que eventualmente podem surgir com relação à falta de previsão legal sobre essas questões, podemos refletir que anos atrás não poderíamos sequer mensurar os avanços que a ciência apresentaria hodiernamente.

Contudo, o Direito deve buscar abordar esses pontos ainda não tratados com o fim de regular aspectos como, por exemplo, qual a destinação correta aos embriões excedentários. Isso porque sem as indicações legais cabe a cada operador do Direito, no caso concreto e com base nas suas convicções pessoais e princípios da bioética e do Biodireito, encontrar um meio termo para a resolução dos casos que vêm sendo cada vez mais frequentes.

Visto as teorias sobre o início da vida, o início da personalidade, bem como a ausência de regulamentação específica sobre os embriões pré-implantatários, importante se adentrar no tema referente às técnicas de reprodução assistida, a fim

¹⁵⁶ SÁ, 2009.p. 112.

¹⁵⁷ MEIRELLES, Jussara. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P.56.

¹⁵⁸ SÁ, *op. cit.*, p. 125.

de se verificar de que forma que são gerados os embriões em laboratório, para posterior verificação quanto a sua destinação e como o Direito vem tratando essa nova realidade.

4 A REPRODUÇÃO HUMANA

O desejo de ter um filho não é assunto novo. A ciência avançou com seus estudos e passou a proporcionar cada vez mais possibilidades de tratamentos antes jamais mensurados.

Hodiernamente, a possibilidade de gerar bebês em laboratório não é mais um tabu tanto no meio científico, quanto perante a sociedade. Além disso, os valores de tratamentos para fertilizações artificiais cada dia mais estão ao alcance de um maior número de pessoas que sonham em ter filhos, mas, por vias naturais, não conseguem.

O dilema que paira sobre esses casos é, entretanto, moral. Michael Sandel ensina que os filhos devem ser vistos como dádivas e aceitos da maneira exata como são. Não podem ser tratados como meros objetos projetados pelo homem, resultantes da vontade e da ambição dos pais.¹⁵⁹

Dessa forma e, como oportunamente já verificado, os princípios éticos devem nortear todas as etapas da reprodução assistida, a fim de se evitar a coisificação do ser humano a ser gerado, dentre outros problemas que podem ser encontrados durante esse tipo de tratamento.

No que tange especificamente à reprodução assistida, Gustavo Pereira Leite Ribeiro a conceitua como sendo “[...] o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.¹⁶⁰

Historicamente, as primeiras experiências com relação à reprodução artificial foram realizadas pelos povos árabes que buscavam criar uma raça mais forte e resistente de cavalos e datam do século XIV.¹⁶¹

¹⁵⁹ SANDEL, 2013. p.59.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 286.

¹⁶¹ HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 188.

Segundo explica José Roque Junges, a geração de seres humanos sempre foi motivo de mistério na história da humanidade, ligando sempre a gravidez a uma intervenção divina, consagrando a vida.¹⁶²

Foi a partir da Segunda Grande Guerra que os progressos técnicos e científicos se intensificaram principalmente no âmbito da biologia e da genética. A partir daí, o homem passou a interferir diretamente nos processos que até então somente ocorriam por implicação das leis da natureza.¹⁶³

Dessa maneira, com a evolução científica, bem como de conhecimentos acerca da reprodução humana, propiciou-se maior domínio nas técnicas sobre o tema. Destarte, num primeiro momento, utilizou-se desses conhecimentos para evitar a concepção de filhos indesejados - métodos contraceptivos - e, posteriormente, para gerar filhos¹⁶⁴, na maioria dos casos em função de problemas de infertilidade.

Hodiernamente, no Brasil, estima-se que mais de 278 mil casais sofram com a infertilidade durante sua idade fértil e, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), este é um problema vivido entre 8% a 15% dos casais.¹⁶⁵

Esses casais que pretendem ter filhos, mas não conseguem por questões de infertilidade ou mesmo de esterilidade, não raras às vezes, recorrem a uma das técnicas de reprodução assistida, para satisfazer o sonho de gerar uma nova vida a partir da sua.

Além disso, para cada tipo diferente de infertilidade ou esterilidade há uma técnica de reprodução assistida específica que visa a um resultado mais eficaz.

Importante destacar ainda sobre a escassez de legislação nacional específica no que tange à utilização das novas tecnologias reprodutivas. Há, todavia, projetos de lei que versam sobre o tema, o que será objeto de análise, mas que ainda não foram aprovados. Assim, ao que tudo indica, se o forem, a exemplo do Código Civil atual, já nascerão velhos, uma vez que os avanços tecnológicos tendem a ser mais rápidos do que a evolução do próprio Direito.

¹⁶² JUNGES, 2005. p. 147.

¹⁶³ RIBEIRO, 2002.p. 283.

¹⁶⁴ JUNGES, *op.cit.* p. 148.

¹⁶⁵ REPRODUÇÃO Humana Assistida. **Portal da Saúde. SUS.** Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id_area=832>. Acesso em: 22.08.2013.

Sobre esta ausência normativa, Maria Claudia Crespo Brauner propõe a adoção de alguns princípios norteadores a serem verificados pelo legislador para a elaboração de uma “lei brasileira sobre reprodução humana assistida”.

O primeiro deles seria o da indicação terapêutica, ou seja, a utilização dos métodos de reprodução assistida deveria ser disponibilizada a todas as pessoas acometidas por algum problema de infertilidade ou esterilidade.

Outro princípio apontado pela autora é o do consentimento esclarecido. Este, por sua vez, visa dar aqueles que se submeterão às técnicas de reprodução assistida os esclarecimentos de possibilidades de sucesso e fracasso do tratamento, bem como possibilitar a sua desistência até o momento que precede à realização da intervenção médica.

Maria Claudia dispõe ainda sobre o princípio do sigilo da identidade do doador e da gratuidade das doações. O primeiro visa estabelecer a necessidade do anonimato do doador de maneira ampla, mas, em caso de ser a informação genética indispensável à saúde e, com a devida autorização judicial, poder-se-ia disponibilizar as informações ao interessado. Já o segundo segue os preceitos de que nenhuma parte do corpo humano pode ser comercializada tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, com os materiais genéticos não poderia ser diferente.

O princípio da seleção e intervenção sobre embriões, conforme explica a autora, somente poderia ser utilizado para evitar a transmissão de doenças hereditárias, sendo vedada a busca do “aperfeiçoamento da espécie”, como a escolha de sexo ou qualidade eugênica.

Por fim, a autora enumera o princípio da preservação do interesse superior da criança. Para tanto, explica que a esta deve estar envolta de condições indispensáveis ao seu crescimento e desenvolvimento, abrangendo não só bens materiais, mas também assegurando o afeto.¹⁶⁶

A fim de melhor compreender as técnicas de reprodução assistida, é fundamental analisar, em primeiro plano, a maneira como ocorre a reprodução dos seres humanos.

¹⁶⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.86-95.

Conforme explica Silvia da Cunha Fernandes, para que isso ocorra, faz-se necessária a união dos gametas femininos (óvulos) com os gametas masculinos (espermatozoides)¹⁶⁷.

O gameta feminino fica situado no ovário. A sua liberação se dá quando da ovulação, por meio das trompas de Falópio e quando, se fecundado pelo gameta masculino, instala-se na parede uterina.

Ambos os gametas são células especializadas e, por terem metade do número normal de cromossomos, são denominadas células haploides.

Assevera a autora que a fecundação se dá por meio da fusão entre o óvulo e o espermatozoide, formando o zigoto (célula única) que, por sua vez, possui carga genética própria resultante da fusão já indicada. Assim, apresentará um número diploide de cromossomos, advindos da somatória dos cromossomos haploides dos gametas geradores. Logo, o zigoto apresenta carga genética própria, sendo metade resultante da carga materna e a outra metade da carga paterna. Ainda que individualizado como um todo, apresenta características de ambos os pais.

Em seguida, Silvia ensina que o zigoto sofre uma clivagem, originando os blastômeros que caminham em direção ao útero através do tubo uterino. Cerca de setenta e duas horas após a fecundação, tornam-se mórula (célula formada por dezesseis blastômeros), que adentra na cavidade uterina.

Quando da chegada ao útero, a mórula recebe um líquido denominado blastocele que é separado em duas partes, sendo que uma delas originará a placenta e as membranas embrionárias e a outra formará o embrião.

Na sequência, a autora esclarece que no quarto dia a mórula se transforma em um blastocisto que se ligará ao endométrio (parte interna do útero), ocorrendo a nidação. É a partir deste momento que se entende que se iniciou a gravidez, uma vez que é neste instante que as alterações hormonais da mulher se dão, demonstrando o estado gravídico.

A autora ressalta, por fim, que “apesar de ser a fecundação o ponto inicial do desenvolvimento do ser humano até a fase adulta, somente a implantação no útero materno garante a sua viabilidade e sobrevivência”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ “O óvulo, contido no ovário, localizado na cavidade pélvica, ao lado do útero, é liberado quando ocorre a ovulação, passando pelas trompas de Falópio, que se abrem nos cantos superiores do útero, instalando-se, se fecundado, na parede uterina. Os espermatozoides são produzidos nos testículos, duas glândulas que se localizam no saco escrotal.” *In*: FERNANDES, 2005. p. 26.

¹⁶⁸ FERNANDES, 2005. p. 26-28.

A imagem abaixo demonstra todo o processo descrito.

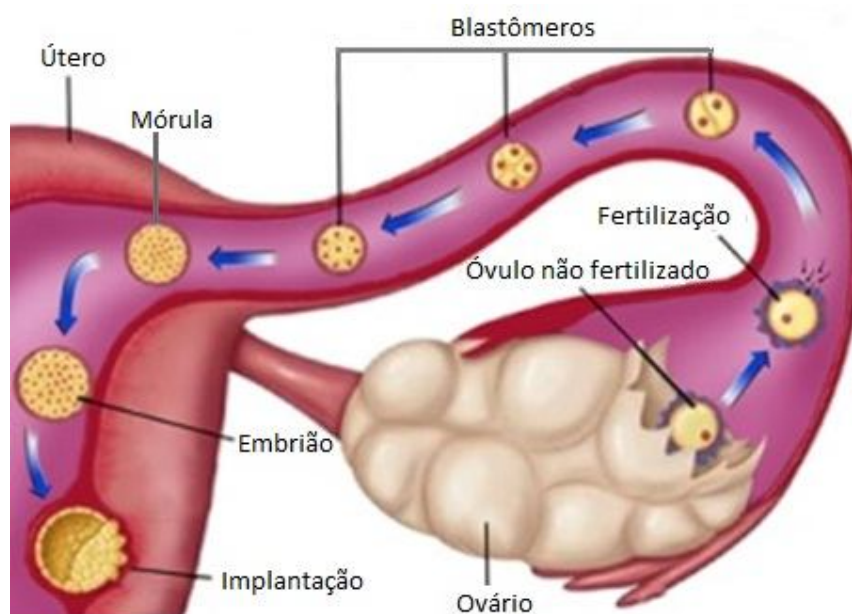


FIGURA 1- REPRODUÇÃO HUMANA

FONTE: DENTILLO, [200?].

4.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Uma vez apresentada a maneira como se dá a reprodução dos seres humanos, passa-se à análise das técnicas de reprodução assistida, necessárias quando, por alguma razão, o processo descrito nas linhas acima apresenta algum defeito, levando-se sempre em consideração os preceitos da bioética e da dignidade da pessoa humana.

4.1.1 Inseminação artificial (IA)

Ao lado da fertilização *in vitro* (F.I.V.), a inseminação artificial (I.A.) é um dos métodos de reprodução assistida mais conhecido, conforme ensina Jussara Meirelles.¹⁶⁹

Além disso, é considerada a técnica de reprodução assistida mais antiga e se dá de forma bastante simples, por meio da introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, com o auxílio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.¹⁷⁰

Essa técnica tem como finalidade, conforme Luciano Dalvi aduz, a aproximação do espermatozoide do óvulo.¹⁷¹

Desse modo, verifica-se que a inseminação artificial é realizada dentro do corpo da mulher, diferentemente do que ocorre com a fecundação artificial.¹⁷²

Rolf Madaleno, no entanto, explica que ainda que se denomine como fecundação artificial, esta será sempre um processo da natureza. Senão veja-se:

[...] a inseminação e a fecundação são etapas distintas e, embora seja utilizada a expressão artificial, em realidade a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um artifício instrumental para, posteriormente gerar a fecundação.¹⁷³

A inseminação artificial pode ser realizada de maneira homóloga, para os efeitos de presunção de paternidade, quando o sêmen utilizado é do marido ou companheiro da mulher que será fecundada. Será heteróloga, todavia, quando se utiliza sêmen de um doador, obtido em um banco de sêmen. Nesses casos, faz-se necessária a existência de consentimento informado do casal¹⁷⁴ e ainda, quando há a concordância do marido, este é considerado o pai, por força do artigo 1.597, V, do Código Civil.

Não raro, alguns homens produzem espermatozoides em número suficiente, mas estes podem estar acometidos de algum tipo de anomalia morfológica ou de mobilidade, o que acarreta a dificuldade de fecundação, não significando que aqueles são estéreis. Nesses casos, a técnica indicada para obtenção de êxito na

¹⁶⁹ MEIRELLES, 2000. p. 17.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 18.

¹⁷¹ DALVI, 2008. p.185.

¹⁷² HATEM, 2002.p. 195.

¹⁷³ MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de família**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.522.

¹⁷⁴ FERNANDES, 2005. p. 30.

fecundação é a inseminação artificial homóloga ao passo que, em casos de doença hereditária e evidente esterilidade do homem, é recomendável a inseminação artificial heteróloga, necessitando-se, nestes casos, do auxílio de um doador.¹⁷⁵

Para a realização da inseminação artificial, preliminarmente faz-se uma estimulação ovariana que consiste na administração de hormônios e, associado a isto, se selecionam os espermatozoides em laboratório e os melhores são injetados diretamente no útero da paciente.¹⁷⁶

Ressalta-se que esta técnica nem sempre levará ao êxito esperado, pois muitas vezes não ocorre a fecundação, ou seja, não há a fusão entre óvulo e espermatozoide, motivo pelo qual muitas pessoas preferem a utilização da fertilização *in vitro*, uma vez que esta possibilita o aumento das probabilidades no êxito do tratamento.

4.1.2 Fecundação *in vitro* e transferência de embriões (FIVETE)

Embora a fecundação artificial *in vitro* (FIV) humana tenha se iniciado no ano de 1944, ocasião em que dois biólogos Rock e Menkin obtiveram quatro embriões normais a partir de óvulos e espermatozoides humanos, a pré-história da fecundação *in vitro* data do século XIX.¹⁷⁷

No Brasil, o primeiro bebê nascido a partir desta técnica de reprodução assistida, “de proveta”, foi Ana Paula, em 7 de outubro de 1984, em São Paulo.¹⁷⁸

Esse método comumente é utilizado em casos de mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos.¹⁷⁹ Tem como finalidade a fusão dos gametas femininos e masculinos em um ambiente produzido artificialmente para posterior transferência do embrião concebido em

¹⁷⁵ LEITE, 1995. p. 34.

¹⁷⁶ DALVI, 2008. p.188-189.

¹⁷⁷ LEITE, *op.cit.*, p. 41.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 43.

¹⁷⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**: alguns desafios. São Paulo: Ideias e Letras, 2004. p.125.

laboratório ao útero materno¹⁸⁰, ou seja, é um método de reprodução assistida extracorpórea.

Eduardo de Oliveira Leite ensina que a realização da fecundação *in vitro* pressupõe diversas etapas, são elas: a indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação de esperma e cultura dos embriões.

A primeira delas diz respeito a um tratamento hormonal que a mulher se submete, a fim de estimular a produção de vários óvulos num mesmo ciclo menstrual. Isso se deve, pois o comum é a liberação de apenas um óvulo por ciclo menstrual. Assim, busca-se com este tratamento o aumento das chances de obtenção de mais de um óvulo para ser fecundado.

Após, retiram-se os óvulos obtidos por meio de punção¹⁸¹ e, em laboratório, colocam-se em contato com os gametas masculinos previamente coletados para fecundá-los.¹⁸²

O passo seguinte é gerenciar o desenvolvimento do ovo obtido até conseguir que o embrião seja capaz de suportar a transferência para o ventre materno. Após o intervalo entre 36 a 48 horas da punção, uma vez atingido o estágio de duas a quatro células¹⁸³, transfere-se o embrião ao útero ou às trompas de Falópio.¹⁸⁴

Ressalte-se que esta modalidade, a exemplo da inseminação artificial, também pode ocorrer de forma homóloga ou heteróloga.

A questão que aqui se coloca é a necessidade de fecundação de diversos óvulos para possibilitar a transferência dos embriões que aparentemente apresentam melhores condições de êxito.

Ocorre que, no Brasil, por força da Resolução nº 1.358 de 1992, do Conselho Nacional de Medicina, estabeleceu-se que o número de pré-embriões a ser transferido para a receptora não deve ser superior a quatro, para evitar o aumento dos riscos já existentes de multiparidade, o que pode acarretar aborto ou mesmo parto prematuro.¹⁸⁵

¹⁸⁰ RIBEIRO, 2002.p. 288.

¹⁸¹ LEITE, 1995. p. 44-45.

¹⁸² FERNANDES, 2005. p. 32-33.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 33.

¹⁸⁴ MEIRELLES, 2000. p. 18.

¹⁸⁵ CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº.1.358, de 19 de novembro de 1992. Seção I,p.16053. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 20.07.2013.

Além disso, outros fatores podem ocorrer acarretando a não implantação no útero materno destes pré-embriões, seja pela dissolução do vínculo matrimonial daqueles que desejavam aquela gravidez, seja pela desistência do tratamento, muito comum quando da frustração das tentativas ou mesmo pelo sucesso da fertilização e não pretensão de realização de outra, dentre tantos outros motivos.

Disso decorre a implantação de embriões em número muito inferior aos fecundados, visando ao sucesso do tratamento, com a obtenção de embriões mais aptos à implantação.

Neste sentido, nasce uma grande preocupação com relação a como proceder com esses pré-embriões não implantados, denominados embriões excedentários ou excedentes, pois a eles não há qualquer amparo em nosso ordenamento jurídico. Levanta-se muitas vezes a possibilidade de doação desses pré-embriões para casais inférteis.

4.1.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)

Do inglês *Gamete Intrafallopian Transfer* (GIFT) tem como significado transferência intratubária de gametas ou transferência de gametas nas trompas de Falópio.¹⁸⁶

Esse método de reprodução assistida foi idealizado pelo argentino Ricardo Asch, no ano de 1984, tendo a primeira criança nascida desta técnica em 1985 e consiste em uma alternativa à fecundação *in vitro*.¹⁸⁷

Silvia da Cunha Fernandes aponta vantagens e desvantagens desta técnica com relação à fecundação *in vitro*. Ela explica que uma vantagem está relacionada com o fato de a transferência dos gametas se dar no terço distal da trompa, em que existem condições de nutrição e transporte favoráveis tanto para os gametas quanto para o embrião. Entretanto, aduz que a desvantagem repousa na impossibilidade de se avaliar a qualidade da fertilização, pois não se verifica previamente o embrião.¹⁸⁸

¹⁸⁶ FERNANDES, 2005. p. 34.

¹⁸⁷ LEITE, 1995. p. 47-48.

¹⁸⁸ FERNANDES, *op. cit.* p. 35.

Eduardo de Oliveira Leite destaca que o percentual de sucesso desta técnica pode chegar a 30% ou 40% com riscos muito ínfimos de gravidezes extrauterinas.¹⁸⁹

Ademais, o professor elucida que a GIFT se desenvolveu paralelamente à FIVETE, mas explica que:

Embora a transferência intratubária de gametas (GIFT) seja oriunda da FIV, não se confunde com esta. Na GIFT, a fecundação não ocorre “in vitro” mas “in vivo”, em condições bastante semelhantes àquelas encontráveis na fecundação natural.¹⁹⁰

Não se pode deixar de destacar, também, que com relação a esse método as chances de sucesso são superiores do que a fecundação *in vitro*. Além disso, a GIFT proporciona ao embrião condições mais naturais para a sua evolução.

Em decorrência da fecundação na GIFT ocorrer “in vivo”, é mais bem aceita pela Igreja Católica do que a fecundação *in vitro*, justamente pelo fato de aquela ocorrer dentro do corpo humano e esta fora dele.¹⁹¹

A exemplo do que ocorre na FIVETE, na GIFT também é necessária a prévia estimulação hormonal na mulher para a obtenção dos óvulos, bem como pela coleta e preparação do esperma para, na sequência, introduzir os gametas, por meio de um cateter para uma das trompas para posterior fecundação.¹⁹²

Todavia, para que a GIFT seja bem sucedida, é necessário que ao menos uma das trompas esteja saudável e sem nenhum tipo de obstrução.¹⁹³

Eduardo de Oliveira Leite ensina, ainda, que eventualmente, em casos de existirem óvulos excedentes, estes poderão ser fecundados *in vitro* e os pré-embriões criopreservados para posterior inseminação em caso de fracasso da primeira tentativa.¹⁹⁴

Importante destacar, por fim, que este método se tornou muito eficaz para casos de esterilidades inexplicadas, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de óvulos.¹⁹⁵

¹⁸⁹ LEITE, 1995. p. 47-48.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ FERNANDES, 2005. p. 36. e LEITE, *op. cit.*, p. 49-50.

¹⁹² FERNANDES. *op.cit.* p. 35.

¹⁹³ DALVI, 2008. p.184.

¹⁹⁴ LEITE, *op. cit.* p. 47-49.

¹⁹⁵ FERNANDES, *op. cit.*, p. 36.

4.1.4 Transferência intratubária de zigoto (ZIFT)

A transferência de zigoto nas trompas de Falópio (ZIFT), do inglês *Zygote Intrafalopian Transfer*, é uma técnica de reprodução assistida em que os gametas femininos e masculinos são colocados em contato *in vitro* com o feto de se fecundarem.¹⁹⁶

Silvia da Cunha Fernandes ensina que esta técnica une as vantagens da GIFT com a fecundação *in vitro*, isso porque na ZIFT é possível verificar a fertilização e a qualidade do pré-embrião a exemplo da fertilização *in vitro*, bem como implantar os embriões em seu meio natural, ou seja, o terço distal da trompa, assim como se realiza na GIFT.¹⁹⁷

Luciano Dalvi, por sua vez, destaca que o único complicador desta técnica é que para a sua realização é necessária a realização de procedimento cirúrgico adicional para a transferência do zigoto, por meio de laparoscopia.¹⁹⁸

Este método é indicado para os mesmos casos da GIFT, ou seja, para casos de esterilidade sem causa aparente, fatores imunológicos, fator masculino ou endometriose.¹⁹⁹

Ademais, insta destacar a maior eficácia desta técnica com relação à GIFT, pelos motivos já expostos, ou seja, pela possibilidade de verificação da efetiva fecundação antes da implantação, bem como pela colocação dos gametas em local naturalmente apropriado – terço distal da trompa -, apresentando como percentual de sucesso de 45% a 50% das suas realizações.²⁰⁰

Contudo, da mesma forma como ocorre na fecundação *in vitro*, produz-se um número muito significativo de embriões que, por sua vez, terão como destino, muitas vezes, a criopreservação para que, eventualmente, um dia sejam implantados.

¹⁹⁶ HATEM, 2002.p. 198.

¹⁹⁷ FERNANDES, 2005. p. 36.

¹⁹⁸ DALVI, 2008. p.185.

¹⁹⁹ FERNANDES, *op. cit.* p. 37.

²⁰⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade.** Curitiba: Genesis, 1998. p. 38.

4.2 IMPLICAÇÕES ÉTICAS E CRÍTICAS SOBRE O TEMA

Diante da nossa omissão legislativa sobre os aspectos relacionados à reprodução artificial, engenharia genética, muitos temas devem ser objeto de reflexão.

Um dos pontos a ser cuidadosamente analisado, como visto ao início deste capítulo, é com relação ao campo ético e moral. Isso porque é aqui que reside uma possibilidade de incansáveis discussões.

Em seu livro “Contra a Perfeição”, Michael J. Sandel enumera uma diversidade de dilemas morais que surgem com a engenharia genética e, mais especificadamente quando se trata da tentativa de aperfeiçoamento do próprio ser humano por meio daquela.

Em suas lições, o autor demonstra como um meio que era utilizado para tratar doenças ou prevenir distúrbios genéticos passa a ser utilizado como forma de “melhoria” genética e, além disso, como um tipo de consumo.

Ele trata, como exemplos, sobre a questão do melhoramento muscular, aprimoramento da memória, seleção do sexo e altura dos filhos.²⁰¹

Outro tema a se refletir é sobre a gratuidade ou não dos gametas doados.

Luciano Dalvi, criticando a possibilidade de doação dos embriões obtidos em laboratório afirma que:

[...] a ciência cria verdadeiras anomalias sociais e jurídicas com interesses egoísticos de pais que querem impor àquele filho não descendente geneticamente deles, a paternidade. Era muito mais fácil, justo e solidário que este casal adotasse uma criança, além de gastar menos com o processo de adoção retira da orfandade uma pessoa que poderá ter um futuro brilhante, caso receba amor afetivo dos pais e, ainda por cima, este filho poderá receber a herança, sem nenhuma complicação judicial futura que possa resultar da resolução desta questão tormentosa, que é a determinação da paternidade no caso de fecundação heteróloga.²⁰²

Segue aduzindo que estas técnicas, à primeira vista, podem aparentar um ato normal, mas que presumir as boas intenções nas pessoas nem sempre é possível, pois muitas detêm interesses muito diferenciados, agindo, por vezes, de maneira inescrupulosa e antiética.²⁰³

²⁰¹ SANDEL, 2013. p.15-35.

²⁰² DALVI, 2008. p.177.

²⁰³ *Idem.*

A fim de corroborar as suas afirmações, o autor transcreve cinco casos verídicos que demonstram os problemas que podem surgir a partir da fertilização *in vitro*, como o que segue:

Caso 1: Giada é uma menina que sofre de anemia e talassemia ou anemia mediterrânea. É também ela filha de proveta,... mas de proveta equivocada. Sim; o Dr. Raffaele Magli, trocou a proveta do líquido seminal do pai de Giada, chamado Roberto Minucci (comerciante napolitano de 33 anos de idade) pela proveta de um homem doente de talassemia; desse erro decorre a existência doentia de Giada, que está sujeita a periódicas transfusões de sangue e à expectativa de um transplante [...]. O Dr. Raffaele Magli já foi por duas vezes interpelado pela Justiça como réu de graves danos causados a Giada e sua família. O ginecologista, porém, se defende acusando de adultério a Sra. Maria Cristina Lervolino: diz ele que Giada não é filha de proveta equivocada, mas sim de um “encontro” equivocado. Ofendida, Cristina responde que, na falta de defesa propriamente dita, o réu passa para a acusação.

Caso 2: Só serve se for surdo – As americanas Sharon Duchesneau e Candance McCullough usaram a inseminação artificial para ter dois filhos surdos como elas. Para gerar Jehanne, de 5 anos, e Gauvin de 5 meses, o casal lésbico contou com a ajuda de um amigo da família, também surdo, depois que vários bancos de esperma se recusaram a colaborar com seus planos.

Caso 3: Em 1987, a pastora americana Lesley Northrup foi mãe-úrgem. Ela teve um óvulo fertilizado com um espermatozoide de um doador desconhecido. O embrião foi implantado em Northrup, úrgem e solteira, sem a necessidade do ato sexual.

Caso 4: Um casal de brancos que recorreu à inseminação artificial *in vitro* teve duas gêmeas negras por conta de confusão ocorrida numa clínica estatal britânica. De acordo com a reportagem publicada no tabloide “The Sun”. Um verdadeiro caso de descaso com a vida humana ao permitimos a manipulação da vida. A disputa judicial deverá ser uma das mais controversas dos últimos tempos. Segundo especialistas ouvidos pelo diário britânico “The Independent”, a mãe branca que deu à luz às gêmeas deveria ser considerada a verdadeira mãe dos bebês. Contudo, se ficar estabelecido legalmente que o pai biológico das meninas é um homem negro que, ao lado de sua parceira negra, também fazia parte de um programa de fertilização “*in vitro*”, então o caso será mais difícil de ser resolvido, pois não há precedente legal no Reino Unido, envolvendo este caso.

Caso 5: Um casal disputa a guarda de sete embriões na Justiça dos EUA. Submetidos à fertilização “*in vitro*” em 95, o casal, hoje separado, teve implantados quatro dos 11 embriões obtidos. Os dois tiveram um filho e agora o ex-marido quer que os embriões sejam implantados em sua nova mulher.²⁰⁴

Cumprido mencionar, por derradeiro, a conclusão que o autor chega a partir de sua crítica acerca da fertilização *in vitro*.

Para ele, esta técnica deveria ser proibida até que deste método não resultem embriões excedentários, do mesmo modo que deveriam ser vedadas as experiências com células tronco embrionárias.²⁰⁵

Válido ressaltar, contudo, que, como se observou, o posicionamento do autor é muito radical, não transparecendo opinião unânime entre os doutrinadores.

²⁰⁴ DALVI, 2008. p.179-180.

²⁰⁵ *Ibidem*. p.182.

Tendo em vista todas as observações realizadas neste capítulo com relação à reprodução humana e às técnicas de reprodução assistida, bem como algumas críticas levantadas tendo em vista as manipulações genéticas, passa-se à análise dos embriões excedentários oriundo de fertilizações artificiais e o tratamento que lhes é dado por nosso ordenamento jurídico, ou sua omissão.

5 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Como já visto oportunamente, tendo em vista que as chances de êxito nos tratamentos de fertilização artificial são relativamente baixas, é preciso fecundar mais de um óvulo para posterior implantação. Contudo, conforme orientação da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº1358 de 1992, o número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro.²⁰⁶ Assim, tendo em vista que o número de embriões fecundados é superior a quatro, geralmente após a implantação no ventre materno resta um saldo de embriões, os chamados embriões excedentes.

Segundo Namba, do ponto de vista ético, os embriões excedentários não deveriam existir.²⁰⁷

Emerge uma preocupação quanto ao fim a que estes embriões excedentes serão subordinados. Neste sentido, com o fito de resolver este conflito, o Conselho Federal de Medicina, também por meio da Resolução nº 1358 de 1992, oferece três destinos para esses embriões. Segundo esta Resolução os embriões excedentes podem ser doados, criopreservados ou mesmo utilizados para fins de terapia genética.

Como visto anteriormente, o Direito brasileiro é silente quando o assunto é reprodução assistida. Dessa forma, não se tem atribuído aos embriões pré-implantatórios uma tutela específica. Isso porque das três categorias arroladas no Código Civil (pessoa natural, nascituro e prole eventual), os embriões pré-implantatórios não se enquadram em nenhuma hipótese. Assim, busca-se, por muitas vezes, uma saída hermenêutica para a natureza jurídica dos embriões pré-implantatórios a fim de verificar o destino dos embriões excedentes.

O Deputado Ricardo Fiuza propôs em 2002 o Projeto de Lei n. 6.960, o qual visava à alteração de cento e oitenta e oito artigos do Código Civil, dentre eles o artigo 2º.

²⁰⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº.1.358, de 19 de novembro de 1992. Seção I, p.16053. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 20.07.2013.

²⁰⁷ NAMBA, 2009. p.33.

Sugeriu a seguinte alteração: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os Direitos do embrião e os do nascituro”.

Todavia, o relator da Comissão de Constituição e Justiça, o Deputado Vicente Arruda, votou pela rejeição da alteração proposta sob o argumento de que:

A introdução do termo embrião, que certamente está contido no conceito de nascituro, só pode pretender assegurar o Direito ao embrião concebido fora do útero materno. Parece-nos, a bem da prudência, que a matéria deva ser tratada em legislação especial, a ser elaborada com todo o critério, porquanto a matéria envolve inúmeros aspectos técnicos e éticos que refogem ao Direito. Colocá-la, desde já, no Código, seria temerário, haja vista as consequências jurídicas que daí adviriam, como, por exemplo, as atinentes ao Direito sucessório.²⁰⁸

Assim, tendo em vista que até hoje não houve a edição de lei especial, aos embriões pré-implantatários e aos excedentes não há, ainda, tutela específica.

Em 1995 foi editada a Lei 8974 que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

Esta lei veda expressamente em seu artigo 8º a manipulação genética de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para tratamentos de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos e com a aprovação prévia da CTNBio, sob pena de constituição de crime, nos termos do artigo 13 da mesma Lei.

Além dessas vedações, também proíbe a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, nos termos do inciso IV do artigo 8º da Lei nº8974/95²⁰⁹, a qual restou revogada pela Lei nº 11.105 de 2005²¹⁰. Esta, por sua vez, manteve a proibição da lei revogada em seu artigo 6º, inciso II.

²⁰⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 6960, de 2002. **Câmara dos Deputdos**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4F1CFCCFFC917C685D9A2F4FA9701C3A6.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002> Acesso em: 21.09.2013.

²⁰⁹ BRASIL. Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8974.htm>. Acesso em: 23.09.2013.

²¹⁰ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42>. Acesso em: 23.09.2013.

Outrossim, em 1999, o senador Lúcio Alcântara propôs o Projeto de Lei nº90, que visava estabelecer regras sobre a reprodução assistida no Brasil. Este texto, por sua vez, enumera três destinos aos embriões excedentes: o descarte, a doação para pesquisas e doação, predominando, no entanto a orientação de descarte.²¹¹

Este projeto foi amplamente debatido e ganhou nova roupagem por intermédio de substitutivos, sendo arquivado em 2007.²¹²

O Projeto sob nº 1.184/2003 que ainda segue em tramitação²¹³ traz consigo as últimas alterações no que tange à regulamentação da reprodução assistida que, por sua vez, reitera diversos pontos do Projeto de Lei nº90/99.

Elimar Szaniawski, por seu turno, aponta que o destino dos embriões excedentes depende de critérios éticos, religiosos e filosóficos e apresenta três possibilidades que passaremos a analisar: a destruição dos embriões excedentes, a doação para pesquisas científicas e para a fabricação de medicamentos a serem utilizados em técnicas de terapia embrionária e o armazenamento dos embriões

²¹¹ Artigo 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados in vitro, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os Direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação in vitro será comunicado aos usuários para que se decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 6º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

BRASIL. Projeto de Lei n. 90, de 1999. **Ghente**, Rio de Janeiro, [1999]. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm>. Acesso em: 23.09.2013.

²¹² Informação disponível em: BRASIL, Projeto de Lei n. 90, de 24 de janeiro de 1999. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15032>>. Acesso em: 23.09.2013.

²¹³ Informações disponíveis em: BRASIL, Projeto de Lei n. 1184, de 03 de junho de 2003. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 23.09.2013.

excedentes no banco de gametas para posterior doação a terceiros para utilização em fertilização artificial heteróloga.²¹⁴

5.1 DESTINO DOS EMBRIÕES

5.1.1 A criopreservação

Conforme conceitua o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa criobiologia é a ciência que estuda os efeitos de temperaturas extremamente baixas nos sistemas biológicos (*krúos* – frio, *bios* – vida, *logos* – ciência).²¹⁵

Historicamente, conforme ensina Rosaly Rulli Costa e Beatriz de Mattos:

[...] a criobiologia data de 2500 a.C. quando baixas temperaturas na forma de compressas geladas eram usadas nas fraturas de crânio e feridas infectadas no tórax. No Egito, por volta de 400 a.C., Hipócrates usava a criobiologia para estancar hemorragias e edemas. No século XIX, o médico-cirurgião das tropas napoleônicas Barão Jean Larrey, notou a possibilidade de amputar, sem dor, membros congelados de soldados devido ao efeito anestésico causado pelo frio amplamente usado na atualidade com a criocirurgia.²¹⁶

Atualmente, a criopreservação é amplamente utilizada para o congelamento de espermatozoides, óvulos, embriões, dentre outros. Além disso, é muito empregada não só na medicina como também na odontologia, biotecnologia e agricultura.²¹⁷

No caso dos embriões excedentes, João Pedro Caetano, Ana Márcia Cota e Rivia Lamaitai apontam que a criopreservação se mostra como uma solução

²¹⁴ SZANIAWSKI, 2001, p.88.

²¹⁵ CRIOBIOLOGIA IN Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 870.

²¹⁶ COSTA, Rosaly Rulli e MATTOS, Beatriz de. Histórico da Criopreservação. In: ALMODIN, Carlos Gilberto; COSTA, Rosaly Rulli. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011. p.3.

²¹⁷ *Idem*.

possibilitando outras tentativas de gravidez. Além disso, esclarecem que a utilização desta técnica reduz os riscos da síndrome do hiperestímulo ovariano (SHO).²¹⁸

As primeiras narrações acerca da adoção desta técnica na medicina reprodutiva datam de 1776 com o congelamento de espermatozoides pelo cientista italiano Lazzaro Spallanzani.²¹⁹

No tocante específico da criopreservação de embriões, Rosaly Rulli Costa e Beatriz de Mattos destacam a ampla utilização desta técnica na pecuária, uma vez que reduz significativamente custos de programas de reprodução, tendo em vista que os embriões somente são utilizados quando a receptora está apta para o seu recebimento.²²⁰

A finalidade da utilização das técnicas de criopreservação é justamente a preservação de tecidos, independentemente do tipo de material biológico utilizado.

Um problema que se mostra na atualidade é o que fazer com tantos embriões criopreservados. Assim, países como a Alemanha, Dinamarca, Suíça e Suécia restringem ao máximo a utilização dessa técnica ou mesmo a proíbem.²²¹

Ednéia e Gustavo Almodin asseveram que o modo como o médico aborda a possibilidade de criopreservação de gametas e embriões é o diferencial para os pacientes.

Eles explicam que o médico deve esclarecer, inclusive por escrito, todo o processo a que o paciente se submeterá, isso se assim decidir. Isso porque a vontade do paciente deve ser superior e sua convicção deve ser demonstrada depois de muita reflexão.²²²

Questão importante que merece destaque reside no tempo a que os embriões podem ficar submetidos à criopreservação, bem como a possibilidade de utilização em caso de falecimento de um dos cônjuges.

²¹⁸ CAETANO, João Pedro Junqueira, COTA, Ana Márcia de Miranda e LAMAITAI, Rivia Mara. Criopreservação de embriões e banco de embriões. In: ALMODIN, Carlos Gilberto; COSTA, Rosaly Rulli. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011. p.107.

²¹⁹ COSTA, 2011. p.3.

²²⁰ *Ibidem*. p.5.

²²¹ CAETANO, *op.cit.* p.108.

²²² ALMODIN, Ednéia; ALMODIN, Gustavo. Criopreservação de gametas, embriões e tecidos germinativos: investimento emocional do casal com células germinativas criopreservadas. In: ALMODIN, Carlos Gilberto; COSTA, Rosaly Rulli. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011. p.186-187.

Não obstante as tentativas de edição de leis que regulamentem a questão da reprodução assistida e suas implicações, infelizmente, até hoje, não se tem uma legislação que abranja as necessidades impostas pelo avanço tecnológico, restando uma grande lacuna com relação ao tema. Assim, para se responder aos questionamentos levantados todos os dias, tem-se que se debruçar perante as regulamentações existentes.

Segundo o artigo 5º, inciso II da Lei de Biossegurança, nº 11.105/05, após três anos do congelamento dos embriões 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.²²³

Situação diversa enumera o Conselho Federal de Medicina²²⁴ no item V da Resolução nº1.358/92, o qual prevê que os embriões excedentes devem ser criopreservados, não podendo ser descartados ou destruídos.

Importante ressaltar que embora a Lei de Biossegurança fale em pesquisas para terapia, Heloisa Helena Barboza ressalta que essas pesquisas levam à destruição do embrião.²²⁵

Quanto à possibilidade de utilização do embrião pelo cônjuge sobrevivente, esta dependeria de anuência prévia e expressa do cônjuge falecido, conforme estabelece o item V, 3 da Resolução nº1.358/92 do CFM.

No ano de 2011, em Curitiba, uma criança nasceu após sua concepção por meio de fertilização *in vitro*, concretizada com sêmen de um homem já falecido.²²⁶

Antes de seu falecimento, o homem e sua esposa tentavam engravidar quando ele foi diagnosticado com um câncer. Assim, tendo em vista que o tratamento para essa doença pode desenvolver uma esterilidade, o casal decidiu preservar o sêmen para posterior tentativa de fecundação.

²²³ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42>. Acesso em: 23.09.2013.

²²⁴ Válido ressaltar que a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina ainda que não prevaleça sobre nenhuma lei, adotou critérios éticos para serem adotados por médicos. Assim, ante a falta de regulamentação específica, esta resolução ganha destaque por apresentar conceitos e orientações.

²²⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Embriões Excedentários e a Lei de Biossegurança: o sonho confronta a realidade. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 458.

²²⁶ LÉITOLES, Fernanda; GERON, Vitor. Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 21.06.2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1139440>>. Acesso em: 15.10.2013.

Ocorre que o marido faleceu no ano de 2009, sem deixar qualquer tipo de autorização para que sua esposa utilizasse o seu sêmen criopreservado após a sua morte, como preceitua a Resolução 1358 do Conselho Federal de Medicina.

Em decorrência disso, a clínica em que o sêmen fora confiado não aceitou o pedido da mulher em ser fecundada com o material genético de seu marido já falecido, razão pela qual pleiteou judicialmente autorização, o que foi deferido pelo Juízo da 13ª Vara Cível do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, em sede de tutela antecipada.

Para sustentar sua decisão, o Juiz de Direito Alexandre Gomes Gonçalves indicou que ainda que haja um enunciado aprovado nas Jornadas de Direito Civil (Enunciado nº106) que estabelece que: “para que se presuma a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte”, não seria razoável que essa autorização precisasse ser necessariamente escrita, mas sim inequívoca e manifestada durante a vida. Ressaltando ainda que essa vontade pode ser comprovada por meio da própria conduta do doador, ou seja, por meio de conservação de sêmen antes de se submeter a um tratamento de doença grave que possa deixá-lo estéril.²²⁷

Esse fato corrobora com a ideia de que na falta de regulamento específico sobre a reprodução assistida e suas implicações, cabe ao operador do Direito aplicar o que seria, em sua opinião, a regra mais adequada para o caso apresentado.

5.1.2 A doação

Ainda que se possa falar em doação de gametas, tratar-se-á tão somente no tocante à doação de embriões. Esta pode se dar em duas modalidades: a doação de

²²⁷ VIEIRA, Ana Paula. **Utilização do sêmen após a morte do doador, para fins de reprodução assistida, pela viúva ou última companheira do falecido**: possibilidade e consequências jurídicas referentes aos direitos da prole eventual. 57 f. Monografia de conclusão de curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

embriões para um casal infértil ou mesmo a doação para fins de pesquisas científicas que serão tratados em item próprio.

Namba destaca que a utilização do termo doação de embriões não é muito bem vista, pois se estaria a falar de doação de um ser vivo, ou seja, haveria uma coisificação do embrião. Assim, apresenta como terminologia mais adequada o termo adoção.²²⁸

Sobre esse prisma, deve-se ter em mente que se trata de adoção e doação, tema corriqueiro em nossa sociedade. Contudo, o destaque que aqui se coloca é justamente o fato de que esta doação e adoção são anteriores ao nascimento da criança. Assim, em alguns casos a própria mãe adotiva pode gestar o seu tão sonhado filho.²²⁹

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves ressaltam um dos problemas que podem surgir com a doação de embriões excedentes que seria de ordem genética. O exemplo apontado pelos autores é o do incesto em casos que o doador contribuiu para a gravidez de várias mulheres.²³⁰

Sobre o tema, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, veda a doação com caráter lucrativo ou comercial e dispõe que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Além disso, estabelece que deve ser mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, bem como dos receptores. Excepcionalmente, por motivos médicos, poderão ser fornecidas aos médicos as informações sobre doadores, sempre se resguardando a identidade civil do doador.

Ademais, regulamenta a questão dos registros de dados clínicos de caráter geral que clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter de forma permanente.

Ainda, trata que na região²³¹ da unidade o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa

²²⁸ NAMBA, 2009. p.34.

²²⁹ ALMODIN, Ednéia e ALMODIN, Gustavo. Criopreservação de gametas, embriões e tecidos germinativos – investimento emocional do casal com células germinativas criopreservadas. *In Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro*. Carlos Gilberto Almodin, Rosaly Rulli Costa. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011. p.187-188.

²³⁰ SÁ, 2009. p.118-119.

²³¹ A Resolução, todavia, não dispõe de que modo serão estabelecidas as regiões.

área de um milhão de habitantes e que a responsabilidade na escolha do doador é da unidade.

Por fim, quanto à doação de embriões, a Resolução proíbe que médicos responsáveis pelas clínicas, unidades ou serviços, e os integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestem serviços sejam doadores nos programas de reprodução assistida.

A doutrina de Elimar Szaniawski leciona que a solução “mais humana e justa” para os embriões excedentes seria por meio da sua doação a terceiros que pretendem fazer fertilização heteróloga. Ressalta, todavia, que o ideal seria a restrição da produção de embriões.²³²

5.1.3 A doação para fins de uso em pesquisa

A doação de embriões para uso em pesquisas encontra resistência das pessoas, seja por conta da incerteza que se tem acerca de qual estudo será feito, seja acreditando que isso levará ao fim de uma vida.

Na Alemanha, assim como nos Estados Unidos as pesquisas com embriões excedentes são desenvolvidas sem que haja qualquer tipo de vedação legal. Neste último, inclusive, há doadores especificamente para fins de fecundação e posterior utilização em pesquisas e experiências.²³³

No Brasil, a Lei nº 8.974/95 dispõe sobre normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados. Ela estabelece regras em relação à realização de atividades de construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado, com o fito de proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas e do meio ambiente. Ademais, autoriza às entidades de Direito público ou privado o desenvolvimento tecnológico e de produção industrial envolvendo organismos geneticamente modificados.²³⁴

²³² SZANIAWSKI, 2001. p.98-99.

²³³ *Ibidem*. p.90-94.

²³⁴ De acordo com os artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.974 de 5 de janeiro de 1995.

É vedado, porém, quanto às atividades relacionadas a organismos geneticamente modificados a manipulação de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para tratamento de defeitos genéticos, respeitando limites éticos²³⁵, mediante a prévia aprovação da CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança).

Como anteriormente citado, a Lei de Biossegurança autoriza a doação de embriões criopreservados há mais de três anos para utilização em pesquisas e terapias.

A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina também autoriza a intervenção sobre pré-embriões *in vitro* para a preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. Mas para isso, essas intervenções devem ser indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

Ambos dispositivos, contudo, esclarecem que só é possível a utilização de embriões pré-implantatórios quando houver o consentimento dos genitores.

Elimar Szaniawski leciona que quando as terapias desenvolvidas com materiais genéticos estiverem à disposição da população trarão um grande benefício para todos, mas que para isso é necessária a destruição de embriões que, para o autor, são seres humano em desenvolvimento. Aduz ainda que:

*A embrioterapia, embora se mostre extremamente promissora para a cura de diversas doenças graves, não nos convence como única e última solução nas diferentes modalidades terapêuticas, que procuram restaurar a saúde plena do ser humano. Outras técnicas terapêuticas já desenvolvidas, que estão se desenvolvendo, ou que estão por surgir, possibilitarão a cura de muitas doenças graves a exemplo do que a história da medicina relata, como a descoberta da penicilina, dos antibióticos, que não sacrificam a vida de outros seres humanos, mesmo em estado embrionário.*²³⁶

5.1.4 A destruição

A última destinação dos embriões excedentes a ser tratada é justamente o seu descarte.

²³⁵ Esta Lei estabelece como princípios éticos a adoção do princípio da autonomia e o da beneficência.

²³⁶ SZANIAWSKI, 2001. p.97.

Sobre este fim, no entanto, verifica-se uma contradição existente na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92. Isso porque, conforme já analisado no item anterior, a utilização de embriões em pesquisas científicas acabam por destruí-los e referida Resolução autoriza a utilização de pré-embriões para a preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. Contudo, veda expressamente o descarte e a destruição dos pré-embriões.²³⁷

Já o Projeto de Lei nº 90/99²³⁸, prevê o descarte de embriões em caso de vontade dos doadores, quando doados há mais de dois anos, no caso de falecimento de pelo menos um dos doadores e sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado.

No mesmo sentido também estabelece o Projeto de Lei nº 1.184/03, ainda em trâmite.

A doutrina de Elimar Szaniawski ensina que tanto o descarte quanto a utilização dos embriões excedentes em pesquisas demonstra um atentado ao Direito geral da personalidade, uma vez que violam o Direito à vida do nascituro.

Como já demonstrado, o professor, adepto da teoria concepcionista, entende que os embriões excedentes são seres humanos em desenvolvimento, não sendo razoável o seu descarte.²³⁹

O Senador Lúcio Alcântara, responsável pela propositura do Projeto de Lei nº 90/99, em sua justificção, declarou que “o descarte dos embriões excedentes implica menores riscos do que a doação para terceiros ou para pesquisas”.²⁴⁰

Muito embora não haja legislação específica sobre a matéria e tão somente a Resolução do Conselho Federal de Medicina esteja em vigência, deve-se ter em mente que as resoluções do CFM, embora sejam atos normativos, regulam temas

²³⁷ “V – Criopreservação de gametas ou pré-embriões

[...]

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

²³⁸ Válido destacar que referido projeto de Lei foi amplamente debatido e encontra-se arquivado desde fevereiro de 2007.

²³⁹ SZANIAWSKI, 2001. p.98-99.

²⁴⁰ BRASIL, Projeto de Lei n. 90, de 24 de janeiro de 1999. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15032>>. Acesso em: 23.09.2013.

privativos desta categoria, tendo como escopo a regulamentação da ética médica.²⁴¹ Assim, ainda que seja vinculante entre a categoria, não há que se falar em efeito imperativo desta resolução.

Um debate que se coloca quando se propõe a destruição dos embriões excedentes é com relação ao aborto.

Sobre essa questão Michael Sandel explica que os adeptos da ideia de que os embriões já são uma pessoa rechaçam a sua destruição utilizando os mesmos argumentos que fundam a rejeição do aborto.

Se um embrião de oito células numa placa de Petri é moralmente equivalente a um ser humano completamente desenvolvido, então descartá-lo é o mesmo que descartar um feto e ambas as práticas equivalem ao infanticídio.²⁴²

5.2 A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA COM RELAÇÃO AOS EMBRIÕES EXCEDENTES PROVENIENTES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Sobre toda a questão do avanço tecnológico e as implicações que estes acarretam, Michael Sandel destaca que:

Quando a ciência avança mais depressa do que a compreensão moral, como é o caso de hoje, homens e mulheres lutam para articular seu mal-estar. Nas sociedades liberais, buscam primeiro a linguagem baseada nos conceitos de autonomia, justiça e Direitos humanos. Essa parte de nosso vocabulário moral, o entanto, não nos equipou para abordar temas mais difíceis colocados pelas práticas de clonagem, crianças projetadas e engenharia genética. É por isso que a revolução genômica induziu a uma espécie de vertigem moral. Para compreender a ética do melhoramento, precisamos enfrentar questões que há muito se ausentaram do campo de visão do mundo moderno – relativas ao estatuto moral da natureza e à atitude adequada dos seres humanos em relação ao mundo “dado”. Uma vez que elas tocam na teologia, os filósofos e teóricos políticos modernos nos tendem a evitá-las. Entretanto os novos poderes da nossa biotecnologia as tornam inevitáveis.²⁴³

²⁴¹ CONSELHO Federal de Medicina. Busca de Resoluções. **Portal do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&Itemid=36>. Acesso em: 26.09.2013.

²⁴² SANDEL, 2013. p.33.

²⁴³ *Ibidem*. p.22.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, durante o seu voto proferido no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510, destacou que:

Delimitar o âmbito de proteção do Direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta a todos.²⁴⁴

O progresso das tecnologias e, principalmente no tocante à biotecnologia, nos faz refletir sobre de que forma o Direito deve nortear essas questões. Como os autores citados acima destacaram, um ponto importantíssimo e de impossível desvinculação é relativo à moral, transcendendo o mundo jurídico e, de consequência, orientando pontos que o Direito ainda não deu conta de tutelar. Seja isso decorrente de omissões legislativas, seja pela rapidez da evolução tecnológica.

Assim sendo, verifica-se uma complexidade muito grande da forma em que a falta de orientação legislativa pode acarretar em casos, como o dos embriões excedentários. Isso porque quando o assunto é vida é ainda mais delicado o olhar que temos que ter para essas questões.

A falta de regulamentação se mostra muitas vezes prejudicial uma vez que não se sabe qual é a postura adequada, até mesmo moralmente adequada, a ser tomada nos casos que aparecem aos operadores do Direito.

Isso acarreta uma heterogeneidade de tutela para os mesmos casos, pois, uma vez não havendo norma regulamentadora, a solução casuística dá-se a partir das convicções pessoais e morais daquele operador do Direito. Isso não é razoável, uma vez que se trata de questões, neste caso, relacionadas à vida, não podendo haver distinção entre duas delas.

O dilema que fica é que, ainda que a regulamentação um dia emergja, provavelmente esta já surgirá de maneira defasada, a exemplo o Código Civil em vigor; nosso processo legislativo é complexo, não suprimindo as inovações que possam aparecer neste meio tempo.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3510. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510.NUME.+OU+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzuefxy>>. Acesso em: 23.09.2013.

Incertezas não faltam quando o assunto é a evolução²⁴⁵ da espécie humana por meio das técnicas de reprodução assistida. Será que estamos diante de uma evolução científica ou de uma mudança no modelo de sociedade? Ou perante as duas coisas simultaneamente? E ainda, quais as consequências reais para toda a coletividade daqui uma década? Se estamos mudando a forma de entender o início da vida ou de buscar cura para alguns males, o que isso pode significar?

Talvez tudo isso signifique uma ampliação dos formatos dos núcleos familiares, o que já é tendência no Direito contemporâneo. Exemplo disso são famílias compostas de dois pais, duas mães, sem pai ou sem mãe, filhos que não conhecem plenamente seus ascendentes e correm o risco de se relacionarem, no futuro, com um irmão, com um de seus pais biológicos ou colaterais. O que é certo, no entanto, é que tudo isso implicará diretamente na forma de interpretar o Direito nos seus mais distintos campos.

Não bastasse isso, outra questão que fica é com relação à atuação dos médicos. Esperamos deles uma conduta pautada na ética e na boa-fé, mas não podemos prever quando esse limite é extrapolado ao definirem a combinação da fecundação, as chances de vida ou o empenho para salvar ou prorrogar uma vida. Assim, entende-se que, talvez, isso implique na mudança ou regulamentação nos códigos de ética de diversas profissões e dos Códigos Civil e, possivelmente Penal.

Contudo, ainda que advenha norma jurídica regulamentadora, estaremos sempre sujeitos à atuação ética dos médicos e dos profissionais da saúde envolvidos em todo o processo.

Em contrapartida, César Fiuza defende que a ciência deve ser deixada livre para se desenvolver. Assim, caberia à própria comunidade científica traçar seus limites, a partir de discussões, em seus conselhos de ética.²⁴⁶

Uma crítica que se aponta quando se trata dos Direitos da sucessão e os nascituros é que aquele atribui capacidade a estes, e capacidade é atributo conferido aos sujeitos de direito, ou seja, há uma desconexão entre a teoria natalista do Código Civil, com a leitura concepcionista que lhe é dada.

Outrossim, há uma divergência doutrinária muito grande com relação à equiparação do embrião a nascituro. Essa disputa não é sem razão. Isso porque o

²⁴⁵ A palavra evolução foi adotada neste caso no sentido de alteração, mudança e não necessariamente de melhoramento.

²⁴⁶ FIUZA, 2009. p.127.

nascituro tem capacidade para ser herdeiro, nos termos do artigo 1.798 do Código Civil. Contudo, essa capacidade não é conferida expressamente ao embrião pré-implantatório, que, como discutido anteriormente, também não pode ser comparado à prole eventual.

Neste sentido, na 3ª Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado nº 267 que dispõe que a regra do artigo 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados a partir da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Esse enunciado, ainda que não tenha força normativa, inova ao equiparar o embrião pré-implantatório ao nascituro. Todavia não é imune a críticas. Se isso ocorresse da maneira conforme ali disposta, as heranças que envolvam embriões, de algum modo ficariam potencialmente abertas para sempre, o que não seria razoável. A saída, talvez, fosse a implementação de um prazo para que esses embriões fossem de fato utilizados a fim de serem tidos como herdeiros, a exemplo como ocorre com a prole eventual, de acordo com o artigo 1.799, inciso I e artigo 1.800, §4º, ambos do Código Civil.

6 CONCLUSÃO

O avanço da biotecnologia é inquestionável, principalmente no tocante às técnicas de reprodução assistida. A questão levantada, no entanto, é com relação à falta de regulamentação específica sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se tal regulamentação necessária a nortear as implicações dele decorrentes.

Conforme abordado, o progresso das ciências traz consigo uma indagação quanto ao modo de se agir nos casos apresentados diuturnamente, sem ferir valores fundamentais, dentre os quais se destaca a proteção à vida humana. Diante disso, a bioética seria uma alternativa para mediar as implicações havidas entre a ciência e as relações humanas.

Desse modo, apontou-se como a bioética veio nortear os vínculos existentes entre a ciência e a moral da sociedade, cabendo ao biodireito orientar, por meio de seus princípios, a aplicação deste Direito quando silente o ordenamento jurídico.

Deve-se ainda destacar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, basilar em nosso ordenamento jurídico, ao se tratar desse tema. Isso porque o indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, sendo inadmissível a sua não observância em qualquer uma das dimensões dos Direitos fundamentais. Assim, o homem não pode ser visto como mero produto da natureza, mas como um ser social dotado de Direitos que devem ser respeitados.

A indagação que fica, todavia, é quando a vida se inicia, e é justamente neste ponto que a divergência se dá.

Assim, apresentaram-se as teorias natalista, genético desenvolvimentista, da personalidade condicional e puramente concepcionalista. A primeira, adotada por nosso Código Civil, somente considera pessoa o ser humano nascido com vida ao passo que a teoria genético desenvolvimentista distingue o ser humano por fases, ou seja, pré-embrião, embrião e feto. A teoria da personalidade condicional, por sua vez, dispõe que a personalidade civil somente é atribuída após o nascimento, mas os Direitos do nascituro ficam sujeitos a uma condição. Já a teoria puramente concepcionalista considera a personalidade do nascituro desde a sua concepção.

Visto isso, discutiu-se sobre a insuficiência do nosso Direito para tutelar os embriões pré-implantatórios, tendo em vista que as categorias discriminadas no Código Civil não dão conta das novas que se apresentam frente aos avanços tecnológicos. Assim, o embrião pré-implantatório não pode ser equivalente à pessoa física, porque não nasceu. Também não pode ser considerado nascituro, uma vez que este depende do desenvolvimento no ventre materno e nem por isso pode ser visto como prole eventual, pois já concebido.

Tratou-se também, no bojo desse estudo, acerca das técnicas de reprodução assistida. Neste particular aspecto mencionaram-se inseminação artificial, fecundação *in vitro*, transferência intratubária de gametas e transferência intratubária de zigoto.

Discutiu-se, após essa explanação, sobre os embriões excedentários propriamente ditos e a necessidade de utilização hermenêutica para a resolução das questões que se colocam com relação a eles, uma vez que não há tutela jurídica específica para eles, ainda que tenham sido editados alguns Projetos de Lei.

Atualmente, alguns dos destinos possíveis para os embriões excedentes são a criopreservação, a doação, a doação para fins de uso em pesquisa e a destruição. Contudo, uma vez que não há uma norma orientadora para o caso em questão, não há uma uniformização na conduta adotada caso a caso.

Em que pese argumentação contrária no sentido de que haveria um silêncio eloquente do legislador ao não regulamentar esse tema, entende-se que esta não é a melhor posição. Isso porque, a falta de regulamentação se mostra prejudicial, pois não se sabe qual a postura mais adequada a ser tomada nos casos que se impõem, nos levando a refletir amplamente. Isso porque é impossível a desvinculação da moral nas questões relativas ao progresso da biotecnologia. Dessa forma, as transformações decorrentes dessa mudança de paradigma, principalmente no tocante à vida, demonstram a necessidade de uma atuação mais presente do Direito.

Diante todo o exposto, verifica-se que diante de tantas transformações e necessidades da sociedade moderna, é cada vez mais primordial a atuação do Direito. Do Direito dinâmico e atento aos anseios da sociedade. Da Filosofia do Direito que apresenta a sutileza e delicadeza necessárias a compreender a força da vida. Ao Direito regido e desenvolvido por profissionais sensíveis às complexidades de uma sociedade cada vez mais plural. Do Direito que incentiva ou promove

melhores alternativas para o desenvolvimento da ciência, independente do país, da formação da sociedade, do credo religioso, da preferência sexual, do modelo político ou da condição econômica.

Se desde sempre o papel do Direito é buscar caminhos para construir uma sociedade digna, justa e igualitária, com a análise de todos esses pontos os operadores do Direito precisam ainda de um olhar sensível e de um tratar habilidoso para gerir toda a complexidade das teias da vida.

Por tudo isso há beleza, forma e motivação para o estudo do Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMODIN, Ednéia; ALMODIN, Gustavo. Criopreservação de gametas, embriões e tecidos germinativos: investimento emocional do casal com células germinativas criopreservadas. In: ALMODIN, Carlos Gilberto; COSTA, Rosaly Rulli. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.256-257.

ANVISA. RDC/ANVISA n. 33. **Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais**. Minas Gerais, [2006]. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/RDC_33.pdf>. Acesso em: 12.09.2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. Embriões Excedentários e a Lei de Biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Família e dignidade humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**: alguns desafios. São Paulo: Ideias e Letras, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Bauru: EDUSC, 1997.

BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL, Projeto de Lei n. 1184, de 03 de junho de 2003. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 23.09.2013.

BRASIL, Projeto de Lei n. 90, de 24 de janeiro de 1999. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15032>>. Acesso em: 23.09.2013.

BRASIL. Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de lei n. 478, de 2007. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=770928>. Acesso em: 16.09.2013.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42>. Acesso em: 23.09.2013.

BRASIL. Projeto de Lei n. 6960, de 2002. Câmara dos Deputdos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4F1CFCFFC917C685D9A2F4FA9701C3A6.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002> Acesso em: 21.09.2013.

BRASIL. Projeto de Lei n. 90, de 1999. **Ghente**, Rio de Janeiro, [1999]. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm>. Acesso em: 23.09.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 931556 RS 2007/0048300-6. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 5 ago. 2008. **Site do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=931556&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 05.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3510. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510.NUME.+OU+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzuefxy>>. Acesso em: 23.09.2013.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAETANO, João Pedro Junqueira, COTA, Ana Márcia de Miranda e LAMAITAI, Rivia Mara. Criopreservação de embriões e banco de embriões. In: ALMODIN, Carlos Gilberto; COSTA, Rosaly Rulli. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHADE, Jamil. ONU critica legislação brasileira e cobra país por mortes em abortos de risco. **Jornal o Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 de fevereiro de 2012. Política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,onu-critica-legislacao-brasileira-e-cobra-pais-por-mortes-em-abortos-de-risco,837316,0.htm>>. Acesso em 17.09.2013.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.235-236.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios Biomédicos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Busca de Resoluções. **Portal do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em:<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&Itemid=36>. Acesso em: 26.09.2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.1.358, de 19 de novembro de 1992. Seção I, p.16053. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 20.07.2013.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resoluções. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm>. Acesso em: 18.08.2013.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 09.09.2013.

COSTA, Rosaly Rulli; MATTOS, Beatriz de. Histórico da Criopreservação. In: Carlos Gilberto Almodin, Rosaly Rulli Costa. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DECLARAÇÃO de Helsinki. Disponível em: <www.amb.org.br/teste/internacional/declaracaohelsinki_revisada.pdf>. Acesso em: 05.08.2013.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Cidadania e Justiça. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/Direitos-do-cidadao/declaracao-universal-dos-Direitos-humanos>>. Acesso em: 21.08.2013.

DENTILLO, Daniel. A reprodução humana. **Hemocentro de Ribeirão Preto**. Ribeirão Preto, SP: USP, [200?]. Disponível em: <<http://www.ead.hemocentro.fmrp.usp.br/joomla/index.php/publicacoes/ciencia-em-foco/51-reproducao-humana>>. Acesso em: 21.10.2013.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia**. Curitiba: UFPR, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. BARRETTO, Vicente de Paulo. Prefácio. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009..

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82-88.

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

GOLDIM, José Roberto. **Pesquisa em embriões**. Porto Alegre: UFRGS, 2008. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/embrpes.htm>>. Acesso em 11.09.2013.

GOLDIM, José Roberto. **Princípios éticos**. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/belmont.htm>. Acesso em: 05.08.2013.

GRANDE Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUNGES, José Roque. **Bioética**. Perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Portugal: Edições 70, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 8. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÉITOLES, Fernanda; GERON, Vitor. Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 21.06.2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1139440>>. Acesso em: 15.10.2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATTOS, Beatriz de e COSTA, Rosaly Rulli. Técnicas de criopreservação. In: ALMODIN, Carlos Gilberto; COSTA, Rosaly Rulli. **Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. OLIVEIRA, Bruno Torquato de. (coord.). **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**. Curitiba: Genesis, 1998.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado: parte geral**. 2. ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1954. t.1.

NAMBA, Edison Tetsudo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Estatuto do nascituro: posição favorável. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 02 de agosto de 2013. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estatuto-do-nascituro--posicao-favoravel/11715>>. Acesso em 17.09.2013.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PONTES, Estevão Guitierrez Brandão. **Células-tronco, bebês de proveta e lei: onde há vida: uma análise legal, jurisprudencial e científica parapsicológica**. Curitiba: Livraria Jurídica e editora, 2011.

REPRODUÇÃO Humana Assistida. **Portal da Saúde. SUS**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id_area=832>. Acesso em: 22.08.2013.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70000134635. 7ª Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 nov. 1999. **Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProceso%3A70000134635.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em: 05.09.2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANDEL. Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTIAGO, Emerson. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Site Terra. **Infoescola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/Direito/declaracao-dos-Direitos-do-homem-e-do-cidadao/>>. Acesso em: 21.08.2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 992.05.015535-0. 26ª Câmara de Direito Privado. Relator: Norival Oliva. São Paulo, 6 abr. 2010. **Site do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4412509&vI_Captcha=cqfcc>. Acesso em: 05.09.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SEGRE, Marco. COHEN, Claudio. (orgs). **Bioética**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

SOARES, André Marcelo; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito**: uma Introdução. Rio e Janeiro: Loyola, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito e redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transsexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SZANIAWSKI. Elimar. O embrião excedente: o primado do Direito à vida e de nascer. Análise do artigo 9º do Projeto de Lei do Senado n.90/99. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 8, p. 83-107, out/dez 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Estatuto do nascituro: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estatuto-do-nascituro-posicao-contraria/11714>>. Acesso em:16.09.2013.

VIEIRA, Ana Paula. **Utilização do sêmen após a morte do doador, para fins de reprodução assistida, pela viúva ou última companheira do falecido**: possibilidade e consequências jurídicas referentes aos direitos da prole eventual. 57 f. Monografia (Graduação) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.