

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MARIA ISABEL DA SILVEIRA BORDINI**

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO**

**CURITIBA  
2009**

**MARIA ISABEL DA SILVEIRA BORDINI**

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

**Curitiba  
2009**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA ISABEL DA SLVEIRA BORDINI

### **A proteção jurídica do embrião humano**

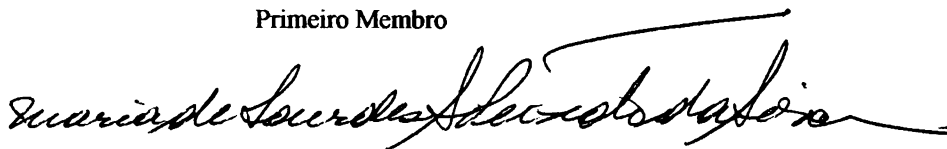
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE  
Orientador



ELIMAR SZANIAWSKI  
Primeiro Membro



MARIA DE LOURDES SERAPHICO PEIXOTO DA SILVA  
Segundo Membro

Curitiba, 28 de Outubro de 2009

A Deus, por me amar apesar de mim.  
Aos meus pais, de quem jamais estarei à altura.  
A todos aqueles, sem rosto ou nome, privados do direito de nascer.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite pela amável atenção e pela seriedade admirável dedicadas a este trabalho.

À amiga Doutora Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da Silva agradeço pela generosa contribuição: pelas conversas, trocas de idéias e materiais disponibilizados em favor deste trabalho.

A todos os amigos e colegas, especialmente a Lígia Regina Klein, Maíra Passos de Lima Medeiros, Priscila Siqueira Martins de Espíndola, Sylvia Malatesta das Neves e Viviane Ferreira Leite, agradeço pela amizade e companheirismo inestimáveis, que me foram essenciais nestes anos de estudo e vivência universitária.

A Ana Luisa, Luis Henrique, José Eduardo, Maria Teresa, João Vitor, Miguel e Gabriel, sem os quais a existência seria absurdamente tediosa, agradeço por compartilharem minha vida, por tolerarem o pior e reconhecerem o melhor de mim.

A Eliane e Luis, mãe e pai, agradeço, agradeço e agradeço.

A Deus, sorrindo agradeço pela maior das lições: a do amor incondicional.

*Las vidas humanas no valen menos porque nadie las llore.*

**Gonzalo Herranz**

## RESUMO

O trabalho analisa o estatuto jurídico do embrião humano no Direito Brasileiro atual e examina especialmente a situação dos embriões excedentes e crioconservados, resultantes das técnicas de reprodução humana assistida. Aborda os aspectos biomédicos, éticos e jurídicos envolvidos na questão, na medida em que: 1) analisa o fenômeno social da reprodução humana assistida, como origem da discussão; 2) expõe as considerações biomédicas acerca das fases iniciais da vida humana; 3) enquadra o tema no atual Código Civil Brasileiro, à luz dos conceitos de *pessoa natural*, *nascituro* e *personalidade jurídica*, e das diferentes teorias sobre a atribuição da personalidade; 4) esboça um sistema de proteção jurídica, ofertada ao embrião humano pelo Direito Brasileiro atual, fundado no princípio da dignidade humana e nos direitos de personalidade; 5) aponta como a solução mais coerente com esse sistema, de modo a assegurar o direito fundamental à vida, a doação dos embriões excedentes a casais inférteis.

Palavras-Chave: Proteção jurídica do embrião humano. Reprodução humana assistida. Personalidade jurídica. Princípio da dignidade humana. Direitos de personalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O SURGIMENTO DA QUESTÃO</b> .....	3
1.1 MOTIVAÇÕES SOCIAIS E PESSOAIS DA RECORRÊNCIA ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	3
1.2 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	8
1.3 OS EMBRIÕES PRÉ-IMPLANTATÓRIOS.....	16
<b>2. AVALIAÇÃO BIOMÉDICA: É SER HUMANO O EMBRIÃO?</b> .....	18
2.1 FERTILIZAÇÃO E FASES DO DESENVOLVIMENTO EMBRIONÁRIO.....	18
2.2 A HUMANIDADE DO EMBRIÃO: SER HUMANO <i>POTENCIAL</i> OU <i>ATUAL</i> ?.....	25
<b>3. O CÓDIGO CIVIL E O ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO</b> .....	29
3.1 PERSONALIDADE JURÍDICA E TITULARIDADE DE DIREITOS.....	29
3.2 CATEGORIAS DO CÓDIGO CIVIL: PESSOA NATURAL E NASCITURO....	31
3.3 A ATRIBUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: TEORIAS.....	34
<b>4. A TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	46
4.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE E A TUTELA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	46
4.2 O DIREITO PENAL.....	54
4.3 O DIREITO INTERNACIONAL.....	56
4.4 A NOVA LEI DE BIOSSEGURANÇA – LEI 11.105/2005.....	60
<b>5. DIREITO À PROcriação <i>VERSUS</i> PROTEÇÃO AO EMBRIÃO – QUESTIONAMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS</b> .....	65

5.1 O DIREITO À PROCREAÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	65
5.2 SOBRE A DOAÇÃO – OU ADOÇÃO – DOS EMBRIÕES EXCEDENTES....	71
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por propósito investigar o estatuto jurídico do embrião humano no Direito Brasileiro atual, voltando-se especialmente à situação dos embriões gerados pelas técnicas de reprodução assistida e mantidos em estado de crioconservação – os chamados embriões *excedentes* ou *excedentários*. Com este fim, abordar-se-ão os aspectos biomédicos, éticos e jurídicos envolvidos na questão.

A lacuna percebida no corpo do conhecimento jurídico se evidencia pela ausência de um tratamento legislativo específico da tutela devida ao embrião humano. Além do atual Código Civil, que simplesmente menciona a matéria ao tratar da atribuição de filiação em algumas situações derivadas da reprodução assistida (art. 1.597, III, IV e V, CC), a única lei que se ocupa do tema é a Lei 11.105 de 24 de março de 2005, chamada Nova Lei de Biossegurança, cujo art. 5º teve a constitucionalidade recentemente discutida no Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 3510.

Tampouco na doutrina encontra-se entendimento pacífico a respeito do estatuto jurídico do embrião humano, conforme se percebe pela existência de ao menos três correntes distintas acerca do início da personalidade jurídica do ser humano: a corrente natalista, a da personalidade condicionada e a concepcionista. Tais correntes inspiram-se e ao mesmo tempo influenciam a discussão que se trava em torno do estatuto ontológico da vida humana embrionária, discussão que por sua vez se desdobra em outras três teorias: a concepcionista, a genético-desenvolvimentista e a teoria do embrião como potencialidade de pessoa.

Em face disso, e tendo por objetivo determinar qual a tutela jurídica devida ao embrião humano e se tal tutela é realizada pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho estrutura-se da seguinte forma:

O primeiro capítulo trata acerca do fenômeno social da reprodução humana assistida: origem da discussão em torno da necessidade de proteção à vida humana embrionária. Tal fenômeno, relativamente recente no contexto da história da humanidade, apresenta implicações éticas, médicas e jurídicas que têm sido objeto de freqüentes indagações, discussões e até mesmo conflitos, tanto no âmbito do Direito, como no da Medicina e inclusive no da Política.

O segundo capítulo propõe uma incursão no terreno das ciências médicas e biológicas, a fim de averiguar o que esse campo do conhecimento tem a dizer, atualmente, sobre as fases iniciais da vida humana, bem como refletir acerca da humanidade *atual* ou *potencial* do embrião.

O terceiro capítulo pretende analisar o tema à luz das categorias e disposições do atual Código Civil Brasileiro. São analisadas as categorias da *pessoa natural* e do *nascituro*, bem como o instituto da *personalidade*, através do estudo das diferentes teorias sobre a atribuição da personalidade, no intuito de verificar se tais formulações são adequadas para tratar da realidade da vida humana embrionária.

O quarto capítulo se dedica a traçar um panorama da proteção jurídica ofertada ao embrião humano pelo Direito Brasileiro atual. Analisa o alcance dos direitos de personalidade, reconhecidos em sede civil-constitucional a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a tutela prestada no âmbito do direito penal e do direito internacional, por meio de diplomas normativos internacionais que ingressam no ordenamento jurídico pátrio.

O quinto e último capítulo se volta à existência de um possível conflito entre o direito à procriação, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 ao reconhecer o direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF), e a proteção jurídica do embrião humano. Discute-se a natureza desse direito e apresentam-se os seus limites, sediados no princípio do melhor interesse da criança e no da plena igualdade entre os filhos. Apresenta-se, ao fim, uma possível resposta ao problema dos embriões crioconservados: a doação a, ou a *adoção* – termo que parece mais adequado a alguns – por casais inférteis.

Ainda, cabe dizer que a inquietação de fundo, ou implícita a este trabalho, traduz-se no entendimento de que a proteção, bem como a ausência dela, ao embrião humano repercute no respeito e na valorização da vida humana como um todo, uma vez que a preocupação que uma sociedade nutre pelo ser humano encontra a sua pedra de toque no tratamento que esta confere aos mais vulneráveis.

## 1. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O SURGIMENTO DA QUESTÃO

“Esse homem futuro (...) parece motivado por uma rebelião contra a existência humana tal como nos foi dada – um dom gratuito vindo do nada (secularmente falando), que ele deseja trocar, por assim dizer, por algo produzido por ele mesmo.” Hannah Arendt

### 1.1 MOTIVAÇÕES SOCIAIS E PESSOAIS DA RECORRÊNCIA ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A questão da proteção destinada à vida humana embrionária – e, talvez antes disso, a reflexão acerca da natureza ontológica e do estatuto ético e jurídico do embrião humano – assume suas proporções mais significativas a partir do advento das técnicas de reprodução humana assistida. Essas técnicas representam uma espécie de “revolução”, na medida em que inauguram uma realidade não imaginada até então, qual seja, a dissociação entre a procriação, a geração de descendência, e o ato sexual. Nesse sentido, as procriações artificiais representam a face oposta dos métodos contraceptivos, que por sua vez possibilitam “a sexualidade sem procriação”<sup>1</sup>.

Diante disso, cabe investigar as motivações, de ordem social e individual, que conduzem as pessoas a se submeter às técnicas de reprodução assistida. A relevância disso está em que o caráter dessas motivações certamente interfere nas considerações que os envolvidos nesses procedimentos de procriação artificial irão tecer a respeito da natureza e do estatuto do embrião humano. Além disso, analisando-se tais motivações, espera-se alcançar uma compreensão, certamente parcial, sobre as origens e o desenvolvimento do fenômeno social da reprodução humana artificial.

Como bem diagnostica Eduardo de Oliveira Leite,

as indagações em torno do embrião humano adquiriram uma atualidade crescente, cada vez mais visível e tangível, dado ao papel que ele passa a representar no interior de nossa sociedade e de nossa cultura: o desenvolvimento inimaginável da medicina e, em particular, da

---

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito – Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, p. 97.

biotecnologia conduz-nos a interrogar sobre sua posição no modo ético-jurídico, a nos questionarmos sobre o estatuto que ele tem – ou deve ter – entre nós<sup>2</sup>.

Em face disso, resta clara a importância do questionamento acerca das motivações responsáveis pelo desenvolvimento da reprodução assistida, tecnologia que contribuiu para a desmistificação da origem da vida<sup>3</sup> e, ao mesmo tempo, introduziu uma série de novos problemas éticos, jurídicos e políticos.

A questão da fertilidade sempre ocupou lugar central na escala de valores e preocupações das sociedades, vide as diversas formas de “culto à fertilidade” que se realizavam nos primeiros agrupamentos humanos. A capacidade de gerar estava associada ao mistério, e também à natureza, provedora imediata e indispensável à sobrevivência humana. Dessa forma, a esterilidade assumia as proporções de verdadeira desgraça. “Desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos. A mulher estéril era encarada como ser maldito que precisava ser banida do convívio social.”<sup>4</sup>

Percebe-se, com isso, que a associação da fecundidade às noções de bem, dádiva ou alegria é algo que compõe o imaginário coletivo desde as origens mais ancestrais do ser humano, e, conseqüentemente, a conotação negativa que acompanha a esterilidade também possui as mesmas origens ancestrais. Essas associações persistem ainda nos dias de hoje, não obstante a ampliação do uso dos métodos contraceptivos e a postergação do projeto parental, em geral devido a fatores profissionais ou econômicos. No entanto, o advento daquilo que se denominou “controle de natalidade” não anulou o desejo de ter filhos. Quer dizer, a invenção dos métodos contraceptivos possibilitou o adiamento do projeto parental, o que conferiu ao homem o poder de, neste aspecto, controlar a natureza. Contudo, essa possibilidade e esse poder não eliminam a sensação de fracasso e a imagem social negativa que atingem o casal incapaz de ter filhos.

---

<sup>2</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 29, p. 121-146, 1996, p. 121. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>>. Acesso em: Agosto 2008.

<sup>3</sup> Esta consideração é, entretanto, questionável, uma vez que o estudo acerca das fases iniciais do desenvolvimento humano produzem diversas controvérsias e debates, não só a respeito do marco inicial da vida humana, ou da própria possibilidade de fixação desse marco, como também sobre a licitude dos meios empregados neste estudo (manipulação de embriões, por exemplo). Desse modo, longe de produzir uma “desmistificação” do tema, a reprodução assistida teria contribuído, antes, para um aumento da complexidade do assunto.

<sup>4</sup> LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito*, p. 17.

Talvez aí se possa identificar a atuação do impulso de perpetuação da espécie, que inegavelmente compõe a natureza humana. Entretanto, o desejo de filiação encontra ainda outros fundamentos, dado que a natureza humana não se esgota na dimensão biológica.

É comum vislumbrar na maternidade e na paternidade uma forma de busca pela satisfação do desejo de imortalidade, de superação de nossos limites temporais. A filiação, segundo o pensamento de France Quéré, autora francesa, possibilita ao homem

perpetuar-se após sua morte (...). A morte não é abolida, mas o homem acede ao tempo indefinido através destes filhos que escandem a renovação do mundo e o retorno de uma inesgotável juventude. (...) Na procriação, nada em série, nada de repetição, nenhum cansaço do modelo: sempre o novo, o imprevisto, o único, o inimitável (...) A fecundação faz de mim quase um deus, capaz de multiplicidade e de diversidade, capaz de filhos e filhas.<sup>5</sup>

Nesse sentido, é também interessante analisar o entendimento da doutrina da Igreja Católica, que considera a procriação humana como uma participação no ato criador de Deus<sup>6</sup>, ou seja, como algo que aproxima o ser humano do divino e, de alguma forma, o faz vivenciar a imortalidade. Ou, melhor dizendo, a geração de filhos é vista como uma oportunidade de doação, de manifestação de amor, sendo o amor, por sua vez, a própria natureza de Deus. Considerem-se as palavras de João Paulo II, presentes na Exortação Apostólica *Familiaris Consortio*, que ilustram a concepção mencionada:

(...) o amor conjugal, enquanto conduz os esposos ao conhecimento recíproco, não se esgota no interior do próprio casal, já que os habilita para a máxima doação possível, pela qual se tornam cooperadores com Deus no dom da vida a uma nova pessoa humana. Deste modo os cônjuges, enquanto se doam entre si, doam para além de si mesmos a realidade do filho, reflexo vivo do seu amor, sinal permanente da unidade conjugal e síntese viva e indissociável do ser pai e mãe.<sup>7</sup>

Além dessas motivações de ordem psicológica e também, pode-se dizer, metafísica (incluindo aqui aquilo que se chamou de “desejo de imortalidade”), deve-

<sup>5</sup> QUÉRÉ, France. *La procréation: point de vue d'un théologien*. In: Les procréations artificielle. Rapport au Premier Ministre, Apud LEITE, E. de O. Obra citada, p. 101-102.

<sup>6</sup> “Dando a vida, os esposos participam da paternidade de Deus”, é o que afirma o ponto 2398 do Catecismo da Igreja Católica (Consultado: *Catecismo da Igreja Católica*. Editora Vozes: Petrópolis, 1993, p. 620).

<sup>7</sup> JOÃO PAULO II. Exortação Apostólica *Familiaris Consortio*, 22 de novembro de 1981: AAS 74 (1992), n. 14.

se considerar a influência das determinações sociais. A sociedade elabora certos padrões de comportamento que espera que sejam cumpridos nas relações conjugais (e em todas as demais relações), dentre os quais estão a geração e a educação dos filhos. Desse modo, o casal estéril é deixado à margem desse padrão, o que pode lhe causar sofrimentos e transtornos de relacionamento, ainda mais tendo em vista que outras formas de manifestação do amor conjugal, tais como a adoção de uma criança, são socialmente menos valorizadas do que a geração de filhos próprios.

Ainda na ordem das motivações sociais, é preciso levar em conta as repercussões de uma mentalidade hedonista e individualista que enxerga no filho desejado, antes de tudo, uma oportunidade de satisfação das aspirações afetivas e de realização pessoal. Ao invés de se apresentar como conseqüência do amor e como um fim em si mesma, a criança é instrumentalizada e reduzida a um objeto destinado à realização dos interesses dos pais. Essa questão será mais extensamente apresentada quando se tratar da discussão em torno de um suposto “direito ao filho”. Desde já, no entanto, não se pode ignorar a influência que tal concepção exerce na busca pelas técnicas de reprodução assistida.

A título de reflexão, citemos ainda que no debate acerca da existência de um “direito ao filho” está presente, nas palavras de Elio Sgreccia,

uma das contradições mais evidentes da cultura contemporânea: de uma parte se propaga, por meio do aborto e da contracepção, a *anti-life mentality*; de outra, reivindica-se a todo custo e por todos os meios o filho por meio da FIVET (*Fecundation in vitro with embryo transfer*): receia-se que, tanto num caso como no outro, o filho seja sempre considerado mais como ‘complemento’ e ‘objeto’ em relação aos cônjuges do que como ‘sujeito’, que tem seu valor e deve ser desejado e acolhido por si mesmo e pelos caminhos traçados pelo projeto de vida e de amor que passa pela família.<sup>8</sup>

Diante do que foi examinado, compreende-se que a esterilidade, especialmente quando vivenciada no relacionamento conjugal, produza tais conseqüências de ordem psicológica e emocional, com repercussões no âmbito pessoal, familiar e social, que os atingidos visualizem nas técnicas de reprodução artificial a solução necessária ao problema. Assim, não só para os antigos, mas também para a sociedade contemporânea, a esterilidade pode assumir proporções trágicas.

---

<sup>8</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – Fundamentos e ética biomédica*, p. 434.

“A esterilidade”, analisa Eduardo de Oliveira Leite, “se apresenta para o casal, para suas famílias e para a sociedade circundante, como uma doença, sempre grave e diversa na sua evolução (...)”<sup>9</sup>. Ora, se a dificuldade ou a impossibilidade de naturalmente gerar filhos é tida como uma doença, parece coerente pensar que o recurso às técnicas de reprodução artificial é o tratamento médico adequado. Contudo, aqui se podem formular dois questionamentos: primeiro, se a infertilidade é de fato uma doença ou se é apenas uma condição ou característica do indivíduo; segundo, admitindo-se que se trata de uma doença, indaga-se se as técnicas de reprodução artificial possuem verdadeiro caráter terapêutico, isto é, se podem ser consideradas como tratamento médico ou se consistem apenas em meios paliativos, que buscam suprir uma deficiência, mas não a curam.

Sobre a primeira questão, quanto à infertilidade ser ou não uma doença, há de se reconhecer que o problema possui, sem dúvida, um componente médico. Ainda que o conceito de doença varie conforme as transformações históricas e sociais, deve-se admitir que a infertilidade consiste numa deficiência em relação ao padrão normal de funcionamento do organismo. Entretanto, a infertilidade é mais propriamente uma consequência de uma disfunção do organismo (uma disfunção ovariana, por exemplo) do que uma patologia em si, na medida em que não necessariamente prejudica a homeostase do organismo atingido. Quer dizer, a incapacidade de procriar não repercute necessariamente no equilíbrio e funcionamento do organismo. Nesse sentido, é relevante considerar que a Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (ou simplesmente Classificação Internacional de Doenças – CID-10) não traz em seu rol, expressamente, a infertilidade<sup>10</sup>. O que há é a classificação de disfunções que podem repercutir na fertilidade, como a disfunção ovariana (E28) e a disfunção testicular (E29). Com isso não se quer diminuir a importância do tema da infertilidade, mas apenas mostrar como ele se localiza no campo da Medicina: não como uma doença, mas como a consequência de alguma outra patologia de base.

Com isso se adentra a segunda questão levantada, sobre a natureza terapêutica dos métodos de reprodução assistida: se a infertilidade em si não é a

---

<sup>9</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 103.

<sup>10</sup> A CID-10, instituída pela Organização Mundial da Saúde, padroniza a codificação de doenças e outros problemas de saúde, tais como acidentes e violências, motivos de contato com serviços, sintomas e sinais. Pode ser consultada em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em 19 Abril 2009.

doença, as técnicas que pretendem driblá-la tampouco possuem caráter terapêutico. São, antes, meios substitutivos. O tratamento da patologia de base, por exemplo, o tratamento de uma endometriose que impeça a mulher de engravidar, é que seria, por sua vez, verdadeiramente terapêutico.

Um posicionamento que ilustra bem o caráter da reflexão que aqui se deseja provocar deduz-se das seguintes palavras de Elio Sgreccia:

O problema ético a ser esclarecido é o seguinte: até que ponto o ato médico, a intervenção do médico ou mesmo do biólogo (*intervenção que consiste no uso de alguma técnica de reprodução assistida*) tem um caráter de ajuda terapêutica ou se torna um ato substitutivo e manipulatório? Tratar significa remover os obstáculos, facilitar os processos; não quer dizer substituir a responsabilidade das pessoas, do casal neste caso, naquilo que é próprio dele, de modo exclusivo e inalienável.<sup>11</sup>

Na concepção do autor, as técnicas de reprodução artificial que substituem o ato natural não possuem verdadeiro caráter terapêutico, mas meramente paliativo, sendo por isso eticamente questionáveis.

Não se pretende neste trabalho realizar uma avaliação ética das técnicas de reprodução humana artificial, embora haja muito a refletir e discutir a respeito. Como já expusemos, as considerações em torno da reprodução assistida têm o intuito de localizar a origem do problema dos chamados “embriões pré-implantatórios”, que consiste num desdobramento central do tema da proteção jurídica do embrião humano, objeto de estudo sobre o qual ora nos debruçamos.

## 1.2 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Agora se deve examinar uma a uma as principais técnicas de reprodução humana assistida e analisar quais estão mais diretamente relacionadas ao problema dos embriões excedentes.

Num primeiro momento, pode-se classificar a procriação assistida em intracorpórea e extracorpórea. Nas técnicas intracorpóreas a fecundação ocorre *in vivo*, isto é, na cavidade uterina da mulher. Aqui estão incluídas as inseminações artificiais intra-uterinas (IIU= Inseminação Intra-Uterina) e a técnica de retirada dos gametas e sua transferência para o interior da Trompa de Falópio, onde ocorrerá a

---

<sup>11</sup> SGRECCIA, E. Obra citada, p. 399.

fecundação (GIFT= *Gametes Intra Falopian Transfer* ou Transferência intra-tubária de gametas).

Por seu turno, na procriação assistida extracorpórea a fecundação ocorre *in vitro*, prescindindo do ato sexual. Consiste nas técnicas de fertilização *in vitro* com transferência do embrião (FIVET= *Fecundation In Vitro with Embryo Transfer*), normalmente utilizadas quando há dificuldades para a fertilização no ambiente tubário.

Mas as técnicas de reprodução assistida também podem ser divididas em homólogas e heterólogas. Nas técnicas homólogas os gametas e o útero gestacional provêm apenas do casal interessado na procriação. Nas técnicas de reprodução heteróloga há a utilização de gametas de terceiros, e pode haver o recurso à estrutura uterina de gestação de outra mulher.

Na diferença entre procriação assistida intracorpórea e extracorpórea está implicado o significado humano de procriar e na distinção entre procriação assistida homóloga e heteróloga está comprometido o sentido humano e psicológico das relações familiares de maternidade e paternidade.<sup>12</sup>

As diferenças sublinhadas são de fundamental importância na discussão acerca da validade ética das técnicas de reprodução humana assistida. Porém, como já apontamos, tal discussão não é objeto, ao menos não diretamente, do presente trabalho.

### 1.2.1 A inseminação artificial

Pode ocorrer na modalidade homóloga, também chamada auto-inseminação, quando for realizada com sêmen proveniente do próprio marido ou companheiro, ou na modalidade heteróloga, chamada também hetero-inseminação, quando é utilizado sêmen de terceiro doador.

Na inseminação artificial heteróloga as indicações decorrem de fatores que dizem respeito ao homem, tais como a aspermia, a astenospermia e a oligospermia, ou ainda à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis ou de doenças

---

<sup>12</sup> JUNGES, José Roque. Bioética – perspectivas e desafio, p. 151. Apud: VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do conceito humano na era da biotecnologia. Curitiba, 2003, 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e Universidade de Passo Fundo, p. 12.

genéticas. Elio Sgreccia chama a atenção para o perigo da mentalidade eugênica que se pode introduzir neste procedimento, especialmente na fase de seleção de doadores:

Convém registrar que, no caso da doação do esperma, a diferença eugênica é continuamente lembrada nas indicações que se dão sobre a qualidade do doador com expressões como estas: 'que seja pai de uma bela e sadia prole', 'deve-se preferir um doador que se assemelhe ao pai por suas **qualidades físicas, raciais, intelectuais e morais**'.<sup>13</sup> (Grifamos)

Quanto às técnicas de emprego, a retirada do sêmen pode ser feita imediatamente antes da transferência para as vias genitais femininas, empregando-se o sêmen "fresco", ou pode ser feita previamente, seguindo-se a conservação do sêmen por meio de congelamento (técnica da crioconservação) e descongelando-o pouco antes da transferência para as vias genitais femininas.

A retirada do sêmen pode ser feita juntamente com a relação sexual, depois dela ou sem ela. Juntamente com a relação sexual, pode ser realizada após o coito interrompido, por meio da sucessiva coleta do sêmen numa cápsula estéril, ou mediante o coito "condomado", isto é, com o uso de preservativo. Depois da relação sexual, a retirada do sêmen pode se dar dos seguintes modos: com o uso de preservativo furado, permitindo a coleta de parte do sêmen; pela retirada do esperma do fundo da vagina; pela coleta do esperma residual na uretra masculina; e, no caso de ejaculação retrógrada, pela coleta do sêmen dentro da bexiga. As formas para obtenção do sêmen separadamente da relação sexual são: masturbação; coleta do esperma na uretra após polução involuntária; eletroejaculação; espremedura da próstata e das vesículas seminais; punção do epidídimo ou do canal deferente; e biópsia testicular.

As diferentes modalidades de obtenção do sêmen são um aspecto relevante do tema devido às oposições psicológicas, morais e religiosas que se podem levantar contra a prática da masturbação, considerada o meio mais expedito para a retirada do sêmen. Diante disso, Elio Sgreccia relata que o Comitê Nacional para a Bioética Italiano (CNB), em documento a respeito da colheita e tratamento do sêmen, dispõe que o paciente que necessite se submeter a esse procedimento tenha "rigorosamente salvaguardado, na relação médico-paciente, o pleno respeito às convicções culturais ou religiosas e culturais, e à dignidade pessoal", com a

---

<sup>13</sup> SGRECCIA, E. *Obra citada*, p. 406.

garantia de “plena informação sobre eventuais métodos alternativos cientificamente válidos e aos quais ele deve, de qualquer forma, dar o próprio consentimento.”<sup>14</sup>

Além disso, no campo ético atribui-se valoração distinta ao procedimento de reprodução assistida realizado com sêmen obtido durante o ato sexual e à técnica que recorre à retirada do sêmen fora da relação sexual. No primeiro caso, “põe-se em prática uma *ajuda* técnica para que o sêmen ejaculado, no âmbito e em coincidência com o ato conjugal, possa se unir ao óvulo e realizar assim a fecundação”<sup>15</sup>. Já no segundo caso há uma separação completa entre o ato sexual e a procriação, atuando a técnica como um substituto daquele, o que é inadmissível para determinadas concepções éticas<sup>16</sup>.

O esperma obtido pode ser depositado em diferentes partes das vias genitais, conforme o obstáculo à fecundação que se queira superar: na vagina (inseminação intravaginal), na parte média do canal cervical (inseminação intracervical), no útero (inseminação intrauterina) ou na trompa (inseminação intratubária).

Por ser uma técnica intracorpórea, a inseminação artificial não possui maiores implicações para o tema da geração e manipulação de embriões humanos *in vitro*, uma vez que a fecundação ocorre *in vivo* e o embrião fica desde logo abrigado pelo ventre materno.

### 1.2.2 A fecundação *in vitro*

Neste procedimento, faz-se a reunião do material genético (gametas) feminino e masculino numa Placa de Petri ou num tubo de ensaio, buscando a fusão e a formação do ovo ou zigoto, o qual será introduzido no útero da mulher assim que for verificado o início da divisão celular. A fecundação *in vitro* (FIV) é indicada e realizada principalmente nos casos de obstrução irreversível ou ausência das tubas

<sup>14</sup> Comitê Nacional Italiano para a Bioética, *Problemi della raccolta e trattamento del liquido seminale umano per finalità diagnostiche*, p. 9, Apud SGRECCIA, E. Obra citada, p. 414.

<sup>15</sup> SGRECCIA, E. Obra citada, p. 410.

<sup>16</sup> A Igreja Católica, por exemplo, opõe-se à inseminação artificial, mesmo homóloga, quando esta supõe uma dissociação entre a união dos cônjuges e a procriação, por entender que isso introduz “uma separação e um dualismo entre a dimensão biológico-fecundadora e a dimensão espiritual do ‘eu’ esponsal” (SGRECCIA, E. Obra citada, p. 412). Admite-a somente no caso em que o meio técnico utilizado “não seja um substituto do ato conjugal, mas se configure como uma facilitação e uma ajuda para que ele atinja o seu fim natural” (Congregação para a Doutrina da Fé, *Istruzione su “Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione”*, p. II, n. 6, Apud SGRECCIA, E. Obra citada, p. 411).

uterinas, situações em que o óvulo, não passando através das tubas, não pode ser atingido pelo sêmen, nem quando este é introduzido artificialmente.

As etapas da FIV podem ser assim resumidamente descritas: induz-se a ovulação, através da administração de hormônios que causarão o amadurecimento de vários óvulos ao mesmo tempo; faz-se a coleta dos óvulos por laparoscopia ecográfica ou por punção transvaginal; os óvulos são então classificados e preparados em meio de cultura adequado; concomitantemente, faz-se a coleta e preparação do sêmen; por fim procede-se à fertilização e cultura dos embriões *in vitro*, por meio da adição de cerca de 60.000 a 150.000 espermatozóides móveis e normais ao meio de cultura em que está o óvulo. O tubo retorna à estufa e após 12 a 16 horas é examinado para se verificar se houve a fecundação. Havendo, o óvulo fecundado é transferido a um novo tubo, onde deverá crescer e se dividir. Caso contrário, são adicionados ao óvulo outros espermatozóides. Depois de 36 a 48 horas desde a punção, os embriões são novamente examinados e caso já tenham atingido o estágio de 2 a 4 células, são transferidos ao útero materno, por meio da inserção de um cateter pelo orifício cervical até a cavidade uterina. O número ideal de embriões a ser transferido é de 3 a 4, tendo em vista o risco de gestações múltiplas<sup>17</sup>.

A superestimulação ovariana tem por objetivo obter um maior número de óvulos para com isso aumentar as chances de obtenção de embriões. Entretanto, recaem sobre esse procedimento diversas críticas, devido aos riscos envolvidos. Além disso, nem sempre é possível obter da mulher estéril um óvulo apto à fecundação, de modo que é freqüente a recorrência a uma doadora e, conseqüentemente, a um procedimento de FIV heteróloga.

O sêmen também é avaliado por meio de testes convenientes e, caso não seja apto ao procedimento, recorre-se ao doador.

Diante do que foi descrito, percebe-se que enquanto na inseminação artificial a “artificialidade” do procedimento está presente apenas na introdução ou na retirada e introdução do sêmen, ocorrendo de modo natural a fecundação, na FIV é a própria fecundação que é controlada e realizada de forma artificial. As discussões éticas que

---

<sup>17</sup> Assim descreve as etapas da FIV, em linhas gerais, Sílvia da Cunha Fernandes, em FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*, p. 32-34.

se travam em torno da FIV dizem respeito, primeiramente, ao seu caráter artificial (que promove a separação entre o ato sexual e a procriação) e, em segundo lugar e como conseqüência, à salvaguarda da vida do embrião humano artificialmente gerado.

É justamente na FIV que se encontra a origem do drama dos embriões excedentes. Para garantir o sucesso do procedimento, geram-se mais embriões do que aqueles que serão de fato implantados, para que fiquem à disposição para futuras tentativas. Esses embriões são congelados (crioconservados) e ficam então sujeitos à eliminação sumária, à utilização para experimentações, à transferência ao útero materno ou à doação.

O prazo de crioconservação dos embriões excedentes tem sido estipulado em cinco anos, o que se baseia no Informe Warnock (*Inquiry Warnock into Human Fertilisation and Embryology*), publicado no Reino Unido em 1984. Contudo, tal previsão é criticável não apenas ética, mas cientificamente, uma vez que já se verificaram gravidezes normais e bem-sucedidas a partir de embriões congelados há mais de cinco anos.

O problema dos embriões excedentes é assim expressivamente formulado por Cristiane Beuren Vasconcelos:

Enquanto a maioria dos países ainda não prevê critérios ou soluções jurídicas específicas acerca do prazo de armazenamento dessas vidas, o mundo depara-se com outro resultado mais sombrio: uma enorme quantidade de embriões excedentes crioconservados em laboratório à espera de um destino, seja ele o de um futuro projeto parental (que muitas vezes não ocorre por razões de várias ordens: desistência ou separação posterior do casal, morte de quaisquer dos cônjuges etc.), seja o da pesquisa e manipulação científicas, utilização em indústrias de cosméticos, ou, ainda, o descarte.<sup>18</sup>

Portanto, a FIV não pode ser encarada, e muito menos praticada, sem se considerar o problema, de proporções assustadoras, do congelamento de vidas humanas, verdadeiramente usurpadas de seu destino.

### 1.2.3 A G.I.F.T. (Transferência intratubária de gametas ou *Gamete intrafallopian transfer*)

---

<sup>18</sup> VASCONCELOS, C. Obra citada, p. 25.

A GIFT é uma técnica de fecundação artificial intracorpórea em que é feita a transferência simultânea dos gametas masculino e feminino para a trompa de Falópio. Assim como na fertilização *in vitro*, faz-se a coleta e preparação dos gametas. Todavia, os gametas são misturados via cateter e imediatamente introduzidos laparoscopicamente numa ou em ambas as trompas da mulher, onde ocorrerá a fecundação. Suas possibilidades de sucesso são maiores do que as da fertilização *in vitro* e, além disso, oferece ao embrião condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação.

A GIFT também possui a vantagem, no que diz respeito ao campo ético, de reduzir ao máximo a manipulação dos gametas e evitar a manipulação dos embriões.

#### 1.2.4 A doação de embriões

Este procedimento se relaciona diretamente com a questão dos embriões excedentes. Nas palavras de Eduardo Leite, “a doação de embriões resulta da incapacidade científica de dominar completamente as técnicas de procriação artificial”<sup>19</sup>, uma vez que o recurso à super ovulação e à fecundação de mais óvulos do que aqueles que serão de fato implantados, para aumentar as chances de gravidez, gera uma disparidade entre o filho desejado e os novos seres humanos gerados.

Os embriões excedentes não transferidos ao útero materno tornam-se “órfãos de projeto parental”<sup>20</sup> por razões diversas, como a separação do casal, a morte de um dos cônjuges ou a simples desistência destes.

A doação de embrião é feita com o descongelamento e a transferência, ao útero de outra mulher que não a doadora do óvulo, do embrião que esteve crioconservado. Parece ser a melhor solução ao problema dos embriões excedentes, contudo tal afirmação depende de um estudo acerca do estatuto jurídico do embrião humano, que é exatamente o que nos propomos a fazer.

---

<sup>19</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 63.

<sup>20</sup> LEITE, E. de O. Idem, p. 64.

A Resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina) nº 1.358/1992, que dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, estabelece que a doação de gametas e embriões não pode ter caráter lucrativo ou comercial e impõe o sigilo sobre a identidade dos doadores.

#### 1.2.4 A maternidade de substituição

O recurso à *surrogate mother*, mãe de substituição ou mãe substituta, comporta duas situações: a da mãe portadora, que gestará a criança obtida pela fertilização *in vitro* dos gametas do casal solicitante, e a da mãe ao mesmo tempo genitora e gestante, ou seja, aquela que além de gestar a criança cedeu seus óvulos para a fertilização *in vitro*.

Emprega-se a técnica quando a mulher que deseja ter um filho, por algum motivo associado a alguma patologia do útero, não está apta a gerá-lo.

O procedimento encontra severos problemas no campo ético e jurídico. Para Elio Sgreccia, ocorre na maternidade de substituição

uma manipulação da corporeidade do filho, que recebe o patrimônio genético de duas pessoas, enquanto recebe o sangue, a nutrição e a comunicação vital intra-uterina (com conseqüências também em nível psíquico) de uma outra pessoa, a mãe substituta. Tudo isso determina uma série de abusos em relação não somente ao matrimônio como também ao filho, que é assim tratado como um exemplar animal e não como uma pessoa que tem o direito de reconhecer os próprios pais e de se identificar com eles.<sup>21</sup>

Destaque-se que o problema se torna ainda mais grave nos países em que se permite que a maternidade de substituição seja objeto de um contrato e que as mulheres a assumam mediante pagamento, caracterizando-se com isso não só a mercantilização de seus corpos como da própria criança a ser gestada.

No Brasil a “doação temporária de útero” não pode ter caráter lucrativo ou comercial, conforme determina a Resolução do CFM nº 1.358/1992. A mesma resolução determina que a mãe substituta deve pertencer à família da mãe genética, num parentesco até segundo grau.

---

<sup>21</sup> SGRECCIA, E. Obra citada, p. 440.

### 1.3 OS EMBRIÕES PRÉ-IMPLANTATÓRIOS

Pela análise das principais técnicas de reprodução humana assistida, percebe-se que a problemática do estatuto do embrião humano e da sua devida proteção atinge seu ponto culminante na situação dos embriões pré-implantatários. Estes são os embriões imediatamente resultantes da fertilização *in vitro* e sujeitos à implantação no útero materno, ao descarte, ao congelamento ou à manipulação com fins experimentais.

A Resolução CFM nº 1.358/1992 estabelece, entre seus princípios gerais, a proibição da “fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana”. Determina também que, na fertilização *in vitro*, o número máximo de embriões a ser transferido à receptora não deve ser superior a quatro, devendo o excedente ser criopreservado. Proíbe a Resolução o simples descarte ou destruição desses embriões e estabelece que os “cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

Apesar de prescrever uma tutela mínima à vida humana embrionária, especialmente ao proibir a produção de embriões humanos para fins exclusivamente experimentais, a Resolução mencionada deixa em aberto a questão da destinação a ser dada aos embriões excedentes. Se por um lado proíbe o descarte e a destruição desses seres, por outro deixa nas mãos dos pais genéticos a decisão quanto ao destino que lhes será dado, restando a dúvida sobre se os pais podem autorizar o descarte ou a doação para a pesquisa.

Destaque-se, além disso, que a Resolução do CFM não é um diploma normativo com força de lei, o que nos recorda do problema da falta de regulamentação legal sobre o assunto. O único diploma legislativo que menciona a situação dos embriões excedentes, e dispõe acerca de um possível destino a lhes ser dado, é a chamada Nova Lei de Biossegurança, Lei 11.105 de 24 de março de 2005, que padece de duvidosa constitucionalidade e de técnica legislativa criticável, conforme argüiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, julgada pelo STF, em 2008, que concluiu pela sua improcedência.

Assim determina a Nova Lei de Biossegurança, em dispositivo que foi impugnado pela ADIN mencionada:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data de publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Pois bem, diante disso cabe questionar se este tratamento normativo, que permite o emprego dos embriões excedentes em pesquisas científicas, está em conformidade com a tutela jurídica que, de acordo com a natureza ética e o estatuto jurídico do embrião humano, bem como de acordo com os demais preceitos jurídicos, em especial os de caráter constitucional, é devida à vida humana embrionária. E, portanto, nos propomos investigar os principais aspectos biológicos, éticos e jurídicos que dizem respeito ao embrião humano.

## 2. AVALIAÇÃO BIOMÉDICA: É SER HUMANO O EMBRIÃO?

"Aquele que observa o crescimento das coisas desde o início terá delas a melhor visão." Aristóteles.

O presente capítulo se destina a uma análise de natureza médica e biológica acerca dos estágios iniciais do desenvolvimento humano, isto é, acerca da origem e desenvolvimento do que até agora denominamos *embrião humano*.

A transformação do ser humano em objeto de manipulação técnico-científica fragilizou as concepções éticas e filosóficas acerca do ser humano, concepções que serviam (e ainda servem, em certa medida) de fundamento aos principais institutos do Direito. A categoria de sujeito de direito, por exemplo, encontra-se numa situação crítica quando defrontada com o seguinte questionamento: a quem deve ser atribuída a personalidade jurídica? Ao ser humano nascido com vida, conforme determina o atual Código Civil brasileiro, ou a todo e qualquer ser humano, independentemente do estágio de desenvolvimento em que se encontre – e, portanto, também aos embriões natural e artificialmente gerados? Tal investigação será oportunamente abordada, em capítulo específico.

Entretanto, percebe-se que o enquadramento da questão exige um embasamento biomédico, que permita averiguar – ou pelo menos investigar – qual é, afinal, a natureza da vida humana embrionária. As conclusões acerca da tutela jurídica devida ao embrião humano dependem, ao menos em parte, das constatações que se façam no terreno das ciências médica e biológica.

O estudo de que se ocupa este capítulo pauta-se por conceitos e noções basilares de Embriologia, ramo da Medicina que se dedica ao estudo do desenvolvimento pré-natal de embriões e fetos<sup>22</sup>. O aspecto propriamente jurídico da questão será abordado nos capítulos precedentes.

### 2.1 FERTILIZAÇÃO E FASES DO DESENVOLVIMENTO EMBRIONÁRIO

---

<sup>22</sup> MOORE, Keith L. e PERSAUD, T. V. N. *Embriologia Clínica*, p. 9. Esta é a obra de referência indicada aos alunos da disciplina de *Embriologia* do curso de Medicina da Universidade Federal do Paraná.

As descrições e explicações que se farão, sobre a origem e o desenvolvimento inicial da vida humana, não possuem a intenção de ser exaustivas. Apesar de procurarem seguir corretamente a conceituação e a terminologia embriológica, objetivam antes expor as linhas gerais do processo de geração e desenvolvimento humano – a partir daquilo que está consolidado nesta área do conhecimento médico – a fim de proporcionar ferramentas à resolução do problema, de natureza jurídica, que é objeto deste trabalho.

Desbravar os termos e descrições médicas pode parecer, à primeira vista, algo um tanto árduo ou até desorientador, especialmente quando não se tem grande familiaridade com a área. Contudo, superado o choque inicial, desenvolve-se a capacidade de extrair as informações essenciais e traduzi-las para uma linguagem mais acessível.

Uma das idéias centrais da Embriologia é a de que o desenvolvimento humano é um processo **contínuo**, que tem início quando um ovócito é fertilizado por um espermatozóide<sup>23</sup>. Desse modo, o desenvolvimento tampouco se conclui com o nascimento, posto que depois deste evento ocorre ainda uma série de mudanças importantes: além do crescimento, há, por exemplo, o desenvolvimento dos dentes e das mamas e o aumento de peso do cérebro (seu peso triplica desde o nascimento até os 16 anos de idade), de tal forma que a maior parte do desenvolvimento humano completa-se apenas em torno dos 25 anos de idade, quando a ossificação e o crescimento atingem sua plenitude<sup>24</sup>.

Nesse sentido, afirmam Keith L. Moore e T. V. N. Persaud que “embora seja costume dividir-se o desenvolvimento humano nos períodos *pré-natal* (antes do nascimento) e *pós-natal* (após o nascimento), o nascimento é meramente um evento dramático durante o desenvolvimento, resultante de uma mudança de ambiente.”<sup>25</sup> Diante disso, cabe introduzir aqui um questionamento, sobre o qual adiante se discorrerá mais prolongadamente: ao atribuir *status* de pessoa humana, dotada de personalidade jurídica, apenas aos seres humanos já nascidos, não estaria o ordenamento jurídico defasado em relação às considerações científico-biológicas?

Percebe-se como os autores citados, e a Embriologia em geral, consideram o desenvolvimento humano uma sucessão de etapas, marcada por continuidade e

---

<sup>23</sup> MOORE, K. L. e PERSAUD, T. V. N. Obra citada, p. 2.

<sup>24</sup> MOORE, K. L. e PERSAUD, T. V. N. Obra citada, p. 2-9.

<sup>25</sup> MOORE, K. L. e PERSAUD, T. V. N. Obra citada, p. 2.

gradação. E, como conseqüência lógica, a vida humana encontra-se presente, ao menos em seu aspecto biológico, em cada uma dessas etapas.

Em seqüência, apresentam-se as fases primordiais da vida humana, conforme são divididas e estudadas na Embriologia.

### 2.1.1 A Fertilização

A fertilização, também denominada fecundação, consiste na união entre um gameta masculino ou espermatozóide e um gameta feminino ou ovócito<sup>26</sup>. Resulta dessa união uma célula única: o *zigoto* (palavra que deriva do grego *zygotos*, que significa *unido*). O zigoto é uma célula *totipotente*, o que significa que dela se originam todos os tecidos que compõem o organismo humano, bem como a placenta e os anexos embrionários. Esta célula é também o marco inicial de cada ser humano como indivíduo único. Ou, nas palavras de Moore e Persaud, “o zigoto é geneticamente único porque metade dos seus cromossomos vem da mãe e a outra metade do pai”<sup>27</sup>.

A fertilização se constitui por uma complexa série de eventos moleculares coordenados. Escapa ao propósito deste trabalho descrever em minúcias todas essas etapas. Entretanto, pode-se apontar como marco inicial do processo de fertilização o contato entre um espermatozóide e um ovócito. O fim do processo, por sua vez, ocorre com a mistura dos cromossomos maternos e paternos, o que se dá na primeira divisão mitótica do zigoto<sup>28</sup>. Todo o processo de fertilização leva em torno de 24 horas para se concluir.

---

<sup>26</sup> Em linguagem não-técnica, normalmente se refere ao gameta feminino como *óvulo*. O termo *ovócito* é, no entanto, mais adequado porque no momento da fertilização o gameta feminino ainda não completou todo o processo da gametogênese (formação dos gametas), que é composto por duas divisões meióticas (tipo de divisão celular que se dá nas células germinativas, na qual o número de cromossomos se reduz à metade – isto é, de diplóide, a célula passa a haplóide). Na primeira divisão meiótica, o ovócito primário diplóide (46, XX) origina o ovócito secundário haplóide (23, XX), porém de cromátides duplas. É a fertilização (a penetração de um espermatozóide no ovócito secundário) que possibilita a conclusão da segunda divisão meiótica (pela qual o ovócito torna-se uma célula haplóide com cromossomos de cromátides únicas) e a maturação do ovócito. Desse modo, o óvulo, entendido como o gameta feminino maduro, não existe propriamente durante o processo de fertilização.

<sup>27</sup> MOORE, K. L. e PERSAUD, T. V. N. Obra citada, p. 37.

<sup>28</sup> Costuma-se diferenciar, com certa sutileza, a fecundação da fertilização: enquanto esta se refere ao processo molecular pelo qual o espermatozóide penetra no ovócito, a fecundação designa a fusão dos núcleos dos gametas, que dá origem ao núcleo diplóide de uma nova célula – o zigoto. Desse modo, pode-se afirmar, com maior acuidade, que a fertilização leva à fecundação.

### 2.1.2 Clivagem do Zigoto

O zigoto unicelular tem de se dividir muitas vezes para se transformar, progressivamente, em um ser humano multicelular. Tal transformação ocorre graças aos fenômenos de divisão, migração, crescimento e diferenciação das células.

Na fase de clivagem, que se inicia cerca de 30 horas após a fertilização, o zigoto realiza repetidas divisões mitóticas (trata-se de uma duplicação celular, conservando o número de cromossomos). De célula única, transforma-se em duas, que se tornam quatro, depois oito e assim sucessivamente. Com isso ocorre um rápido aumento no número de células embrionárias, que nesta fase são denominadas *blastômeros*. A cada divisão, os blastômeros se tornam menores, de modo que o zigoto, nesta etapa, não muda de tamanho.

Quando a fertilização ocorre em virtude do intercuro sexual, a união dos gametas e a conseqüente formação do zigoto costumam acontecer na tuba uterina (também chamada tuba de Falópio). Assim, o processo de clivagem se dá no trajeto percorrido pelo zigoto através da tuba uterina em direção ao útero.

Já no procedimento de fertilização *in vitro*, são transferidos ao útero os zigotos em clivagem no estágio de quatro a seis blastômeros. Os chamados “embriões excedentes”, ou seja, aqueles que não são transferidos ao útero, devem ser criopreservados (congelados com um crioprotetor, como o glicerol), conforme determinada a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que apresenta as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Os embriões assim congelados encontram-se no estágio de quatro a oito células.

Quando ultrapassam o estágio de nove células, os blastômeros alteram sua forma: pelo fenômeno da compactação, agrupam-se firmemente uns aos outros, formando uma bola compacta de células. Então, quando já possui de 12 a 32 blastômeros, o zigoto em clivagem passa a ser chamado *mórula*. Tal denominação deriva da palavra latina *morus*, que significa amora, e faz alusão à semelhança que possui o ser humano, neste estágio, com a fruta amora. A *mórula* se forma cerca de três dias após a fertilização, fase em que o ser em desenvolvimento alcança o útero materno.

### 2.1.3 Formação do Blastocisto

Na fase seguinte, desenvolve-se no interior da mórula um espaço preenchido por fluido: a *cavidade blastocística*. Tal evento marca a transformação da mórula em *blastocisto* (palavra de origem grega, resultado da união entre os termos *blastos*, germe, e *kystis*, vesícula). O fluido que preenche o mencionado espaço provém da cavidade uterina. Esse fluido aumenta ainda mais a cavidade blastocística, separando os blastômeros em duas partes: uma camada celular externa (o *trofoblasto*), que formará a parte embrionária da placenta; e um grupo de blastômeros localizados na região central do blastocisto (a massa celular interna ou *embrioblasto*) que dará origem ao embrião.

Cerca de seis dias após a fertilização, o blastocisto adere ao epitélio endometrial do útero (o tecido que reveste internamente o útero).

### 2.1.4 Término da Implantação e Continuação do Desenvolvimento Embrionário

A implantação do blastocisto tem início no fim da primeira semana após a fertilização e completa-se no fim da segunda semana. Apenas recentemente os eventos moleculares envolvidos na implantação humana começaram a se tornar conhecidos. Descrevê-los minuciosamente, no entanto, escapa aos propósitos desta pesquisa.

À medida que o processo de implantação prossegue, ocorrem no embrião mudanças morfológicas que geram um *disco embrionário* bilaminar, do qual se originam as camadas germinativas que formam todos os tecidos e órgãos do embrião. Na segunda semana formam-se também as estruturas extra-embrionárias: a cavidade amniótica, o âmnio, o saco vitelino, o pedículo do embrião e o saco coriônico.

A seguir, durante a terceira semana, ocorre um evento bastante significativo que é a *gastrulação*, o início da morfogênese (desenvolvimento da forma do corpo). O disco embrionário bilaminar converte-se em disco embrionário trilaminar: cada uma das três camadas germinativas (ectoderma, mesoderma e endoderma) dá origem a tecidos e órgãos específicos. Durante esse período o embrião é denominado *gástrula* (do grego *gaster*, estômago).

Também a partir da terceira semana, e estendendo-se para a quarta semana, ocorre o processo de *neurulação*: a formação do tubo neural, primórdio do sistema nervoso central. Aqui, o embrião é por vezes denominado *nêurula* (do grego *neuron*, nervo).

As fases seguintes do desenvolvimento humano compõem um processo de *diferenciação*, que consiste na maturação dos processos fisiológicos e resulta na formação de tecidos e órgãos capazes de executar funções especializadas. Essa diferenciação de tecidos e órgãos ocorre especialmente da quarta à oitava semana e trata-se, essencialmente, de um processo de crescimento e aumento da complexidade estrutural e funcional.

#### 2.1.5 Período Fetal

A partir da nona semana, o ser humano em formação passa a ser chamado *feto*. A forma humana é então claramente reconhecível e já estão formados todos os sistemas importantes. O período fetal se caracteriza pelo rápido crescimento do corpo e pela diminuição relativa do crescimento da cabeça em comparação com o resto do corpo. Em geral, um feto se torna viável, isto é, capaz de sobreviver fora do útero materno, com pelo menos 22 semanas de vida. Porém, antes de 35 semanas, a maior parte dos fetos apresenta dificuldades para sobreviver. Os fetos são considerados a termo quando atingem 38 semanas de vida.

#### 2.1.6 Terminologia

A fim de garantir o rigor desta investigação, cumpre esclarecer algumas questões terminológicas.

**Embrião.** Denomina-se embrião o ser humano durante os estágios iniciais do desenvolvimento. Mais precisamente, o período embrionário vai da fertilização até o final da oitava semana de vida, o que corresponde, aproximadamente, a 56 dias. É importante frisar esta definição porque se costuma falar, em alguns meios, numa fase “pré-embriônica” da existência humana. A própria Resolução 1.358/92 do CFM menciona os “pré-embriões” gerados *in vitro* pelas técnicas de reprodução assistida,

a serem transferidos para a receptora. Também a chamada *teoria genético-desenvolvimentista*, que cuida do estatuto do embrião humano (e que será abordada mais adiante, quando se falar das teorias jurídicas de atribuição da personalidade), considera que o ser humano passa por pelo menos três fases de desenvolvimento: pré-embrião, embrião e feto<sup>29</sup>. Defende esta teoria que, nos primeiros momentos de existência, não está ainda presente um ser humano, mas tão somente um “amontoado de células”<sup>30</sup>, sem unidade ou identidade, e que apenas adquire estatuto e dignidade de pessoa humana após alcançar certo estágio de desenvolvimento (como a formação do tubo neural, por exemplo).

De posse das informações médicas e biológicas sobre a origem e o desenvolvimento humano, percebe-se que existe, no mínimo, certa dificuldade em fixar um estágio “pré-embriário”. Isto é, um suposto período em que o ser em formação ainda não seja um ser único e individualizado. Pois da fecundação, que ocasiona a formação do zigoto, resulta já um ser de constituição genética única, irrepitível, e esta constituição genética determinará o seu desenvolvimento desde o momento inicial.

Moore e Persaud, os principais autores pesquisados, categoricamente afirmam que “o desenvolvimento (...) se inicia quando um ovócito (óvulo) de uma fêmea é fertilizado pelo espermatozóide de um macho”<sup>31</sup>.

Demival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, assevera:

O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos (...). Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida (...)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito – A norma da vida*, p. 162-163. A autora apresenta, sucintamente, três correntes acerca do estatuto jurídico do embrião humano: a teoria concepcionista, para a qual o embrião é pessoa humana desde o instante da concepção; a teoria genético-desenvolvimentista, segundo a qual o embrião só adquire *status* de pessoa depois de certo estágio de desenvolvimento; e a teoria do ser humano potencial, que apregoa que o embrião é dotado meramente de uma *potencialidade de pessoa*. Este tema será oportuna e minuciosamente tratado.

<sup>30</sup> Assim descreve a teoria genético-desenvolvimentista Eduardo de Oliveira Leite, Apud CONTI, M. C. S. Obra citada, p. 162.

<sup>31</sup> MOORE, K. L. e PERSAUD, T. V. N. Obra citada, p. 2.

<sup>32</sup> Citado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, de autoria do então Procurador-geral da República Cláudio Fonteles. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>> Acesso: 21 Julho 2008.

Dessa forma, pode-se concluir que o embrião, o primeiro estágio da vida humana, existe a partir do instante da fecundação, com o surgimento do zigoto.

**Concepto.** Denomina-se concepto o embrião e seus anexos ou membranas associadas – âmnio, saco coriônico, saco vitelino e a parte embrionária da placenta – que juntos formam os *produtos da concepção*. Ou seja, o concepto inclui tanto as estruturas embrionárias como as extra-embrionárias que se desenvolvem a partir do zigoto.

**Feto.** A palavra *feto* tem origem latina e designa a prole não nascida. Denomina-se feto o ser humano após oito semanas de desenvolvimento, isto é, após o período embrionário. O período fetal tem início na nona semana (ou 57º dia após a fertilização) e vai até o nascimento.

**Embriologia.** Etimologicamente, embriologia se refere ao estudo dos embriões. Porém, segundo Alice Teixeira Ferreira, Professora Associada de Biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia celular e Sinalização celular, atualmente a Embriologia abrange o estudo do desenvolvimento de embriões e fetos<sup>33</sup>. Moore e Persaud também consideram que, “literalmente, embriologia significa o estudo de embriões; entretanto o termo refere-se geralmente ao desenvolvimento pré-natal de embriões e fetos.”<sup>34</sup>

## 2.2 A HUMANIDADE DO EMBRIÃO: SER HUMANO POTENCIAL OU ATUAL?

A questão que aqui se pretende investigar foi ligeiramente mencionada quando se questionou a existência de um estágio “pré-embrionário”. Se o novo ser não é, desde o início, um embrião, ou seja, um ser humano *em formação*, então o que é? Por outro lado, admitindo-se que desde o momento da fecundação o que se tem é o estágio inicial de um novo e único ser – um embrião, portanto – deve-se esclarecer que este ser pertence, desde logo, à espécie humana.

---

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>34</sup> MOORE, K. L. e PERSAUD, T. V. N. Obra citada, p. 9.

A seguir, com o objetivo de demonstrar a humanidade do embrião, que se lhe atribui desde o momento da fecundação, enumeram-se argumentos calcados nos estudos de Genética e Biologia molecular.

### 2.2.1 A Contribuição da Genética

James D. Watson, que juntamente com Francis Crick foi responsável pela descoberta da estrutura da molécula de DNA, afirma, ao comentar o significado e o alcance do Projeto Genoma Humano: “É o nosso DNA que **nos distingue das demais espécies** e nos torna as criaturas criativas, conscientes, dominantes e destrutivas que somos. E lá estava (na decodificação do genoma humano), em toda sua plenitude, tudo o que o DNA é – o **manual de instruções da espécie humana**”<sup>35</sup> (grifamos).

A Genética nos fornece o seguinte dado incontestável: no momento da fecundação forma-se uma nova entidade biológica dotada de um novo projeto ou programa genético individualizado. Esta nova entidade começa a operar como um sistema que é uma nova unidade, intrinsecamente determinada a atingir sua forma específica, caso lhe sejam dadas as condições necessárias para tal. E a estrutura coordenadora dessa nova unidade é justamente o novo genoma de que está dotado o embrião. O genoma identifica o embrião unicelular como biologicamente humano e especifica sua individualidade.

A atividade celular embrionária, a nível molecular, demonstra que o embrião, mesmo nos primeiros dias de existência, não é um mero “amontoado de células”, mas é o agente de seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético. Neste desenvolvimento destacam-se três características biológicas<sup>36</sup>: *coordenação*, isto é, dá-se uma sucessão de atividades moleculares e celulares guiadas pela informação contida no genoma e controladas por sinais provenientes de interações que ocorrem dentro do próprio embrião e entre este e seu ambiente; *continuidade*, o que significa que o ciclo vital que se inicia com a fecundação prossegue sem interrupção (dadas as condições necessárias),

---

<sup>35</sup> WATSON, James D. *DNA: o segredo da vida*, p. 14.

<sup>36</sup> Características enumeradas no documento “Identidade e estatuto do embrião humano” (22.6.1989), do Centro de bioética da *Università Cattolica S. Cuore*. Apud: SGRECCIA, E. Obra citada, p. 344-5.

ocorrendo um processo contínuo de formação do organismo de modo que é sempre o mesmo indivíduo que vai adquirindo a sua forma definitiva (em consequência, da interrupção desse processo resulta a morte do indivíduo); e *gradação*, que decorre da lei intrínseca do processo de formação de qualquer organismo pluricelular, pela qual este adquire sua forma final pela passagem de formas mais simples a formas cada vez mais complexas. Essa “lei da gradação” implica que o embrião, desde o estágio unicelular, mantenha sempre sua identidade e individualidade, por todo o processo de desenvolvimento.

Com isso, o que desejamos evidenciar são as características de determinação programada, finalismo, continuidade sem solução qualitativa, autoprodução e autodireção do programa-genoma do embrião. Entendemos que tais características manifestam a humanidade atual, e não apenas potencial, do embrião. A sua autonomia relativa não prejudica a sua dignidade de ser humano, uma vez que a autonomia absoluta não existe nem mesmo depois do nascimento ou durante a vida adulta, pois todos dependemos do ambiente vital que nos cerca. O ser humano mantém sempre uma relação de dependência extrínseca com o ambiente. Da mesma forma, o embrião humano depende da mãe apenas de modo extrínseco, uma vez que o impulso e a direção do seu desenvolvimento não dependem de órgãos diretivos maternos, mas sim da composição genética do próprio embrião.

Portanto, é uma afirmação pouco ou nada científica dizer que o embrião é uma parte da mãe. Aliás, as próprias experiências de fertilização *in vitro* demonstram que a partir do momento da união dos gametas o embrião, num ambiente idôneo, se desenvolve por mecanismos autoconstrutivos.

Não obstante, o Relatório Warnock autoriza a utilização do embrião, para fins experimentais, até o 14° dia desde a concepção, quando se completa a formação da *linha primitiva*, que indica que as células destinadas a constituir o embrião propriamente dito já estão diferenciadas das células que formarão os tecidos placentários e protetores. Essa data é também o limite além do qual não é mais possível haver fenômenos de *divisão gemelar* (quando uma célula-ovo origina gêmeos homozigotos) ou de *hibridização* (quando dois óvulos fecundados se unem num só). Dessa forma, antes do 14° dia não se reconheceria o caráter humano do embrião que, aliás, o Relatório Warnock chama, antes dessa data, de *pré-embrião*. Contudo, a isso podemos objetar que a linha primitiva não é nada mais que uma

fase de um processo seqüencialmente ordenado, sem solução de continuidade, que se inicia no momento em que se formou o zigoto, ou seja, na fecundação.

Por isso é equivocado utilizar o termo *pré-embrião* para indicar dois processos (do zigoto à linha primitiva e desta em diante) descontínuos e para indicar que as duas estruturas (a que vem antes da linha primitiva e a que vem depois) sejam de sujeitos diferentes ou que a primeira seja uma estrutura sem sujeito.

Os fenômenos da *divisão gemelar* e da *hibridização* não alteram a natureza e a qualidade intrínseca do embrião humano, bem como não negam o seu dinamismo individualizado. Pelo contrário, a divisão gemelar antes comprova a continuidade de desenvolvimento do embrião, pois cada parte do zigoto que se divide passa a se comportar como um zigoto individualizado, com um projeto e desenvolvimento próprios. Da mesma forma, o fenômeno da hibridização não pode negar a existência de um programa individual e bem definido em cada uma das células fecundadas, e que se desenvolveria de maneira autônoma se não fosse a causa externa que determina a hibridização.

Pelo mesmo raciocínio, a nidação ou implantação não é determinante para o caráter humano do embrião. Ou seja, não é a nidação que faz o embrião ser embrião, embora sem ela o seu desenvolvimento esteja impedido. Entretanto, ainda que um ser humano adulto não sobreviva sem alimento, não é o alimento que o torna humano. Assim, da mesma forma, o embrião humano é embrião, e é ser humano, mesmo que não venha a ser implantado no útero materno, pois a sua humanidade decorre de um projeto genético humano que determina um desenvolvimento contínuo, gradativo e auto-coordenado.

Portanto pode-se afirmar que “o recém-concebido tem sua realidade biológica própria e bem determinada: é um indivíduo totalmente humano em desenvolvimento, que, autonomamente, momento a momento, sem descontinuidade alguma, constrói a própria forma, executando, por uma atividade intrínseca, um desenho projetado e programado em seu próprio genoma”<sup>37</sup>. Logo, é um ser humano atual e não meramente potencial.

---

<sup>37</sup> SERRA, A. *Il neo-concepito alla luce degli attuali sviluppi della genetica umana*. Apud: SGRECCIA, E. *Obra citada*, p. 353.

### 3. O CÓDIGO CIVIL E O ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO

“Não há ato mais forte de disposição sobre o ser humano do que estabelecer se é ou não é homem.” Robert Spaemann

#### 3.1 PERSONALIDADE JURÍDICA E TITULARIDADE DE DIREITOS

Em Teoria do Direito, em especial do Direito Privado, trabalha-se com o conceito de *sujeito de direito*, aquele que participa das relações jurídicas e é titular de direitos e deveres<sup>38</sup>. São considerados sujeitos de direito as *personas naturais*, quer dizer, os seres humanos, e as *personas jurídicas*, conjuntos de pessoas e/ou bens aos quais o direito confere titularidade jurídica. Vamos nos focar no estudo das pessoas naturais, pois parece que aí se localiza a problemática do estatuto jurídico do embrião humano.

A *personalidade jurídica*, por sua vez, é a qualidade que permite a alguém participar de relações jurídicas. Ou seja, é atributo dos sujeitos de direito. Segundo Francisco Amaral, a personalidade jurídica é “uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres”<sup>39</sup> (grifamos). Quem possui personalidade jurídica é tido como *pessoa* perante o direito – logo, em linguagem jurídica pessoa é o ser com aptidão para a titularidade de direitos e deveres.

Ao longo da história houve indivíduos que não eram considerados pessoas pelo direito, como os escravos<sup>40</sup>, pois não eram reconhecidos como centros de imputação jurídica, ou seja, a eles não eram atribuídas posições jurídicas. Hoje, a polêmica do reconhecimento ou não de personalidade jurídica a determinados seres dirige-se aos embriões humanos. É disso que passaremos a tratar.

Como já mencionamos, Francisco Amaral entende que a personalidade jurídica deve ser vista hoje como uma projeção da natureza humana, de modo que pessoa, ser humano e sujeito de direito se tornam praticamente sinônimos. O autor apresenta duas concepções que predominaram ao longo da elaboração doutrinária

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 215.

<sup>39</sup> AMARAL, F. *Obra citada*, p. 216.

<sup>40</sup> Tal afirmação deve ser relativizada pelo entendimento de alguns autores, como Elimar Szaniawski, de que no Direito Romano eram reconhecidas aos escravos determinadas situações em que estes se viam autores de ações específicas, de modo que não se pode taxativamente afirmar que eram privados de personalidade jurídica.

sobre o assunto<sup>41</sup>. A primeira seria a *concepção naturalista*, que considera a personalidade algo inerente à condição humana, um atributo essencial do ser humano, e assim a reconhece a todos os indivíduos. A *concepção formal*, por sua vez, própria do pensamento jurídico positivista, entende que pessoa não se identifica ao ser humano, mas é o sujeito de direito criado pelo direito objetivo.

Entendemos como mais correta e atual a idéia de que o termo pessoa “traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado”<sup>42</sup>. Desse modo, todo ser humano é pessoa, inclusive os apenas concebidos, isto é, os embriões.

Cabe diferenciar, para facilitar as reflexões que faremos a seguir, a personalidade e a capacidade. A personalidade é, como entendemos, um valor jurídico que se reconhece aos indivíduos humanos e, por extensão, a certos grupos de pessoas e/ou bens, que implica a possibilidade de ser titular de relações jurídicas. A capacidade é, por sua vez, uma projeção desse valor jurídico que a personalidade representa. Liga-se à idéia de quantificação e pode ser graduada e medida, de modo que, como bem sintetiza Francisco Amaral, um indivíduo pode ser mais ou menos capaz, mas não pode ser mais ou menos pessoa<sup>43</sup>. Pode-se entender que “enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico como realização desse valor”<sup>44</sup>.

Muitos civilistas distinguem na capacidade a capacidade de fato e a de direito. Para Teixeira de Freitas<sup>45</sup>, a *capacidade de direito*, também chamada capacidade de gozo ou de aquisição, está intrinsecamente relacionada à personalidade, pois é justamente a capacidade para a titularidade de direitos e deveres. Já a *capacidade de fato*, de exercício ou de ação consiste na aptidão para o exercício desses direitos e deveres, de modo que pode o indivíduo possuir a faculdade de adquirir direitos (capacidade de direito) sem que possa exercê-los por si só (capacidade de fato), podendo fazê-lo, por exemplo, apenas por meio de um representante.

---

<sup>41</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 217.

<sup>42</sup> AMARAL, F. Idem, ibidem.

<sup>43</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 218.

<sup>44</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 219.

<sup>45</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço de Código Civil*. Apud: ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, p. 128.

### 3.2 CATEGORIAS DO CÓDIGO CIVIL: PESSOA NATURAL E NASCITURO

O Código Civil enquadra o tema do reconhecimento da personalidade jurídica aos seres humanos a partir de duas categorias: a da pessoa natural e a do nascituro. Atribui à pessoa, a partir do nascimento a “personalidade civil” (CC, art. 2º) e não reconhece a personalidade do nascituro, apesar de pôr os seus direitos a salvo “desde a concepção” (CC, art. 2º, 2ª parte). Percebe-se, com isso, que o Código não se ocupou do problema da personalidade jurídica dos embriões pré-implantatórios, uma vez que trata apenas do nascituro, que é o ser já concebido e implantado no ventre materno. Ou, conforme o conceito jurídico de Rubens Limongi França<sup>46</sup>, nascituro, como se depreende do termo latino *nascituru*, é “pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.

Logo, o embrião pré-implantatório, resultante das técnicas de reprodução assistida, não recebe tutela expressa do Código Civil, uma vez que, como esclarece Silmara Chinelato e Almeida, em obra dedicada à tutela jurídica civil do nascituro,

na fecundação *in vitro* não se poderá falar em ‘nascituro’ enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de ‘nascituro’ sempre e apenas quando haja *gravidez*, seja ela resultado de fecundação *in anima nobile* (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação *in vitro*<sup>47</sup>.

A expressão *pessoa natural*, adotada pelo Código, designa o ser humano como ente jurídico, como sujeito de direitos e obrigações. O uso de tal categoria explica-se pelo fato de que “embora todo e qualquer ser humano seja considerado pelo Direito potencialmente sujeito de direitos e obrigações, necessário fixar um termo a partir do qual se tome possível considerar caracterizada a pessoa e as condições que deva reunir para receber do ordenamento jurídico tal qualidade”<sup>48</sup>. E este termo é, pela redação do atual Código Civil, o nascimento com vida.

O estatuto jurídico do *nascituro* é controverso e tal controvérsia se estende ao estatuto jurídico do embrião humano pré-implantatório (embora, como destacamos, o conceito e tratamento jurídicos sejam diferentes), do que decorre a importância deste ponto. Como bem coloca Silmara Chinelato e Almeida, “a tomada de posição do jurista acerca de o nascituro ser ou não pessoa, na acepção jurídica do termo,

<sup>46</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, p. 7.

<sup>47</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e *Obra citada*, p. 11.

<sup>48</sup> MEIRELLES. Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, p. 49.

importa numerosas conseqüências práticas, pois quem afirma personalidade afirma direitos e obrigações<sup>49</sup>.

Há diferentes concepções doutrinárias sobre o tema nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos. O Código Civil argentino, por exemplo, acolhe a tese de que a personalidade do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida. O direito francês também entende que a personalidade começa na concepção, desde que o ser humano nasça vivo e seja viável. O Código Civil suíço, por sua vez, define que é o nascimento com vida que transforma o ser humano em sujeito de direito e, conseqüentemente, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que tinha enquanto nascituro.

No direito brasileiro, por força do que dispõe o art. 2º do Código Civil, a maior parte dos autores defende que o nascituro não possui personalidade jurídica. Entretanto, há posições divergentes, dentre as quais se destaca o entendimento de Francisco Amaral. Segundo o autor, o Código Civil reconhece ao nascituro condição ou expectativa de direito, que nada mais é do que direito subjetivo com eficácia suspensa ou em formação. Logo, reconhecer o nascituro como titular de direitos em formação pressupõe reconhecer-lhe titularidade, isto é, personalidade<sup>50</sup>. Prossegue na sua argumentação com uma análise sistemática: a Constituição Federal, art. 5º, *caput*, garante o direito *subjetivo* à vida e o próprio Código Civil, nos artigos 1.609, § único, 542, 1.779 e 1.799, I, considera o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas (logo, como sujeito de direitos), de modo que o nascituro deve ter reconhecida a personalidade jurídica, pois só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade. Assim, conclui que “o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide<sup>51</sup>, incluindo aí, para melhor esclarecer a questão, a distinção entre personalidade e capacidade. O nascituro possui a primeira, enquanto a segunda só caberia aos indivíduos já nascidos<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 1.

<sup>50</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 221.

<sup>51</sup> AMARAL, F. *Idem*, *ibidem*.

<sup>52</sup> Mas talvez também se possa falar em atribuição de capacidade jurídica ao nascituro, especialmente diante de casos de reconhecimento, pela jurisprudência brasileira, da *capacidade processual ativa* do nascituro – para propor ação de alimentos e ação cautelar de reserva de bens em seu favor, por exemplo – e também da sua *capacidade processual passiva* – em ação anulatória de testamento que contempla nascituro e de doação em que o nascituro é donatário.

Para Silmara Chinelato e Almeida, o texto do Código é contraditório<sup>53</sup>, pois se por um lado reconhece a personalidade civil somente a partir do nascimento com vida, o que atribuiria ao nascituro apenas expectativas de direitos, por outro lado reconhece-lhe direitos desde a concepção, direitos que lhe são conferidos em outros dispositivos do mesmo Código. Logo, segundo a autora, não se poderia afirmar que o Código acolheu inteiramente o posicionamento que só atribui personalidade jurídica após o nascimento com vida, embora também não se filie à corrente que reconhece a personalidade desde o momento da concepção. Esta é, aliás, a posição da autora mencionada<sup>54</sup>, cuja argumentação e embasamento teórico serão oportunamente analisados.

Como já afirmamos, a discussão acerca do estatuto jurídico do nascituro tem implicações fundamentais na questão do estatuto e da proteção jurídica do embrião pré-implantatário. Trata-se, em ambos os casos, da vida humana concebida e ainda não nascida. Cabe questionar se diante da omissão do Código Civil quanto aos embriões estes não poderiam ser equiparados ao nascituro, recebendo a mesma tutela.

Abre-se espaço, com isso, à investigação quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro. E aqui, em verdade, duas reflexões distintas estão implicadas: por um lado, há a discussão sobre o momento em que o direito reconhece o ser humano como pessoa, isto é, atribui-lhe personalidade jurídica – e neste âmbito se desenvolvem as teorias *natalista*, *da personalidade condicional* e *concepcionista* –, enquanto por outro lado dá-se a discussão (talvez logicamente anterior à primeira) sobre a natureza do embrião humano, a partir das teorias *concepcionista*, *genético-desenvolvimentista* e do *embrião como potencialidade de pessoa*. Enquanto esta discussão tem por conteúdo o estatuto ontológico do embrião (o que é?), a primeira investiga o seu estatuto jurídico (para o direito, o que é o embrião?). Entretanto, claro está que ambas as discussões se influenciam reciprocamente, pois o direito providenciará um tratamento ao embrião conforme aquilo que se entenda que é o embrião (ser humano? potencialidade de pessoa?).

---

<sup>53</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 2. Na obra que analisamos, *Tutela civil do nascituro*, a autora parte do texto do Código Civil de 1916, cujo art. 4º dispunha: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. No entanto, a redação atual merece a mesma crítica, uma vez que possui a mesma contradição apontada pela autora – CC/2002, 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.”

<sup>54</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 161-175.

Por sua vez, as teorias jurídicas acerca da atribuição ou não de personalidade ao embrião podem influenciar o entendimento quanto à sua natureza.

### 3.3 A ATRIBUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: TEORIAS

Como dissemos, a problemática acerca do estatuto do embrião se desenrola em duas frentes: na primeira delas discute-se o seu estatuto ontológico, na segunda, o seu estatuto jurídico.

Relativamente ao estatuto ontológico do embrião humano podemos identificar três posições, que correspondem às teorias *concepcionista*, *genético-desenvolvimentista* e do *embrião como potencialidade de pessoa*.

Para a *teoria concepcionista* o embrião humano é uma pessoa humana desde o momento da concepção. Possui a mesma natureza que um indivíduo humano adulto, de modo que deve gozar dos mesmos direitos e da mesma proteção.

A teoria concepcionista, que certamente influencia bastante o mundo jurídico, admite ser o embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genética-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta.<sup>55</sup>

Conseqüentemente, o conceito humano é considerado sujeito de direito e é-lhe reconhecido caráter de pessoa desde o momento da fecundação.

Manifesta esse entendimento Eduardo de Oliveira Leite, ao afirmar: "Por mais que se discuta sobre a exatidão teórica das expressões 'pessoa humana potencial', ou 'virtual' a realidade do nascituro como entidade própria e inconfundível sempre se impõe: **a criança é naturalmente um ser humano desde a concepção**"<sup>56</sup> (grifamos).

Dentre os direitos reconhecidos ao embrião, pela teoria concepcionista, está o direito à vida, de maneira que a destruição do embrião humano, ainda que nos seus primeiros dias ou horas de existência, consiste em homicídio. Da mesma forma, todas as práticas que reduzem o embrião a um objeto, tais como a crioconservação e a destinação a fins científicos e terapêuticos, representam afrontas à sua

<sup>55</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 29, p. 121-146, 1996, p. 124. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>>. Acesso em: Agosto 2008.

<sup>56</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 146.

dignidade pessoal e atingem os seus direitos fundamentais de pessoa humana. Por conta disso, este nos parece o entendimento que proporciona a melhor tutela aos embriões excedentes.

Em posição oposta, a *teoria genético-desenvolvimentista* não reconhece no embrião humano uma pessoa humana, mas um simples “amontoado de células”, um material biológico humano sim, porém desprovido da dignidade de uma pessoa. Para esta teoria há uma série de fases no desenvolvimento humano – pré-embrião, embrião, feto – o que permite dizer que há um momento anterior à aquisição da dignidade humana, em que o embrião ainda não é pessoa, mas apenas “projeto de pessoa, ou massa inerte potencialmente apta a se tornar pessoa”<sup>57</sup>.

É evidente que tal teoria não reconhece direitos ao embrião, uma vez que não lhe atribui *status* de pessoa, de sujeito de direito, mas de objeto. Eduardo Leite aponta algumas repercussões que este entendimento projeta sobre a ordem jurídica, dentre as quais está a priorização dos direitos da “criança a nascer” em detrimento dos direitos do embrião – como se este e aquela não fossem o mesmo ser, dotado de uma unidade de interesses –, o que autorizaria e até mesmo exigiria a interrupção de “um desenvolvimento embrionário que não assegurasse a esta criança a perfeição mínima que se espera para sua sobrevivência e desenvolvimentos normais”<sup>58</sup>. Isto é, a postura desenvolvimentista aceita e legitima toda intervenção sobre o embrião humano, tido como simples material biológico, podendo justificar tais interferências em nome dos direitos da criança a nascer, ou seja, dos interesses dos seres humanos já formados e reconhecidos como pessoas.

A teoria desenvolvimentista não responde satisfatoriamente à questão sobre qual postura adotar diante do embrião excedente, uma vez que não permite localizar o momento em que o embrião deixa de ser um mero “amontoado de células” e adquire estatuto de pessoa. Portanto, dificilmente pode ser aceita no mundo jurídico, pela insegurança e pela arbitrariedade que comporta.

A terceira postura, denominada *teoria do embrião como potencialidade de pessoa*, atribui ao embrião um estatuto específico e próprio, que não se confunde com o da pessoa humana, mas que se fundamenta na sua possibilidade de tornar-se humano. Entende-se que “o embrião é dotado, desde o primeiro momento de sua existência, de autonomia, mas que não é ‘humana’, como pretende a corrente

---

<sup>57</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 126.

<sup>58</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 127.

concepcionista, nem 'biológico', como querem os desenvolvimentistas, mas uma autonomia 'embrionária'<sup>59</sup>.

Portanto, esta teoria não reconhece no embrião um ser dotado de personalidade, mas também não o reduz a uma realidade meramente celular, atribuindo-lhe o estatuto específico de "ser humano potencial" ou de "potencialidade de pessoa".

Em verdade, o que esta teoria faz é dar ao embrião uma natureza de "ser em evolução", de modo que ganham extrema relevância as circunstâncias necessárias e as pessoas responsáveis para que esta evolução chegue ao seu bom termo e o embrião se torne um ser humano formado. Isto é, o embrião perde a sua dignidade intrínseca (a qual é reconhecida apenas pela teoria concepcionista), pois esta dignidade passa a estar atrelada à receptividade que os fatores externos dedicam ao embrião. Eduardo Leite traduz bem este posicionamento quando ressalta que a presente teoria prioriza "o processo de gravidez como determinador da 'humanidade' que tanto se procura no embrião e que a lei visualiza como algo imanente no 'conjunto de células', 'ab initio', quando, na realidade, o caráter 'humano' é adquirido pelo doar-se constante da mãe, durante a gravidez"<sup>60</sup>. Deste modo, a humanidade do embrião deixa de ser algo inerente e passa a ser algo construído, na medida em que o embrião é reconhecido e aceito por seus pais e pela sociedade como um ser humano.

Enxergamos nesta postura alguma arbitrariedade (embora em grau menor do que aquela presente na teoria desenvolvimentista) e certo perigo de coisificação do ser humano, uma vez que não lhe é reconhecida uma dignidade própria nos primeiros momentos de sua existência. Afinal, a teoria do "ser humano potencial" não atribui ao embrião uma dignidade propriamente humana, mas atribui-lhe um valor que deriva do fato de que ele pode vir a ser um humano inteiramente formado. E como este vir a ser depende, concretamente, de condições externas ao embrião (a aceitação de seus pais, por exemplo), acaba que o seu valor e a sua dignidade se tornam dependentes da vontade e da atuação de outras pessoas. Tal relativização do valor absoluto da vida humana nos parece inaceitável, pois levada às últimas conseqüências implicaria aceitar que a *humanidade* não é um atributo essencial e a

---

<sup>59</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 128.

<sup>60</sup> LEITE, E. de O. Obra citada, p. 129.

*priori* de cada ser humano, mas uma construção cultural e uma característica socialmente atribuída.

O fato é que todos nós dependemos em grande medida das estruturas sociais (é praticamente impossível ao ser humano sobreviver isolado dos demais), tal como o embrião depende de um ambiente compatível e favorável ao seu desenvolvimento. Porém, isso não elimina o valor intrínseco que cada indivíduo possui. Somos capazes de sobreviver e desenvolver nossas potencialidades apenas no convívio com os demais, contudo, essa possibilidade, de nos tornarmos seres humanos plenamente desenvolvidos, existe de forma independente, quer a concretizemos ou não. É justamente disso que decorre o valor intrínseco absoluto de cada indivíduo. Este é o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o embrião como “pessoa em potencial” possui o mesmo valor, e portanto os mesmos direitos, de um ser humano já formado, pois não há nada que os diferencie essencialmente, apenas o grau de dependência em que estão em relação aos fatores externos necessários ao seu desenvolvimento.

Depois, em relação ao problema do embrião excedente, a teoria do embrião como potencialidade de pessoa, tal como a teoria desenvolvimentista, não apresenta critérios suficientemente claros para compor um “estatuto jurídico embrionário”, que se situaria numa zona intermediária entre o objeto e a pessoa... Pois como atribuir a um ser o estatuto de algo que começa sendo um objeto para se tornar um sujeito<sup>61</sup>?

Com firmeza e expressividade, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da Silva expõe as contradições da concepção que reconhece a condição de pessoa somente aos seres humanos que possuam umas propriedades e capacidades, tais como a consciência, a autonomia e a racionalidade. Tal concepção, afirma a autora, promove

distinções entre seres humanos, os já nascidos, dos que ainda não vieram à luz, os já nascidos e dotados de plena saúde física e mental, daqueles que não tenham tido igual sorte; os nascidos que são ‘produtivos’ daqueles que mesmo já tendo sido muito produtivos agora não o são e, por isso, tem de pagar o preço de serem despojados do seu ‘ser’, despojados de sua condição humana.

**O grande debate reside em admitir a paridade ôntica entre homem e pessoa, em aceitar que o critério objetivo para determinar**

---

<sup>61</sup> MÉMETEAU, Gérard. L’embryon législatif. Apud: LEITE, E. de O. Obra citada, p. 134.

**que é pessoa é o critério de pertencer à espécie *homo sapiens*.<sup>62</sup>**  
(Grifamos)

A autora segue expondo as conclusões absurdas a que, por essa linha, se pode chegar. A arbitrariedade dos critérios empregados para o reconhecimento da humanidade do embrião, de que vimos lançar mão tanto a teoria genético-desenvolvimentista quanto a teoria do embrião como potencialidade de pessoa, nos parece conseqüência desse pensamento que Maria de Lourdes denuncia:

Afirmar que a Pessoa é o homem autoconsciente, com capacidade de juízo, maduro, com consciência do seu próprio eu implica dividir os homens em dois grupos: os homens cabais, integralmente pessoas por exercerem a autonomia, a autoconsciência, e os outros, deteriorados, que não têm caráter de pessoas, em certo sentido 'sub-homens'.

Estes seriam os seres sensíveis, capazes de experimentar prazer e dor, que não são racionais nem conscientes de si mesmos e, portanto, não são pessoas. Aí se encontram muitos animais, mas também compõem este grupo os embriões, os fetos humanos, os bebês e os deficientes.

Chega-se, por exemplo, a criar o conceito de pessoas possíveis, indivíduos que ainda não são pessoas, mas que têm a possibilidade de sê-lo, se se verificarem determinadas circunstâncias externas; ademais temos as pessoas potenciais, indivíduos que já são pessoas, porquanto possuem, intrinsecamente, características que, sem obstáculos externos, se desenvolvem progressiva e gradualmente de modo completo.

(...)

**Ora, se nem todos os homens são pessoas, estabelece-se outra divisão em grupos: uns juizes dos outros. Os que são pessoas poderão decidir o destino dos que não são.<sup>63</sup>** (Grifamos)

Seria aceitável submeter-nos a tal exercício de poder? Poderíamos restar indiferentes a que algumas pessoas decidam quais são os critérios de reconhecimento da humanidade, excluindo destes certa parte dos seres humanos?

Paralelamente à discussão acerca do estatuto ontológico do embrião humano, desenvolve-se a discussão quanto ao seu estatuto jurídico, que se manifesta nas diferentes teorias sobre o início da personalidade jurídica.

Como já expusemos, a noção mais ou menos consensual de personalidade jurídica é a de aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Quem a possui é considerado pessoa na acepção jurídica do termo. Possuem-na os seres humanos e outros entes denominados pessoas jurídicas, estes reconhecidos e tutelados pelo direito tendo em vista os interesses da coletividade formada pelos particulares.

<sup>62</sup> SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da. *Conceito Constitucional de Dano Moral: O Desrespeito pela Dignidade Humana*. São Paulo, 2002, 501 f. Tese (para obtenção do título de Doutor em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 114-115.

<sup>63</sup> SILVA, M. de L. S. P. da. *Obra citada*, p. 115-116.

Concordamos com a idéia já exposta de que a personalidade jurídica é uma projeção necessária e natural da pessoa. Tal idéia se encontra no pensamento de Francisco Amaral e também no de Mário Emílio Bigotte Chorão, jurista português, para quem

a condição da pessoa humana comporta forçosamente uma dimensão jurídica: quem é pessoa ontologicamente falando é também, por isso, pessoa em sentido jurídico; por outras palavras, o homem é, por natureza, protagonista da ordem jurídica, tendo sempre algo seu a reivindicar em termos de justiça (*ius suum*). Constitui, enfim, a juridicidade uma dimensão essencial constitutiva da pessoa humana que faz desta fundamento da ordem jurídica<sup>64</sup>.

No direito brasileiro, são três as correntes fundamentais acerca do início da personalidade jurídica: a *teoria natalista*, a *da personalidade condicional* e a *concepcionista*.

A *teoria natalista* sustenta que a personalidade jurídica da pessoa natural tem início com o nascimento com vida. Seus defensores se fundamentam na redação do art. 2º do Código Civil (correspondente ao art. 4º do antigo Código), que dispõe, *in verbis*, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Apesar de não reconhecerem personalidade jurídica ao nascituro, os adeptos da teoria natalista não defendem que ao nascituro não caiba nenhum direito ou *status* jurídico específico, mesmo por força do que dispõe a segunda parte do art. 2º do Código: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Vicente Ráo, que figura dentre os civilistas partidários da postura natalista, entende que a proteção que a lei confere ao nascituro implica uma situação jurídica de expectativa e não de reconhecimento ou atribuição de personalidade<sup>65</sup>. Tal situação apenas se aperfeiçoaria com o nascimento.

Na mesma linha, Sílvio Rodrigues entende que a personalidade, que ele identifica à capacidade para ser titular de direitos, só se adquire com o nascimento com vida. Afirma que a lei não confere personalidade ao nascituro, mas que como este “provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *O problema da natureza e tutela jurídica do embrião à luz de uma concepção realista e personalista do Direito*. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 134.

<sup>65</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 146.

<sup>66</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte geral*. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. e. Idem, *ibidem*.

Percebe-se que este posicionamento dialoga com a teoria do embrião como potencialidade de pessoa, na medida em que atribui ao nascituro uma expectativa de personalidade, e conseqüentemente uma expectativa de direitos, tendo em vista a sua potencialidade de nascer com vida.

A *teoria da personalidade condicional* entende, por sua vez, que a personalidade tem início na concepção, porém sob a condição do nascimento com vida. É também denominada *teoria concepcionista imprópria*.

Washington de Barros Monteiro, um dos adeptos da teoria, afirma que por ser o nascituro uma pessoa em formação, a lei protege os seus eventuais direitos. Contudo, para que esses direitos sejam efetivamente adquiridos é necessário o nascimento com vida, de modo que, nas palavras do autor, “o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de **condição suspensiva**, o nascimento com vida”<sup>67</sup> (grifamos).

Condição suspensiva refere-se a acontecimento futuro e incerto, ao qual está subordinada a eficácia de um ato jurídico e o nascimento de um direito. “Pendente a condição, há apenas a expectativa de direito ou um direito condicional.”<sup>68</sup>

Seguindo a mesma idéia, Gastão Grossé Saraiva entende que o estatuto jurídico do nascituro é o de titular de direitos sob condição suspensiva. O nascimento com vida representa o implemento dessa condição, em virtude do que “os direitos que (o nascituro) adquirira, por atos cuja eficácia dependeria do seu nascimento com vida, integrarão definitivamente seu patrimônio, mesmo se vier a falecer logo a seguir”<sup>69</sup>.

Silmara Chinelato e Almeida critica essa formulação, pois sendo a personalidade existente desde a concepção (como afirma a corrente da personalidade condicional), não há que se falar numa condição suspensiva, o nascimento com vida, mas sim numa **condição resolutiva**, a do nascimento sem vida<sup>70</sup>.

A condição resolutiva extingue os efeitos de um ato que vigora enquanto a condição não se realiza, podendo-se exercer, neste período, o direito por ele

---

<sup>67</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 1. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 153-4.

<sup>68</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 472.

<sup>69</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 155.

<sup>70</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. *Idem*, *ibidem*.

estabelecido<sup>71</sup>. Logo, se se reconhece a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, bem como os direitos dela decorrentes (que, pela própria dicção da lei, estão a salvo desde a concepção), é lógico pensar que tais direitos produzem efeitos desde então, de modo que sua eficácia não pode estar sujeita a uma condição suspensiva. Poder-se-ia pensar, no máximo, e dentro de uma teoria da personalidade condicional, em uma resolução da eficácia desses direitos por conta do nascimento sem vida.

Por fim, a *teoria concepcionista* considera que a personalidade tem início com a concepção. A personalidade jurídica não está condicionada ao nascimento com vida. O que ocorre, segundo esta visão, é que alguns direitos, os de natureza patrimonial, estão **resolutivamente** condicionados ao nascimento **sem** vida. Enquanto que os direitos **pessoais**, o direito de nascer e a proteção jurídica à vida do nascituro, existem plenamente antes do nascimento com vida.

Rubens Limongi França, partidário da corrente concepcionista, afirma que o nascimento não é condição para que a personalidade do nascituro exista, mas somente para que se consolide a sua capacidade jurídica<sup>72</sup>. Corroborando esse entendimento, Silmara Chinelato e Almeida sustenta que “a limitada capacidade do nascituro não lhe tira a personalidade”, tanto que a lei obviamente não anula a personalidade jurídica dos absolutamente incapazes, tais como os menores de dezesseis anos. A capacidade pode ser quantificada, mas a personalidade não, de modo que quando existe a personalidade é plena.

Limongi França elabora argumentos no intuito de demonstrar que o embrião é pessoa tanto do ponto de vista filosófico como jurídico, devendo portanto ser-lhe reconhecida a personalidade.

Filosoficamente (...) o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 473.

<sup>72</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. Obra citada, p. 159.

<sup>73</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. Idem. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. Obra citada, p. 160.

Do ponto de vista jurídico, o autor cita o fato de que toda a legislação daquilo que se chama de “os povos civilizados” reconhece a necessidade de se proteger os direitos do nascituro, e “quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”<sup>74</sup>.

Silmara Chinelato e Almeida, como já adiantamos, também se coloca entre os adeptos da “doutrina verdadeiramente concepcionista”<sup>75</sup>. Na perspectiva biológica, a autora conclui que há vida desde a concepção e que

o desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto – representam apenas um *continuum* do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores do desenvolvimento passando de criança a adolescente, e de adolescente a adulto<sup>76</sup>.

Do ponto de vista filosófico, compartilha o pensamento de Limongi França que, fundamentando-se na corrente aristotélico-tomista, afirma que o nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional<sup>77</sup>.

Judicadamente, Chinelato e Almeida considera que há determinados direitos e estados, decorrentes da personalidade, que independem do nascimento com vida, o que afasta a tese da personalidade condicional. “Afirmar que a personalidade começa a partir da concepção decorre da existência de direitos não patrimoniais e *status* que independem do nascimento com vida.”<sup>78</sup>

Segundo a autora, pode-se deduzir do Código Civil<sup>79</sup>, por meio de interpretação sistemática, um *Estatuto do Embrião* que se expressa nas seguintes premissas:

1) A personalidade começa a partir da concepção; 2) os direitos do nascituro não são taxativos, sendo-lhe reconhecidos todos os compatíveis com sua característica de pessoa por nascer; 3) os direitos patrimoniais materiais – doação e herança – ficam resolutivamente condicionados ao nascimento sem vida<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Idem*, *ibidem*.

<sup>75</sup> A autora assim se refere ao seu posicionamento para diferenciá-lo da doutrina da personalidade condicionada, à qual chama teoria concepcionista imprópria.

<sup>76</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. *Obra citada*, p. 174.

<sup>77</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. *Obra citada*, p. 163.

<sup>78</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. *Obra citada*, p. 170.

<sup>79</sup> A autora analisa e interpreta o Código Civil de 1916, contudo acreditamos que a sua interpretação e conclusões podem ser transpostas ao Código Civil atual, uma vez que o dispositivo que trata do início da personalidade, bem como aqueles que prevêm os direitos reconhecidos ao nascituro, praticamente não sofreram alterações.

<sup>80</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. *Obra citada*, p. 169.

O pensamento de Francisco Amaral também se alia à corrente concepcionista. Como já expusemos, o civilista entende que o Código Civil atribui ao nascituro direitos subjetivos com eficácia suspensa ou em formação, pois “falar-se em condição ou em expectativa de direito é reconhecer-se o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade”<sup>81</sup>. Assim, enumera alguns dispositivos do atual Código Civil que consideram o nascituro, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, ou seja, sujeito de direitos: o art. 542 trata da doação feita ao nascituro, que é válida desde que aceita por seu representante legal; o art. 1.609, § único, prevê a possibilidade do reconhecimento de filho antes do nascimento; o art. 1.779 determina que será dado curador ao nascituro na circunstância de falecimento do pai e caso a mulher não possua o poder familiar; o art. 1.798 legitima a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”; e o art. 1.799, inciso I, prevê a possibilidade de sucessão por parte dos filhos ainda não concebidos<sup>82</sup> das pessoas indicadas pelo testador, estando estas vivas quando aberta a sucessão.

Não se podendo negar ao nascituro a titularidade jurídica, conclui o autor que “o nascimento não é condição para que a personalidade jurídica exista, mas para que se consolide”<sup>83</sup>. E este consolidar-se significa adquirir a capacidade jurídica definitiva, pois Francisco Amaral defende, a exemplo de Massimo Bianca, que o ordenamento atribui uma capacidade jurídica provisória ao concebido por reconhecê-lo portador de interesses mercedores de tutela, e que tal capacidade se torna definitiva por ocasião do nascimento<sup>84</sup>.

Elimar Szaniawski, em obra dedicada aos direitos de personalidade, ao examinar a gênese da personalidade do ser humano também enumera os dispositivos do Código Civil que reconhecem titularidade jurídica ao concebido. Tomando-se o Código como um sistema completo, conclui o autor que

---

<sup>81</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 221.

<sup>82</sup> Apesar de Francisco Amaral citar este dispositivo como um dos que atribui ao nascituro titularidade nas relações jurídicas, o artigo na verdade se refere ao que, no Código anterior, se denominava “prole eventual”, isto é, aos filhos ainda não concebidos, categoria que não se confunde à do nascituro, ser humano já concebido, abrigado no ventre materno, porém ainda não nascido.

<sup>83</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 221.

<sup>84</sup> BIANCA, Massimo. Apud: AMARAL, F. Obra citada, p. 221.

deve, portanto, ser abandonada definitivamente a antiga concepção genético-desenvolvimentista, que afirmava ser o nascituro algo protegido pela lei, não lhe conferindo, porém, nenhum direito subjetivo, comparando a proteção do nascituro dada pela lei civil, à proteção de um objeto inanimado. Discordamos, pois, daqueles que afirmam que o Código Civil nega a personalidade natural da pessoa que já foi concebida, mas que ainda não nasceu<sup>85</sup>.

Vistas as teorias acerca do início da personalidade jurídica, ressaltamos a sua importância para o tema do embrião pré-implantatário. Como já discutimos, o Código Civil atual não alberga, ao menos não explicitamente, a questão da personalidade e da titularidade de direitos desses embriões, pois eles não fazem parte da categoria das pessoas naturais e nem da do nascituro. O Código simplesmente menciona a realidade dos embriões excedentes quando disciplina a matéria de filiação, ao dispor que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos gerados a partir de embriões excedentes provenientes de concepção artificial homóloga e havidos a qualquer tempo (CC, art. 1.597, inciso IV).

Examinadas as diferentes propostas quanto ao estatuto ontológico e jurídico do embrião humano, parece-nos claro que se se considera o embrião uma pessoa desde o momento da concepção, por conta da sua autonomia biológica e genética – como propõe a teoria concepcionista, que nos parece a mais bem fundamentada e mais coerente com o atual estágio da ciência médica e biológica –, a consequência lógica é reconhecê-lo titular de direitos compatíveis à sua condição embrionária e, portanto, titular de personalidade jurídica.

Assim, o embrião pré-implantatário não compõe a mesma categoria jurídica que o nascituro, na medida em que constitui uma realidade diversa, porém deve compartilhar de uma proteção e um estatuto jurídico equivalente, qual seja, o de pessoa, sujeito de direito, titular de personalidade jurídica, uma vez que não difere essencialmente do nascituro, assim como este não difere essencialmente do ser humano já nascido. Portanto, entendemos, a exemplo de Elimar Szaniawski<sup>86</sup>, Francisco Amaral<sup>87</sup> e Silmara Chinelato e Almeida<sup>88</sup>, que o Código Civil permite, em

<sup>85</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.65.

<sup>86</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 65. Ver também SZANIAWSKI, E. O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 8, p.83-107, out./dez. 2001, em que defende o autor, na p. 97: "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."

<sup>87</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 220-222.

interpretação sistemática e extensiva, o reconhecimento de personalidade jurídica ao embrião humano.

---

<sup>88</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. Obra citada, p. 158-175. Do pensamento da autora, destaquem-se as seguintes considerações: "Com efeito, se considerarmos o nascituro pessoa, seus direitos não são somente os expressamente conferidos pelo Código Civil (...), cabendo interpretação extensiva", (p. 156); "Um dos problemas cruciais do biodireito é justamente definir a condição jurídica do embrião pré-implantatório. Pelos estudos que temos feito desde 1982, observamos a tendência e proposta da melhor doutrina no sentido de se lhe reconhecer personalidade jurídica, por sua natureza humana inegável (...)", (p. 162).

## 4. A TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE E A TUTELA CIVIL-CONSTITUCIONAL

A personalidade jurídica, que a nosso ver deve ser reconhecida ao embrião humano, se desdobra nos chamados direitos de personalidade e é tutelada no reconhecimento e regulamentação desses direitos. Portanto, a tutela dos direitos de personalidade cabe também ao embrião humano, em conformidade com o seu estatuto jurídico próprio de ser humano em desenvolvimento, dotado já de dignidade humana e valor absoluto.

Na formulação de Elimar Szaniawski, a personalidade consiste no conjunto de caracteres do indivíduo, “sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade”<sup>89</sup>, através do qual os demais bens serão adquiridos e tutelados. Dessa forma, os bens inerentes à pessoa humana, tais como a vida, a liberdade e a honra, são denominados *direitos de personalidade*<sup>90</sup>. Tais direitos são definidos por Limongi França como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”<sup>91</sup>.

No mesmo sentido, Francisco Amaral define os direitos de personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>92</sup>. São, portanto, direitos cujo objeto é inerente ao titular, ou seja, direitos que têm por objeto a própria pessoa do titular. Os direitos de personalidade são freqüentemente caracterizados como *absolutos*, pois têm eficácia *erga omnes*; *indisponíveis* e *irrenunciáveis*, porque não podem ser alienados e nem pode o seu titular a eles renunciar, pois são inerentes à sua pessoa<sup>93</sup>; *imprescritíveis*, uma vez que não há prazo para o seu exercício; e *extrapatrimoniais*, isto é, insuscetíveis de avaliação econômica<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 70.

<sup>90</sup> SZANIAWSKI, E. Idem, ibidem.

<sup>91</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. Obra citada, p. 291.

<sup>92</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 247.

<sup>93</sup> Tal indisponibilidade, contudo, não é absoluta, uma vez que se admite a cessão de alguns direitos de personalidade, tal como o direito de imagem, e se permite a disposição gratuita de certas partes do corpo (doação de sangue, órgãos e material genético).

<sup>94</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 250.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta um sistema civil-constitucional de proteção da personalidade, fundamentado no princípio constitucional da dignidade humana. A Constituição traz uma cláusula geral de tutela da personalidade ao lado de direitos especiais de personalidade. O Código Civil, por sua vez, também tipifica direitos especiais. Adotamos o entendimento de que há um *direito geral de personalidade*, o qual garante, como define Rita de Cássia Curvo Leite, “o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, ou seja, a toda a esfera individual em seus vários aspectos ou manifestações, acrescentando-se-lhe, inclusive, valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade”<sup>95</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana recebe o *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme estabelece o art. 1º, inciso III, da Constituição. A seu lado, o princípio da igualdade, inserido no *caput* do art. 5º da Constituição, também figura como princípio fundamental. Ambos constituem a base da tutela constitucional ao direito geral de personalidade.

Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do *princípio da dignidade* da pessoa, que consiste numa *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.<sup>96</sup>

Tem-se entendido a dignidade como um atributo essencial da pessoa humana, como o fundamento e a finalidade da atuação do poder público e dos indivíduos. Assim, a dignidade seria o centro ou a base dos direitos humanos. Percebe-se aí uma concepção jusnaturalista da dignidade humana, pela qual “a idéia de que todo ser humano é possuidor de *dignidade* é anterior ao direito, não necessitando, por conseguinte, ser reconhecida juridicamente para existir”<sup>97</sup>. Por essa concepção, tem-se que

(...) as leis essenciais de qualquer ordenamento jurídico são de Direito Natural, como o direito à vida, à segurança, à liberdade etc. As leis acessórias, aquelas mutáveis no tempo, não o são, visto que cabe a cada

---

<sup>95</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Os direitos da personalidade*. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (Org.). *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 150-151.

<sup>96</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 137.

<sup>97</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 141.

comunidade organizada ter a lei que reja sua convivência social, respeitados aqueles direitos fundamentais<sup>98</sup>.

Essa concepção jusnaturalista também se encontra na definição que Carlos Alberto Bittar elabora para os direitos de personalidade, “direitos próprios da pessoa em si, existentes por sua natureza, como ente humano (...), mas, são também direitos referentes às projeções do homem para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”<sup>99</sup>.

Entendemos que há direitos que não são produto de uma construção histórica, mas que emanam da própria condição humana, contudo, também pensamos ser de capital importância a luta histórica pelo reconhecimento e pela efetivação desses direitos. Neste ponto acompanhamos o pensamento de Ives Gandra da Silva Martins, que reconhece a imutabilidade dos direitos fundamentais e da lei natural, mas não ignora que é a transformação do conhecimento humano responsável por detectar a existência desses direitos<sup>100</sup>.

Sendo assim, não podemos ignorar que a formulação filosófica e jurídica acerca da dignidade da pessoa humana ocorre em um momento histórico e político bem preciso: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Na verdade a noção inicial de dignidade humana remonta ao advento do cristianismo, como relata Elimar Szaniawski:

a idéia de dignidade teve origem na concepção cristã de pessoa como uma substância racional e no princípio da imortalidade da alma e da ressurreição do corpo. E a racionalidade faz do homem, segundo o pensamento tomista, um princípio de ação autônomo, sendo o pressuposto de uma dignidade, e a dignidade da pessoa vem a identificar-se com a liberdade<sup>101</sup>.

Logo, no pensamento cristão se encontra o germe e a base moral do conceito de dignidade humana. Entretanto, tal conceito assume sua formulação atual, no direito moderno, diante dos acontecimentos que marcaram a Segunda Guerra Mundial. Os horrores do nazismo trouxeram à luz a necessidade de proteção dos interesses do indivíduo humano, de forma a impedir que ele se torne simples objeto dos interesses do Estado. A questão dos direitos fundamentais do ser humano foi

<sup>98</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do Direito Natural à Vida. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 623, p. 27-30, set. 1987, p.28.

<sup>99</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 7.

<sup>100</sup> MARTINS, I. G. da S. *Idem*, *ibidem*.

<sup>101</sup> SZANIAWSKI, E. *Obra citada*, p. 36.

trazida à cena, tornou-se o centro das preocupações do direito internacional, o que resultou na elaboração de vários atos normativos internacionais, dentre os quais a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

É a partir daí que a dignidade humana adquire um caráter normativo, isto é, torna-se um princípio diretriz ao qual devem estar subordinados a ordem jurídica internacional e os ordenamentos nacionais.

Essa progressiva afirmação dos direitos humanos no direito internacional trouxe em si uma grande transformação, eis que, junto ao clássico princípio da soberania dos Estados, surgiu outro princípio constitucional da ordem internacional contemporânea: a dignidade de todo ser humano.<sup>102</sup>

Essa breve digressão nos permite compreender melhor a seguinte colocação de Elimar Szaniawski:

*O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos. De um lado, representa uma qualidade substancial do ser humano, a dignidade como sendo a expressão da essência da pessoa humana e, de outro, o fundamento da ordem política e de paz social, revelando-se uma fonte de direitos*<sup>103</sup>.

Endossamos tal idéia e nela identificamos um pensamento compatível à nossa postura, pela qual a dignidade humana é primeiramente um atributo substancial do ser humano, que independe de ordenamento legal para existir, mas que deve ser reconhecida e tutelada pela ordem jurídica.

No mesmo sentido se manifesta Jussara Meirelles, para quem o conteúdo da cláusula constitucional que determina o respeito à dignidade humana

sob um primeiro aspecto, constitui-se em fundamento do Estado Democrático de Direito (...). Sob outro ângulo, a dignidade da pessoa humana é vista como a necessidade de se respeitar o homem como 'pessoa', independentemente de fatores diversos, tais como raça, religião, condição social, sexo, idade etc. Significa, em outras palavras, reconhecer na pessoa humana o seu valor intrínseco e *sui generis*<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Da pessoa ao embrião: diferença e similitude no estatuto jurídico do ser. Curitiba, 1999, 316 f. Tese (para a obtenção do grau de doutor em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, p. 135.

<sup>103</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 143.

<sup>104</sup> MEIRELLES, J. M. L. de. Obra citada, p. 140-141.

O embrião humano é titular da mesma dignidade reconhecida aos seres humanos já nascidos, em virtude da sua qualidade de pessoa, o que significa uma vedação à sua instrumentalização.

Respeitar a pessoa humana implica, portanto, combater toda e qualquer prática que a diminua. E é sob tal enfoque que as técnicas de reprodução medicamente assistida e de engenharia genética, aqui consideradas particularmente na dimensão de sua aplicabilidade sobre embriões humanos, encontram seus limites no respeito ao valor absoluto da pessoa humana.<sup>105</sup>

Vimos como o princípio da dignidade da pessoa funciona, em nível constitucional, como uma cláusula geral de tutela da personalidade. Examinemos agora os direitos especiais de personalidade elencados na Constituição. O art. 5º, em especial, enumera alguns direitos de personalidade, no intuito de robustecer a tutela da personalidade humana, dentre os quais se destacam o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>106</sup> (mencionados no *caput*). Nos diversos incisos estão tipificados outros direitos, tais como o direito à integridade psico-física (inciso III), o direito à livre manifestação do pensamento (inciso IV), o direito de reposta e à imagem (inciso V), o direito à intimidade, à vida privada e à honra (inciso X), dentre outros. O rol apresentado pelo art. 5º não é, obviamente, taxativo, havendo outros dispositivos constitucionais que tutelam outros direitos de personalidade especiais, tais como os artigos 194 e 195, que tratam da seguridade social e tutelam os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Dentre os direitos de personalidade abordados pela Constituição, o primeiro e mais importante é o direito à vida, uma vez que dele decorrem todos os demais. “O direito à vida funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis.”<sup>107</sup> Pois sem vida logicamente não há pessoa, logo não há dignidade e nem personalidade a tutelar.

O fenômeno *vida* não é, como já vimos, passível de uma definição jurídica, e na verdade tal definição extrapola o âmbito da própria ciência, estando melhor localizada no campo da filosofia. Entretanto, podemos afirmar que enquanto bem

<sup>105</sup> MEIRELLES, J. M. L. de. Obra citada, p. 142.

<sup>106</sup> Deve-se mencionar a discussão acerca de o direito à propriedade ser, ou não, um direito da personalidade. Elimar Szaniawski, acompanhado de outros autores, entende que só é possível considerar como tal o *direito a um patrimônio mínimo*, como garantia da dignidade humana.

<sup>107</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 146.

jurídico fundamental a vida se constitui na origem e no suporte dos demais direitos<sup>108</sup>.

No reconhecimento do direito à vida encontramos, novamente, um fundamento de Direito Natural, ao se adotar a premissa de que tal direito “é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecida, e que pertence ao ser humano não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter sido concebido. É-lhe inerente, e não concedida”<sup>109</sup>. Na mesma direção indica Santos Cifuentes, cujo pensamento é citado por Silmara Chinelato, ao dizer que o direito à vida é inato e que, portanto, não se deve entender que há um direito a se obter a vida: ao contrário, ela se obtém automaticamente, pois é um acontecimento natural<sup>110</sup>. O que nos permite concluir que aos embriões produzidos *in vitro* e mantidos em laboratório cabe o direito ao curso natural da vida, isto é, ao desenvolvimento e ao nascimento. Da mesma forma entende Silmara Chinelato, ao defender que “o nascituro é pessoa, desde a concepção *in vivo* ou *in vitro*, e que tem ele direito de viver”<sup>111</sup>.

Com efeito, ao tratar do direito à vida, em sua já mencionada obra dedicada aos direitos de personalidade, Elimar Szaniawski contempla o tema do direito de nascer, examinando a questão dos embriões excedentes. O autor defende que “a tutela da personalidade humana inicia-se com a concepção do indivíduo, devendo ser vedado o descarte de embriões e o aborto de fetos, revelando-se de início a existência de um *direito à vida e de nascer*”<sup>112</sup>.

Temos, portanto, que o estatuto jurídico do embrião humano comporta um aspecto específico do direito à vida que é o direito de nascer. Desse modo rechaça-se o descarte e a destruição dos embriões excedentes, bem como a sua transformação em objeto de pesquisa. Pois ao se reconhecer ao embrião a natureza de pessoa, e portanto o valor absoluto que decorre da dignidade humana, é forçoso reconhecer-lhe o direito à vida, e este, no caso, se manifesta como o direito de se desenvolver e nascer.

Com isso, percebe-se que as técnicas de reprodução artificial que proporcionam a criação de embriões não destinados à implantação no útero materno

---

<sup>108</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 259.

<sup>109</sup> MARTINS, I. G. da S. Obra citada, p. 28.

<sup>110</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 294.

<sup>111</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 296.

<sup>112</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 148.

representam uma afronta ao sistema constitucional de tutela da personalidade humana. A produção de embriões excedentes não é apenas um “lamentável resultado, extremamente negativo e cruel, dos procedimentos de reprodução humana assistida”<sup>113</sup>, mas é também uma violação do direito fundamental à vida, na modalidade específica do direito de nascer. Desse modo, aplaudimos o posicionamento de Elimar Szaniawski, para quem “o simples descarte de embrião, bem como a doação de embrião excedente para pesquisas que provocam a morte do mesmo constituem-se em um grave atentado ao *direito geral de personalidade*, um delito contra o *direito à vida do nascituro*”<sup>114</sup>.

Defendemos que a solução seria a proibição da geração de embriões excedentes. Entretanto, respostas mais concretas ao problema dos embriões excedentes já criados e mantidos em laboratório, bem como indicações do destino apropriado a lhes ser dado serão melhor explicitadas no capítulo seguinte.

A tutela da personalidade humana também é feita, como mencionamos, no âmbito do direito civil. Aqui se destaca o art. 12 do Código Civil, que consiste numa cláusula geral de proteção ao direito geral de personalidade<sup>115</sup>, e os artigos 13 a 21 do mesmo diploma, que disciplinam alguns direitos especiais de personalidade, em rol não taxativo. As cláusulas que se prestam à tutela desses direitos, as quais possuem a natureza de cláusulas gerais, devem ser interpretadas em conformidade aos princípios constitucionais, mormente o princípio da dignidade humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição. Como vimos, este dispositivo, que “constitui-se em uma norma geral de aplicação imediata”<sup>116</sup>, representa uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, devendo ser lido em conjunto com o art. 12 do Código Civil.

Enxergamos aqui uma manifestação do fenômeno da constitucionalização do direito civil, uma vez que um tema tradicionalmente pertencente ao estatuto privado, o tema dos direitos de personalidade, é recepcionado pela Constituição, cujos princípios e diretrizes passam a informar os sistemas normativos de direito privado. Conforme explica Francisco Amaral,

---

<sup>113</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 151.

<sup>114</sup> SZANIAWSKI, E. O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer, p. 99.

<sup>115</sup> Assim entende Elimar Szaniawski, vide *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 178-180, embora tal entendimento não seja unânime.

<sup>116</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 179.

A tutela jurídica dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis: um, de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade; e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e normatiza esses princípios. (...) pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal e administrativa, quando integrante da respectiva legislação ordinária. Esse processo de constitucionalização, que teve destacado relevo do último meio século, está hoje temperado pelo Código Civil, a *sedes materiae*, em que se desenvolvem e positivam os princípios constitucionais de natureza civil<sup>117</sup>.

Também no âmbito civil encontramos agasalho à tutela dos direitos da personalidade do embrião humano. A *integridade física*, que compreende a proteção à vida e à saúde, contemplada nos artigos 13 e 15 do Código Civil, estende-se ao embrião na forma de vedação a qualquer intervenção cujo objetivo não seja proporcionar-lhe o desenvolvimento saudável e normal a que tem direito. Pois, como bem coloca Silmara Chinelato, em afirmação que se refere ao nascituro, mas cujo conteúdo podemos aplicar à situação dos embriões excedentes e pré-implantatários, “se o nascituro é pessoa, biológica e juridicamente, se sua integridade física e sua saúde não se confundem com as da mãe, ainda que com ela o concebido mantenha relação de dependência, não há como negar-lhe direito à integridade física e à saúde”<sup>118</sup>. Portanto, o embrião pode ser vítima de negligência, imprudência ou imperícia nos processos de conservação e implantação, resultando em responsabilidade patrimonial ou extrapatrimonial do agente.<sup>119</sup>

Os direitos de personalidade que protegem a *integridade moral* do indivíduo, tais como o direito à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem e ao nome, contemplados pelos artigos 16 a 21 do Código Civil, também se aplicam, no que couber, ao embrião. Silmara Chinelato exemplifica como caso de violação do direito à honra do nascituro a sua acusação de ser “filho ilegítimo”<sup>120</sup> (a autora escreve sob a égide do Código Civil de 1916 e por isso utiliza a expressão pejorativa do antigo diploma, banida do atual). Situação semelhante poderia ocorrer ao embrião pré-implantatário, na hipótese de algum dos membros do casal recusar-se a assumir a paternidade ou a maternidade de embrião gerado por reprodução artificial heteróloga. Nesse sentido, o Código Civil presta uma tutela específica à personalidade do embrião ao dispor, no art. 1.597, inciso V, que se presume a

<sup>117</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 256.

<sup>118</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 315.

<sup>119</sup> AMARAL, F. Obra citada, p. 263.

<sup>120</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 321.

filiação dos entes concebidos “por inseminação artificial heteróloga<sup>121</sup>, desde que tenha prévia autorização do marido”. O mesmo dispositivo se refere ainda, no inciso IV, aos “embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga”, concedendo-lhes a mesma presunção de filiação.

#### 4.2 O DIREITO PENAL

É importante mencionar que a personalidade humana também está resguardada no âmbito penal, onde a tutela mais relevante se dá na tipificação dos Crimes contra a Pessoa (Código Penal, Parte Especial, Título I). Sob o título de “Crimes contra a vida” o Código Penal tipifica o homicídio (art. 121), o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), o infanticídio (art. 123) e o aborto (artigos 124 a 128). Logo, a finalidade principal da incriminação do aborto é a proteção da vida do nascituro, o que justifica a sua colocação entre os crimes contra a vida, uma subclasse dos crimes contra a pessoa.

Para Nelson Hungria,

quem pratica um aborto não opera *in materiam brutam*, mas contra um homem na ante-sala da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem *in sperm*. Entre o infanticídio (eliminação da vida extra-uterina) e o aborto (eliminação da vida intra-uterina) a diferença é apenas de grau ou, como dizia Carrara, de quantidade natural e de quantidade política<sup>122</sup>.

Com isso percebe-se que o autor iguala, no que tange à tutela do direito à vida, o nascituro à pessoa já nascida.

O mesmo faz Edgard Magalhães Noronha, ao afirmar:

pouco importa seja o feto um *spes persona*; deve ele mesmo assim ser protegido pela tutela da lei, pois a vida humana, em seu infinito mistério, merece respeito, mesmo quando a ordem jurídica se encontra em presença não apenas de um homem (pessoa), mas de uma *spes hominis*<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> A redação do Código é defeituosa, pois menciona apenas a inseminação artificial, quando deveria se referir à reprodução assistida, na modalidade heteróloga, em geral.

<sup>122</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 254.

<sup>123</sup> NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito Penal*, v. 2. Apud: ALMEIDA, S. J. A. C. e. Obra citada, p. 253.

Não obstante as expressões pouco claras da doutrina penalista quanto à natureza jurídica do nascituro – *spes personae*, *spes hominis* – o importante é que o Código Penal brasileiro insere o aborto no Título I da Parte Especial, que trata dos crimes contra a *pessoa*. Ademais, já expusemos nossas considerações a respeito da natureza jurídica e ontológica de pessoa do ser concebido, bem como o nosso entendimento de que lhe deve ser reconhecida a personalidade jurídica, junto das faculdades e direitos decorrentes disso.

Quanto ao crime de aborto, há quem entenda que o seu objeto material seja não apenas o ser humano concebido e implantado no útero materno, mas também aquele que repousa fora dele, isto é, o embrião pré-implantatário ou excedente. Com efeito, se não há diferença substancial entre o ser humano apenas concebido e o ser humano já nascido, como propõe a corrente concepcionista, tampouco há diferença entre o embrião que se desenvolve abrigado no útero de sua mãe e aquele que, por uma eventualidade qualquer, se encontra privado de seu ambiente natural.

Este é o entendimento que demonstra Eduardo Leite<sup>124</sup>, ao defender, com o apoio de significativa doutrina penalista, que

a destruição de um embrião excedente (fora do útero) também configura crime de aborto. Por isso é plenamente defensável a conclusão de Nilo Gonçalves: 'É incontestável portanto que a ocisão dolosa do concepto, ainda que *in vitro*, representa um ato contra a vida, bem máximo tutelado pelo nosso Código Penal'.

Defende, diante disso, a necessidade da revisão do conceito médico-legal clássico do aborto – segundo o qual para se configurar o crime de aborto é necessário haver gestação – para que o atentado contra a vida do concepto *in vitro* não permaneça ignorado pela lei penal.

O mesmo posicionamento manifesta Elimar Szaniawski, para quem “todo o atentado cometido contra a vida de uma pessoa ainda não nascida, estando em fase de desenvolvimento no ventre materno, ou mesmo em uma proveta, constitui-se em crime de aborto, vedado pelo art. 124 e seguintes do Código Penal”<sup>125</sup>. O autor informa que a doutrina classifica o aborto conforme o estágio de desenvolvimento do produto da concepção, podendo-se falar em aborto ovular (praticado da concepção até os dois primeiros meses de gestação), embrionário (praticado no terceiro ou

---

<sup>124</sup> LEITE, E. de O. O direito do embrião humano: mito ou realidade?, cit., p. 141-144.

<sup>125</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 148-149.

quarto mês de gestação) e fetal (praticado do quinto mês de gestação em diante). Em face disso, conclui que

mesmo diante da lacuna da lei, que não reconhece como crime de aborto a ocisão voluntária do *conceptus in vitro*, não se pode negar que o descarte ou a destruição de um embrião *in vitro* constitui-se em um delito, uma vez que tal ato resulta na destruição de vida humana mediante aborto, fato que colide frontalmente com a tutela do *direito à vida* a qual não admite gradações: a vida existe ou não; é um fenômeno único<sup>126</sup>.

Tal pensamento contraria a teoria genético-desenvolvimentista, para a qual o ser humano só se torna efetivamente pessoa depois de certo estágio de desenvolvimento, não havendo portanto que se falar em “aborto do *conceptus in vitro*”, uma vez que este não teria ainda a dignidade necessária para ser vítima de crime de aborto. Assim, a posição que defende ser possível a prática de aborto contra o embrião *in vitro* filia-se à corrente concepcionista, pois toma-o como pessoa desde a concepção, e a sua vida como possível objeto do crime de aborto.

#### 4.3 O DIREITO INTERNACIONAL

Examinaremos neste ponto os diplomas normativos internacionais dos quais o Brasil é signatário e que fundamentam a tutela jurídica do embrião humano.

Destacamos primeiramente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica, firmado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Humanos, que teve lugar em São José da Costa Rica, entre 7 e 22 de novembro de 1969. A Convenção foi promulgada sem reservas pelo Brasil, através do Decreto n. 678, em 6 de novembro de 1992.

O Pacto de São José, como dispõe seu preâmbulo, tem o propósito de “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem”<sup>127</sup>. Para tanto, reconhece os direitos fundamentais do ser

<sup>126</sup> SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 149.

<sup>127</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San Jose, disponível em: < <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em: 23 Julho 2009. O texto original assim dispõe: *consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre(...)*.

humano e impõe aos Estados signatários o respeito aos direitos e liberdades reconhecidos, bem como a garantia de seu livre e pleno exercício a todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação (artigo 1º, n. 1).

Transcrevemos o seguinte dispositivo da Convenção, em sua redação original:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

1. (...)

2. *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

Entendemos, diante disso, que os direitos e garantias reconhecidos pelo Pacto de São José não se limitam às pessoas já nascidas, mas são também atribuídos aos seres humanos na fase inicial de desenvolvimento, isto é, aos conceitos *in vivo* e *in vitro*, uma vez que a Convenção não hesita em considerar pessoa todo aquele que participa da natureza humana.

Também encontramos no Pacto de São José fundamento para reconhecer a personalidade jurídica do embrião humano, em face do art. 3º que assim dispõe:

*Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidade Jurídica  
Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

Logo, se o embrião é pessoa, porque participa da natureza humana, também a ele deve ser reconhecida a personalidade.

O art. 4º, que trata do direito à vida, é o dispositivo que se refere explicitamente à situação dos conceitos e o mais freqüentemente invocado quando se trata de embasar a proteção do embrião humano no âmbito do Direito Internacional. Assim se expressa:

*Artículo 4. Derecho a la Vida*

*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (grifamos)*

Percebe-se, com isso, que tal disposição garante à proteção à vida humana desde o seu momento primordial, qual seja, a concepção.

Examinamos também a Declaração dos Direitos da Criança, proclamada em 20 de novembro de 1959 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A Declaração, composta por dez princípios, traz no terceiro parágrafo do Preâmbulo a seguinte disposição: “Considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, **antes e depois do nascimento (...)**”<sup>128</sup> (grifamos).

A partir de tal redação infere-se que as garantias expressas na Declaração são reconhecidas também aos seres humanos ainda não nascidos, o que parece ser uma consequência lógica e natural, uma vez que o documento visa proteger os interesses de quem se caracteriza pela “imaturidade física e mental” e que, portanto, se encontra em situação mais vulnerável. Ora, quem mais vulnerável do que o ser humano em seu estágio embrionário?

O quarto princípio da Declaração assim dispõe:

A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteções especiais, inclusive **adequados cuidados pré e pós-natais**. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas (grifamos).

Aqui vemos a confirmação de que a proteção destinada à criança contempla também a vida humana embrionária.

Mencionamos por fim a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. A Convenção repete, no Preâmbulo, o conteúdo da Declaração de 1959:

Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada **antes e depois do nascimento (...)**<sup>129</sup> (grifamos).

Além disso, o art. 1º da Parte I determina:

<sup>128</sup> O texto integral da Declaração encontra-se disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crianca/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>

Acesso em: 4 Agosto 2009.

<sup>129</sup> O texto integral da Convenção encontra-se disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crianca/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca.html>>

Acesso em: 4 Agosto 2009.

Para os efeitos da presente Convenção, entende-se por criança **todo ser humano** menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes (grifamos).

A respeito de tal disposição, Silmara Chinelato e Almeida afirma: “A dicção genérica ‘todo ser humano menor de dezoito anos’ fundamenta o entendimento de que alcança também o nascituro, com respaldo nos *Consideranda*, que expressamente aludem à necessidade da proteção jurídica apropriada também *antes do nascimento*”<sup>130</sup>. E, poderíamos acrescentar, fundamenta também o entendimento de que as garantias expressas na mencionada Convenção alcançam também o embrião humano, dada a sua inegável natureza e condição de ser humano.

Silmara Chinelato e Almeida relata ainda que a contemplação expressa do nascituro em convenções internacionais sobre direitos humanos tem sido discutida e proposta em congressos internacionais dos quais a autora participou<sup>131</sup>. Foi o caso do *I Seminário Internazionale su i Diritti del Nascituro*, promovido pelo *Centro di Bioetica e Diritti Umani dell'Università di Lecce* em Otranto, em julho de 1994. Nesta ocasião formulou-se uma Declaração sobre os Direitos do Nascituro, posteriormente proposta ao Parlamento e ao Governo italiano. Sobre tal episódio, Silmara Chinelato esclarece:

A idéia central que motivou a Declaração fundamentou-se na consideração de que não se fez ainda uma Declaração de Direitos do Nascituro, embora já tenham sido elaboradas Declaração dos Direitos da Criança (1959), Declaração sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1967) e Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971)<sup>132</sup>.

Logo, a proteção ao nascituro e conseqüentemente ao embrião humano é uma exigência que decorre do imperativo de proteção ao insuficiente. Tal imperativo, de natureza moral, mas também política, possui um fundamento de direito natural, o que Ives Gandra da Silva Martins esclarece ao afirmar que um dos atributos do direito natural à vida é o de

ser garantido, em suas insuficiências, contra a violência dos mais fortes, posto que a igualdade de todos os seres humanos perante a sociedade coloca-se à luz de suas desigualdades, substituídas pelo poder do Estado

<sup>130</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. *Obra citada*, p. 274.

<sup>131</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. *Obra citada*, p. 274-275.

<sup>132</sup> ALMEIDA, S. J. A. C. e. *Idem*, *ibidem*.

(...) O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido, e, principalmente, o direito à vida do insuficiente<sup>133</sup>.

#### 4.4 A NOVA LEI DE BIOSSEGURANÇA – LEI 11.105/2005

Atualmente, no Brasil, a única lei que trata expressamente da questão dos embriões excedentes é a já mencionada Lei 11.105/2005, a Nova Lei de Biossegurança, que padece de grave inconstitucionalidade, como passaremos a demonstrar.

O nosso estranhamento inicial diante do mencionado diploma se deveu ao fato de ser esta uma lei que “estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre Política Nacional de Biossegurança” e, ao mesmo tempo, dispõe sobre um tema, a reprodução humana assistida, que por sua natureza relevante e dignidade própria, mereceria ser tratado em um diploma legislativo específico. E, não obstante, um de seus aspectos mais cruciais, qual seja, a destinação dos embriões excedentes, é abordado “de carona” ou “de passagem” em uma lei voltada a normas gerais de biossegurança. Isto parece ser, no mínimo, de uma técnica legislativa criticável.

Como já relatamos, a Lei 11.105/2005 sofreu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI nº 3510, aforada pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, que impugnou o seu art. 5º, dispositivo que permite a utilização de células-tronco embrionárias de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e congelados há mais de três anos. O procedimento para retirada dessas células provoca necessariamente a destruição dos embriões. Em 29 de maio de 2008, a ação foi julgada improcedente no plenário do Supremo Tribunal Federal, que votou pela constitucionalidade do dispositivo, por maioria e nos termos do voto do relator, o Ministro Carlos Britto.

O preceito normativo que foi impugnado e mantido dispõe, *in verbis*:

---

<sup>133</sup> MARTINS, I. G. da S. Obra citada, p. 29.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data de publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A ADI nº 3510 apontou a violação da Constituição, pela inobservância do art. 5º, *caput*, que assegura a inviolabilidade do direito à vida, bem como do art. 1º, III, que institui a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Democrático de Direito.

A tese central da petição<sup>134</sup> elaborada por Cláudio Fonteles defendia o início da vida humana “na, e partir da, fecundação”. E para tanto suscitava, dentre outros, os ensinamentos do cientista Jérôme Lejeune, professor da Universidade de René Descartes, em Paris, estudioso da Genética e descobridor da Síndrome de Dawn:

Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato.

Apoiou-se também na lição de Darnival da Silva Brandão, médico especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina:

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. (...) Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental.

<sup>134</sup> O texto integral da petição inicial da ADI nº 3510 pode ser consultado em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>> Acesso em: 21 Julho 2008.

No que tange à utilização terapêutica das células-tronco, a petição se vale da explicação de Alice Teixeira Ferreira, Professora associada de Biofísica da Universidade Federal de São Paulo, para diferenciar duas realidades distintas, a das células-tronco embrionárias e a das células-tronco adultas:

As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provêm do embrião e porque são células-mãe do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião. As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue.

A ADI também evoca que a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora do que a pesquisa com células tronco-embrionárias, sendo que a primeira demonstra já resultados auspiciosos, do que não se tem notícia com a segunda. Apóia-se, nesse ponto, no depoimento de Damián Garcia-Olmo, Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autônoma de Madri, que relata o sucesso obtido no tratamento de pacientes portadores da enfermidade de Crohn, uma doença inflamatória intestinal, a partir de células-tronco autólogas, isto é, células-tronco adultas retiradas do próprio paciente.

Garcia-Olmo também menciona o trabalho revolucionário de Catherine Verfaillie, professora da Universidade de Minnesota:

*Hasta esse año (2002) era casi un dogma que las células madre adultas estaban tan diferenciadas que difícilmente serían útiles en terapia celular. Pero en julio de 2002 el grupo de investigación de la Universidad de Minnesota (USA) dirigido por la Profesora Catherine Verfaillie publicó en la revista Nature (una de las más prestigiosas de la literatura científica e extremadamente exigente a la hora de publicar resultados) un estudio en el que demostraba que células madre obtenidas de la medula ósea de los adultos podían diferenciarse en prácticamente todos los tipos celulares conocidos en el adulto y concluía diciendo que por tanto era la fuente de células ideal para el tratamiento de enfermedades degenerativas.*

Diante disso, encontra-se abalada e relativizada a aparente finalidade do dispositivo impugnado pela ADI n° 3510, qual seja, a de possibilitar o avanço das pesquisas científicas em prol da cura de enfermidades. Uma vez que se tem notícia, ou melhor, uma vez que se tem a demonstração científica de que é possível substituir, e de maneira ainda mais proveitosa, a terapia com células-tronco

embrionárias pela terapia com células-tronco adultas, não se deveria hesitar em abandonar um procedimento que carrega não só enormes riscos – tais como desenvolvimento de tumores, rejeição e necessidade de terapia imunossupressora – como também está eivado de contradições éticas, políticas e jurídicas.

Por conseguinte, entendemos, juntamente com a tese rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, que o art. 5º e parágrafos da Nova Lei de Biossegurança afrontam a inviolabilidade do direito à vida, uma vez que o embrião humano é vida humana, bem como atinge o fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, citamos o pensamento de Gonzalo Herranz, Diretor do Departamento de Humanidades Biomédicas da Universidade de Navarra, que figura entre os argumentos arrolados por Cláudio Fonteles no que tange à preservação da dignidade humana:

*El núcleo ético del argumento (favorável à destruição dos embriões excedentes) es este: no todos los seres humanos son iguales, pues unos tienen más valor y más dignidad que otros. En concreto, ciertos seres humanos, y los embriones congelados caducados se cuentan entre ellos, valen muy poco y podemos intercambiarlos por cosas más valiosas. No tienen nombre, ni son personas como las otras. Están condenados a morir y nadie los llorará ni celebrará funerales por su muerte, inevitable y autorizada por la Ley.*

*Pero, como demócratas, se ha de replicar que no es justo ni razonable dividir a los seres humanos en grupos de valor diferente. Los embriones sobrantes son, ante todo, hijos, que forman parte de una familia. Formaban parte de un grupo de hermanos. De ellos, unos fueron considerados dignos de ser transferidos al seno de su madre y son ahora niños llenos de alegría de vivir. Pero, por un azar trágico, los otros fueron dejados de lado.*

*La humanidad ha madurado trabajosamente la idea de que a todos los miembros de la familia humana se ha de conferir la misma dignidad, aunque sus ideas o su apariencia difieran radicalmente de las propias.*<sup>135</sup>

A situação absurda em que se encontram os embriões humanos congelados não nos pode deixar indiferentes, sob pena de corroer os instrumentos jurídicos e políticos voltados à preservação da dignidade da pessoa humana, tão cara e necessária a uma sociedade mais justa e igual. A preocupação pela tutela dos mais vulneráveis certamente contribui para a promoção humana individual e coletiva. A tutela da vida humana na fase embrionária não consiste num tema exclusivamente e

<sup>135</sup> Gonzalo Herranz. El sacrificio de prisioneros de guerra y los embriones congelados, *Diario Medico*, 6.11.02, citado na ADI nº 3510.

nem eminentemente religioso, como alguns, no intuito de desqualificar a tese da inviolabilidade da vida humana embrionária, têm erroneamente apontado. A questão do direito à vida, ainda que tangencie a esfera religiosa, insere-se no âmbito antropológico, científico, filosófico e jurídico, de tal modo que cumpre papel central em uma sociedade democrática.

Afinal, como defende o jornalista Carlos Alberto Di Franco, em artigo que versa sobre a pressão política e legislativa em favor da descriminalização do aborto e a posição contrária mantida, corajosamente, por determinados políticos do atual cenário brasileiro, “um embrião e um feto são também uma pessoa, tanto do ponto de vista científico como filosófico”, de modo que, conclui o autor

Defender os direitos de um feto é a mesma coisa que defender uma pessoa contra uma injusta discriminação, a discriminação dos que pensam que existem alguns seres humanos que devem ser sacrificados por um bem maior. Aí está exatamente o cerne da questão, que nada tem a ver com princípios religiosos e nem com a eventual crença na existência da alma.<sup>136</sup>

Historicamente, conhecemos e experimentamos os resultados catastróficos de se considerar, inclusive com respaldo na legislação, algumas pessoas como seres infra-humanos, reduzindo-as a objetos de direito e ao *status* de coisa. É no mínimo uma exigência democrática, e antes de tudo é uma exigência da dignidade humana, lutar para que a vida humana seja preservada e respeitada em todas as suas formas, a começar pela forma embrionária.

---

<sup>136</sup> DI FRANCO, Carlos Alberto. PT pune liberdade de expressão. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 5 de outubro de 2009, Opinião, p. 2.

## 5. DIREITO À PROCRIAÇÃO VERSUS PROTEÇÃO AO EMBRIÃO HUMANO – QUESTIONAMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS

“Um filho é como um espelho no qual o pai se vê, e, para o filho, o pai é por sua vez um espelho no qual ele se vê no futuro.” Sören Kierkegaard

### 5.1 O DIREITO À PROCRIAÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Quanto à compreensão acerca da existência de um “direito à procriação”, encontramos um espectro que varia entre o entendimento de que não há que se falar em tal direito, mas apenas em um “desejo de reprodução” insuficiente para configurar um direito, até a posição radicalmente oposta, que defende a existência de um direito de procriar (e de não procriar) praticamente incondicionado, como um dos aspectos do direito de privacidade<sup>137</sup>.

Para os que afirmam inexistir um direito à procriação, a reprodução consistiria antes em uma faculdade, que pode ou não ser exercitada, pois caso fosse tomada como um direito correr-se-ia o risco da instrumentalização do filho, transformado em simples objeto do desejo dos pais. Manifesta-se, nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite:

Este “direito” invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. (...) Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este *handicap* e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. (...) Na realidade, não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para ajudar o semelhante (estéril) a ter um.<sup>138</sup>

Fernando Araújo, jurista português, coloca-se entre os que questionam e problematizam a existência de um verdadeiro direito à procriação. O autor expõe um

<sup>137</sup> Tal entendimento tem origem na doutrina norte-americana que se desenvolveu a partir do caso *Roe v Wade*, de 1973, em que a Suprema Corte dos EUA entendeu haver um “direito ao aborto” abrigado no âmbito de proteção do “direito à privacidade”. Apud ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, p. 12-15.

<sup>138</sup> LEITE, E. de O. *Procriações artificiais e o direito*, p. 356.

roteiro das principais dúvidas e questões que podem perturbar o reconhecimento taxativo desse direito:

Novamente se dirá que a liberdade de procriar é um *interesse* muito relevante, mas que a sua promoção a *direito* pode suscitar questões melindrosas: por exemplo, terá uma mulher casada o direito de procriar, ou de deixar de procriar, contra a oposição do marido (independentemente das incidências de uma decisão de não procriar em matéria de divórcio)? Terão os portadores de doenças genéticas e contagiosas graves o direito de procriar? Poderá reconhecer-se um direito de procriar a adultos incapazes – por exemplo, em caso de deficiência psíquica que impede o consentimento esclarecido? E se a resposta for afirmativa, poderá porventura admitir-se que os menores ou os incapazes tenham acesso às técnicas de procriação assistida, ou possam disputar com os demais a afectação de recursos públicos para apoio dessas técnicas?<sup>139</sup>

O autor admite a existência de um direito fundamental à procriação como um reflexo do impedimento da esterilização como sanção penal, ou como medida de segurança, bem como da penalização das ofensas corporais que causam uma esterilização. Contudo, defende que no âmbito da reprodução assistida, em que “se procura a retificação artificial do curso espontâneo da vida, é descabido falar-se de ‘direitos inerentes’, ou ‘naturais’.”<sup>140</sup> Desse modo, quanto à existência de um direito a procriar, que o autor toma como duvidoso, na medida em que está ligado a um “dom da natureza”, deve-se reconhecer que tal direito estará sempre “contingentemente dependente da mobilização dos meios sem os quais o resultado da procriação seria tão freqüentemente impossível.”<sup>141</sup>

Dentre os que admitem a existência do direito à procriação, a posição mais radical se encontra na doutrina norte-americana, segundo a qual esse direito teria fundamento na liberdade pessoal, por sua vez tutelada pela Constituição Americana, e seria um dos aspectos do *right of privacy*.<sup>142</sup>

Entende-se que o direito à procriação comporta dois aspectos: um negativo e outro positivo. O seu conteúdo negativo consiste na defesa, reconhecida ao indivíduo, contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado ou de outro indivíduo, da liberdade de procriar ou não. Já o seu conteúdo positivo diz respeito ao

<sup>139</sup> ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, p. 19.

<sup>140</sup> ARAÚJO, F. *Obra citada*, p. 20.

<sup>141</sup> ARAÚJO, F. *Obra citada*, p. 21.

<sup>142</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). *Grandes temas da atualidade – bioética e biodireito*, p. 157.

“direito de desenvolver em concreto a função de genitor”<sup>143</sup>, isto é, de efetiva participação na fundação de uma família.

Assim, por um lado, há os que admitem o “direito de fundar uma família” como uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade, porém não classificam a função procriadora na categoria de direito fundamental. Entretanto, após a Conferência Internacional do Cairo de 1994, que se ocupou de questões atinentes a população e desenvolvimento, e de Pequim de 1995, que se voltou às mulheres, cunhou-se a expressão “direitos reprodutivos”, entendidos como verdadeiros direitos fundamentais ou humanos.

Em síntese, esses direitos reprodutivos se expressam na liberdade de “decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”<sup>144</sup>. No entanto, verifica-se que as políticas públicas voltadas à sua implementação focam-se quase que exclusivamente no aspecto negativo da faculdade de reprodução e limitam-se à disponibilização dos métodos contraceptivos. Contudo, a difusão das técnicas de reprodução assistida trazem à cena o aspecto positivo dos direitos reprodutivos.

Entretanto, ainda que se admita a existência de um verdadeiro direito à procriação, e que se entenda que a sua elaboração mais acurada parte do reconhecimento dos direitos reprodutivos, é fundamental considerar que tal direito, ou faculdade, produz repercussões que extrapolam a esfera dos interesses do indivíduo e geram implicações éticas e jurídicas a outrem: a criança. Ou, nas palavras de Heloisa Helena Barbosa:

Os efeitos do ato de geração não se restringem ao desejo, à esfera de interesses de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interfere de modo decisivo em outro: em outras palavras, ao se reconhecer o direito à procriação é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho, também internacionalmente reconhecidos.

**Indispensável, portanto, registrar que a admissão do direito à procriação, em seus aspectos positivo e negativo, longe está de conferir-lhe caráter absoluto.**<sup>145</sup> (Grifamos)

Ou seja, admitindo-se um direito à procriação, este será sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, pelo respeito à sua dignidade e pela tutela à

<sup>143</sup> BARBOSA, H. H. Obra citada, p. 157.

<sup>144</sup> BARBOSA, H. H. Obra citada, p. 158.

<sup>145</sup> BARBOSA, H. H. Obra citada, p. 159.

sua personalidade. Essa tutela se expressa, primordialmente, na garantia do acolhimento da criança por uma família composta pela dupla imagem de genitores, materna e paterna, do que derivam as ressalvas encontradas, em boa parte da doutrina, quanto à possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida por mulheres solteiras e casais homossexuais.

Sobre essa questão, de quem pode ou quem não deve buscar a reprodução assistida, não analisaremos o mérito. Mencionamos apenas, a título de ilustração, o posicionamento e o panorama delineado por João Álvaro Dias, jurista português:

Uma coisa parece, apesar de tudo, absolutamente irrefutável, a saber: independentemente de haver ou não casamento é salutar que a criança se desenvolva numa família em que se verifique a presença de pai e mãe, considerando-se assim indesejável quer a família monoparental quer as uniões de homossexuais, que no passado recente têm vindo a lograr obter enquadramento jurídico nalguns países.

Semelhante ponto de vista é sufragado pelo Relatório Warnock (...): *"... We believe as a general rule it is better for children to be born into a two parent family, with both father and mother..."*

No mesmo sentido se pronunciou já a American Fertility Society ("Ethical Considerations of the New Reproduction Technologies"), 1986, p. VII, ao afirmar:

*"... generally speaking, a married heterosexual couple in a stable relationship provides most appropriate environment for the raising of a child. (...) couples or individuals who are not married may, in certain circumstances, assert a moral right to be parents and may be appropriate candidates..."*

Um pouco mais permissivo, ao menos na sua formulação, se revela o "Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters", elaborado pela "Ontario Law Reform Commission", segundo o qual (recom. 5): *"Eligibility to participate in an artificial conception programme should be limited to stable single women and to stable men and stable women in stable marital or nonmarital unions"*.

Também uma proposta de lei apresentada em França em 1978 ("Proposition de Loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation") se pronunciava no sentido de ser permitido à mulher não casada, com mais de 23 anos e desde que não tivesse filhos, poder recorrer à inseminação artificial (art. 9º). Tal artigo acabaria todavia por ser retirado numa fase posterior (...).

Entre nós o "Projecto sobre a Utilização de Técnicas de Procriação Assistida" toma uma posição que parece de aplaudir, segundo a qual as técnicas "só podem ser utilizadas em benefício de pessoas maiores de dezoito anos e não interditas por anomalia psíquica, que sejam casadas e não estejam separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto ou que vivam em comunhão de leito, mesa e habitação em condições análogas às dos cônjuges" (art. 6º).

Numa palavra, consagra-se o primado da família biparental embora tal família não tenha que ser, necessariamente, expressão do casamento.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 310, nota 166.

No ordenamento jurídico brasileiro reconhece-se o direito ao planejamento familiar, em nível constitucional (art. 226, § 7º), como de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado, na redação do texto constitucional, “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

A lei 9.263 de 1996, que regulamentou o referido dispositivo constitucional, declara ser o planejamento familiar direito de todo cidadão (art. 1º) e o entende como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, proibindo a sua utilização para qualquer tipo de controle demográfico (art. 2º e § único).

Inserir-se o planejamento familiar nas ações de atendimento global e integral à saúde e, nesse sentido, obriga-se o Sistema Único de Saúde a garantir a assistência à concepção e à contracepção (art. 3º, *caput*, § único e inciso I). Para tanto, isto é, para o livre exercício do planejamento familiar, “serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 9º).

Os mencionados dispositivos apresentam tanto a chamada feição negativa quanto a feição positiva do direito ao planejamento familiar, ou seja, abrangem tanto a contracepção como a concepção, reconhecendo-as como verdadeiros direitos a serem tutelados pelo Estado. E é no aspecto positivo do planejamento familiar que se desenrola o debate acerca do direito à procriação e do acesso às técnicas de reprodução assistida como uma forma de efetivação desse direito.

No entanto, como já destacamos, o direito ao planejamento familiar não há de ser absoluto, pois, como bem esclarece Heloisa Helena Barbosa,

a análise, em particular a jurídica, das disciplinas e ações relativas ao planejamento familiar deve sempre levar em conta, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável em que se fundamenta, especialmente os princípios: da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (CF/88, art. 226, § 5º); o do melhor interesse da criança e do adolescente (CF/88, art. 227); o da plena igualdade entre os filhos (CF/88, art. 227, § 6º); o do acesso universal e igualitário às ações e

serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF/88, art. 196).<sup>147</sup>

Pela redação do art. 227, *caput*, da Constituição, deve ser assegurado *com absoluta prioridade* à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à convivência familiar e à dignidade, dentre outros. Decorre disso, como conclui Heloisa Helena Barbosa, que “o direito ao planejamento familiar encontra forte limite no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”<sup>148</sup>, de modo que, havendo colisão de princípios, que poderá manifestar-se num confronto entre o discutível direito à procriação e a tutela da vida humana artificialmente gerada, deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança.

Ou seja, entendemos que aos embriões humanos, como destinatários da tutela jurídica à personalidade humana, cabe também a proteção por meio do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que este princípio, que pelo artigo 227, CF, adquire dignidade constitucional, pode ser considerado uma forma de tutela específica dos direitos da personalidade daqueles que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade. Isto é, justamente daqueles que por sua imaturidade física e psicológica necessitam de maior proteção por parte da sociedade, e quem mais vulnerável do que o ser humano em sua fase embrionária?

Sobre esse dever do Estado, e da sociedade, de proteção aos mais vulneráveis, Ives Gandra da Silva Martins o entende como uma conseqüência do direito natural à vida:

O principal dos atributos (do direito natural à vida) está em ser garantido, em suas insuficiências, contra a violência dos mais fortes, posto que a igualdade de todos os seres humanos perante a sociedade coloca-se à luz de suas desigualdades, substituídas pelo poder do Estado, capaz de reconhecer as leis naturais e criar as leis positivas de salvaguarda e segurança.

(...)

O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido, e, principalmente, o direito à vida do insuficiente.<sup>149</sup>

O autor se fundamenta nas concepções de Sócrates e Platão, para quem cabe à sociedade, e em última análise ao Estado, igualar os desníveis e suprir as desigualdades. E, desse modo, o forte adaptado a uma sociedade em que os fracos

<sup>147</sup> BARBOSA, H. H. Obra citada, p. 161.

<sup>148</sup> BARBOSA, H. H. Obra citada, p. 163.

<sup>149</sup> MARTINS, I. G. da S. Obra citada, p. 29.

têm dignidade seria mais feliz do que se vivesse em uma que os escravizasse e dominasse e em que se perdesse a relação de convivência entre seres humanos.<sup>150</sup>

Logo, o princípio do melhor interesse da criança deve, por derivação lógica, proteger os mais vulneráveis dentre os vulneráveis, o que veda qualquer ato de instrumentalização, experimentação ou destruição dirigido contra o embrião humano.

O princípio da plena igualdade entre os filhos, por sua vez, se levado às últimas conseqüências, também impõe à tutela aos embriões artificialmente gerados, pois na medida em que veda o tratamento desigual entre os filhos proíbe qualquer espécie de seleção ou discriminação entre os embriões a serem implantados. A bem da verdade, o princípio da plena igualdade entre os filhos, tal como o princípio do melhor interesse da criança, enseja a obrigação de garantir a todos os embriões *in vitro* a implantação e a possibilidade do nascimento.

Diante do exposto, verifica-se que o direito à procriação, ou pelo menos certas concepções de tal direito, podem conduzir a práticas de instrumentalização da vida humana embrionária, o que se tem como inadmissível perante as garantias constitucionais fundadas no princípio da dignidade humana e perante a tutela, de fundamento também constitucional, da personalidade humana.

Em face disso nos questionamos sobre o posicionamento mais adequado acerca da realidade dos embriões excedentes. A prática da crioconservação de embriões já não seria, por si só, uma afronta à personalidade humana, ao princípio do melhor interesse da criança, da plena igualdade entre os filhos e, por fim, da dignidade da pessoa humana? Não seria uma instrumentalização da vida humana, condenável do ponto de vista jurídico e ético?

## 5.2 SOBRE A DOAÇÃO – OU ADOÇÃO – DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

Como já manifestamos no capítulo anterior, o direito ao nascimento é uma modalidade específica do direito à vida. Admitindo-se que a tutela jurídica da personalidade humana se estende aos embriões, porque partilham da mesma

---

<sup>150</sup> Tais idéias são retratadas no diálogo *Gorgias*, de Platão, em que Sócrates tem de responder a Cálicles, que entende ser de Direito Natural os fortes dominarem os fracos, uma vez que cada um teria direito aos seus atributos (os fracos à fraqueza e os fortes à fortaleza) e não caberia ao Estado suprir o fraco contra o forte, pois isso se oporia à natureza das coisas. Diante disso, Sócrates expõe a concepção oposta, do Estado como protetor natural do insuficiente. Apud MARTINS, I. G. da S. Obra citada, p. 29.

humanidade e dignidade dos seres humanos já nascidos, deve-se reconhecer-lhes o direito inalienável ao nascimento, uma consequência ou, talvez mais propriamente, um pressuposto do direito à vida.

É o entendimento de Paulo Otero, jurista português, para quem se pode falar num verdadeiro direito fundamental ao nascimento:

A todo embrião humano deve reconhecer-se, em consequência da inviolabilidade do valor da vida humana e do respeito pela dignidade humana, o **direito fundamental ao nascimento**, gozando os embriões fecundados *in vitro* de um "direito á implantação uterina" e do subsequente "direito à gestação": a destruição de embriões excedentários será sempre a aniquilação de uma forma de vida humana (...).<sup>151</sup> (Grifamos)

Dessa forma, o autor conclui que não é lícito efetivar o direito à gestação de um embrião em detrimento de outros, como ocorre quando se gera de forma deliberada embriões excedentários, a fim de aumentar as chances de sucesso do procedimento de reprodução assistida. Isso porque "se todas as formas de vida humana gozam de uma idêntica garantia de inviolabilidade, o prosseguir da vida de um embrião nunca justifica o aniquilamento da vida de todos os outros."<sup>152</sup> Portanto, Paulo Otero compreende como única solução admissível "que a fecundação *in vitro* não deva gerar a criação de forma deliberada de embriões excedentários e que, em princípio, todos os embriões resultantes da fecundação *in vitro* devam ser transferidos para o útero, não sendo permitida a respectiva destruição."<sup>153</sup> E defende ainda que:

neste âmbito se deve entender que a crioconservação de embriões apenas se justifica quando não for possível a respectiva transferência para o útero – salvaguardando-se, deste modo, a vida dos embriões perante situações em que o estado de saúde da mulher não permite, de momento, a respectiva implantação –, sendo totalmente interdita, em qualquer caso, todavia, a comercialização de tais embriões.<sup>154</sup>

Nesse sentido, tampouco se mostra possível, quer dizer, lícito, a destinação dos embriões excedentes à pesquisa, pois ainda que a finalidade da experimentação científica com embriões fosse o benefício de outras vidas humanas, tal prática não deixaria de ser uma instrumentalização do ser humano, que é sempre um fim em si

<sup>151</sup> OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, p. 50.

<sup>152</sup> OTERO, P. Obra citada, p. 53.

<sup>153</sup> OTERO, P. Obra citada, p. 53-54.

<sup>154</sup> OTERO, P. Obra citada, p. 54.

mesmo. Sobre esse tema, Stela Neves Barbas marca posição de maneira contundente:

A pretensa lógica de privilegiar o conjunto da Humanidade em relação a qualquer ser em concreto abre caminho a uma dinâmica própria e independente, possivelmente incontrolável, o que desde logo coloca em risco a dimensão histórica da personalidade e do seu sentido de identidade. (...) Parece já fora de dúvida que a intervenção só é legítima quando acarreta benefícios para o próprio embrião; caso contrário o respeito da alteridade, da singularidade e da liberdade do homem é violado.<sup>155</sup>

Diante disso, da ilicitude e ilegitimidade da utilização dos embriões excedentes nas pesquisas científicas, questão que esteve no centro das discussões travadas por conta da ADI nº 3510, permanece a dúvida sobre qual vem a ser a destinação mais adequada para esses embriões. A resposta estará inevitavelmente atrelada ao estatuto jurídico que se lhes reconhece. Tidos como coisas ou objetos de direito, nada obsta a que seus genitores venham a autorizar sua destruição ou seu emprego em pesquisa e experimentações, tal como propugna a Lei 11.105/2005 (Nova Lei de Biossegurança) em seu artigo 5º. Contudo, se atendidos os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida, também consagrados em diplomas normativos internacionais, e se adotado o posicionamento que reconhece no embrião humano, desde a concepção, um centro de imputações jurídicas, isto é, um sujeito de direito, é forçoso admitir-lhe o direito ao nascimento.

Entretanto, no plano prático tal conclusão faz surgir alguns problemas de proporções assustadoras. Em primeiro lugar, como garantir que todos os embriões atualmente em estado de crioconservação tenham efetivado o seu direito a nascer? Depois, como fazê-lo no caso dos embriões inviáveis?

Com relação à inviabilidade, deve-se frisar que esta não pode ser aferida com certeza absoluta, pode-se simplesmente calcular as probabilidades de um embrião implantado vir a se desenvolver com sucesso. Desse modo, qualquer forma de pré-seleção dos embriões a serem ou não implantados carrega uma alta e perigosa dose de arbitrariedade. Depois, a própria noção de viabilidade, como critério valorativo, pode ser questionada. Ao tratar da viabilidade do nascituro, Fernando Araújo pondera, de forma inteligente e algo polêmica, que a proteção jurídica deveria

---

<sup>155</sup> BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Apud GARCIA, Maria. *Limites da ciência – A dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*, p. 169.

ser ainda maior exatamente nas situações em que o feto fosse menos viável, e em seguida acusa que

a sugestão de que não há defesa de uma vida “inviável” toma o conceito de viabilidade o conceito supremo, o que justificaria igualmente a eliminação de todos os nascidos inviáveis, sendo a eutanásia activa e generalizada a todos os casos de “falta de perspectivas de futuro” (...)<sup>156</sup>

Incorre-se no mesmo risco ao se utilizar o critério da viabilidade para decidir do destino dos embriões crioconservados. Além do mais, novamente nas palavras de Fernando Araújo:

a viabilidade é um simples conceito descritivo – se é que, na sua convencionalidade, descreve o que quer que seja –, e não há uma razão para se fazer seja o que for, uma base valorativa ou prescritiva, e que por isso mesmo é que nos devemos abster de considerar que a inviabilidade de uma pessoa já nascida é razão para se tomar alguma atitude perante ela.<sup>157</sup>

Apesar de aqui o autor criticar o uso do critério da viabilidade para valorar e prescrever condutas em relação às pessoas já nascidas, entendemos que crítica semelhante cabe ao caso de se aplicar o mesmo critério para decidir a conduta que se deve ter perante os embriões humanos. Mesmo porque a viabilidade, na medida em que é, até certo ponto, um conceito convencional, não é axiologicamente neutra.

Ana Cristina Rafful entende que se devem eliminar não só as possibilidades de extermínio dos embriões excedentes, mas também as de criopreservação, “por tratar-se de técnica recente, cujas conseqüências exatas ainda não podem ser aquilatadas, isto sem contar que muitos casais rejeitam os embriões que passaram pelo processo de crionização”<sup>158</sup>. Além disso, como colocamos acima, a criopreservação ou o congelamento consiste, por si só, numa intolerável instrumentalização da vida humana. Sobre este tema, Lee M. Silver, professor da Universidade de Princeton (EUA), que não adere ao entendimento de que o embrião humano possui a mesma natureza e dignidade que um ser humano nascido, traça as seguintes considerações, interessantes e polêmicas:

Há um uso final da criopreservação que é mais político do que médico. Como evidência da sua importância, ele foi, na realidade, o primeiro da lista

<sup>156</sup> ARAÚJO, F. *Obra citada*, p. 14.

<sup>157</sup> ARAÚJO, F. *Idem, ibidem*.

<sup>158</sup> RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*, p. 66.

de um artigo de Alan Trounson, um pioneiro australiano da tecnologia reprodutiva e o primeiro a facilitar o nascimento de um bebê a partir de um embrião congelado. Trounson diz em seu artigo que a criopreservação oferece 'uma solução para a coleta de ovócitos em excesso e para o desenvolvimento de mais embriões do que os necessários para transferência na FIV em seres humanos'. Em outras palavras, para se evitar matar embriões, você pode congelá-los... para sempre. Embriões humanos ocupam pouco espaço e bilhões – literalmente – podem ser armazenados num tanquinho de nitrogênio líquido. Com criopreservação, você pode dizer honestamente para os políticos que sua clínica não produz intencionalmente a morte de embriões durante um processo de FIV.<sup>159</sup>

O problema é que, mesmo que se afirme, e se acredite, que a morte desses embriões criopreservados não é produzida intencionalmente, ainda assim tais embriões são submetidos a um procedimento que expõe as suas vidas a um risco inaceitável para um ser humano. Quer dizer, trata-se, de toda forma, de instrumentalização da vida humana, o que involuntariamente se revela nas palavras do pesquisador: “embriões humanos ocupam pouco espaço”...

Em face disso, Ana Cristina Rafful, que defende o fim do emprego da técnica de criopreservação, apresenta como uma possível resposta ao problema a **doação** dos embriões excedentes:

A ciência deve conjugar a esterilidade feminina e masculina por ausência de óvulos e espermatozoides, oriundos de doenças hereditárias o que ensejará a doação de embriões por um outro casal, com os casais que recorrem às técnicas de procriação assistida (...).

(...)

Desta forma os casais que se submetessem a tais práticas poderiam optar entre a implantação de todos os embriões excedentes configurando, portanto, uma **adoção pré-natal** devidamente regulamentada pelo Código Civil, eliminando-se o problema do destino a ser dado àqueles embriões que não chegam a ser implantados no útero materno.<sup>160</sup> (Grifamos)

A proposta nos parece no mínimo interessante. A autora sustenta que se deve falar em **adoção pré-natal** ao invés de **doação de embriões** porque o conceito humano, tido como sujeito de direito, não pode ser objeto de uma relação contratual<sup>161</sup>.

Solução semelhante parece apontar Fernando Araújo, ao dispor:

Em todo caso, a não se admitir a finalidade da experimentação como justificção para a criação de embriões ou para o aproveitamento dos excedentários, a solução ideal seria a de que todos os pré-embriões fossem

<sup>159</sup> SILVER, Lee M. *De volta ao Éden*, p. 93.

<sup>160</sup> RAFFUL, A. C. Obra citada, p. 69.

<sup>161</sup> RAFFUL, A. C. Obra citada, p. 71.

implantados, e não destruídos; e que, se por motivos ponderosos não pudessem ser todos implantados, fossem congelados e reutilizados num prazo máximo pelo casal, após o que seriam destinados a outro casal, por consentimento dos dadores ou por decisão judicial.<sup>162</sup>

No entanto, ainda que se possa celebrar a doação ou a adoção como uma possível solução ao espinhoso problema dos embriões excedentes, deve-se ter em conta que tal solução possui caráter meramente paliativo. Quer dizer, é uma resposta a uma realidade já existente e irreversível, porém não elimina o problema da geração de embriões sem destinação certa, cuja origem está na prática da reprodução humana assistida. Está na geração artificial e na crioconservação de embriões humanos, as quais, a nosso ver, são intoleráveis por si mesmas, uma vez que, para alcançar uma finalidade em si boa e lícita, a geração de um filho, utilizam-se de meios ilícitos, tais como a manipulação e a destruição da vida humana embrionária.

Além disso, corre-se o risco de justificar a crioconservação sob o argumento de que já se pensou em um destino adequado aos embriões excedentes, a doação ou adoção. No entanto, da mesma forma que não se pode aceitar ou justificar o abandono de crianças sob o argumento de que há casais dispostos a adotá-las, não se pode aceitar a crioconservação de embriões humanos, a qual não deixa de ser, tal qual o abandono de crianças, uma exposição condenável, e por que não dizer criminosa, da vida desses embriões.

Isso não significa que não se possa, ou antes, que não se deva fomentar a doação/adoção de embriões como uma resposta imediata a um problema urgente, porém deve-se esclarecer que tal resposta não é a solução definitiva ao problema. A solução definitiva está na proibição da geração de embriões excedentes. E se isso não for possível no atual estágio das técnicas de reprodução assistida, então deve-se abrir mão das técnicas que têm por resultado a geração de embriões excedentes, uma vez que, como vimos, a reprodução assistida e o discutível direito à procriação encontram seus limites no princípio do melhor interesse da criança. Deve, portanto, prevalecer a tutela ao mais vulnerável.

---

<sup>162</sup> ARAÚJO, F. Obra citada, p. 58.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho retornamos à questão de que tratamos em seu início, e na qual se encontra a gênese do problema que nos propusemos a enfrentar, qual seja, a questão da reprodução humana assistida, cuja prática enseja o dilema, que ainda está a demandar uma solução satisfatória, dos embriões humanos excedentes.

Ao tratarmos da reprodução humana assistida, procuramos investigar as motivações sociais e individuais que impulsionam a recorrência a tais técnicas. Nisso nos chamou a atenção a contradição presente na coexistência, por um lado, de uma “mentalidade anti-vida” – que valoriza a contracepção como uma importante conquista e por vezes reivindica o aborto como um direito e uma forma de contracepção – e, por outro lado, de uma visão depreciativa da esterilidade. Desta contradição deriva boa parte dos elementos que pautam a discussão acerca da efetiva existência de um “direito à procriação”.

Ao assumir que se devem tutelar certos direitos denominados “reprodutivos”, tanto negativa (através da contracepção) quanto positivamente (através do acesso a todos os meios disponíveis à concepção), a sociedade corre o risco da instrumentalização da vida humana embrionária, o que acarreta um *déficit* à luta pela proteção da vida humana como um todo.

A avaliação biomédica acerca da origem e desenvolvimento do embrião, bem como as recentes contribuições da genética, nos conduziram à conclusão de que o embrião é, desde o momento da concepção, um ser humano *atual* e não meramente *potencial*. Qualquer tentativa de transferir o momento em que ele adquire caráter humano para depois do instante da concepção revela-se eivada de arbitrariedade e de interesses de ordem política. O fato indiscutível é que desde a concepção existe um ser que é geneticamente único, pertencente à espécie humana, e que, uma vez fornecidas as condições necessárias e indispensáveis ao seu desenvolvimento, terá a possibilidade de se tornar um indivíduo humano adulto. Qualquer interferência que venha a impedir ou retardar esse processo, e a própria possibilidade de qualquer interferência nesse sentido, não excluem ou destituem o caráter humano do embrião, mas antes representam uma afronta a esse caráter.

Diante disso, no que diz respeito ao reconhecimento da personalidade jurídica do embrião humano, entendemos como mais adequada e coerente a chamada

*teoria concepcionista*, pela qual a personalidade jurídica tem início com a concepção. Entendemos que os direitos pessoais, dentre os quais o direito a nascer, existem plenamente desde então, ao passo que os direitos de natureza patrimonial ficam **resolutivamente** condicionados ao nascimento **sem vida**. Isto porque a personalidade jurídica deve ser tida como consequência irrefutável da inalienável qualidade de ser humano do embrião.

Localizamos a tutela ao embrião humano no Direito Brasileiro no reconhecimento e proteção aos direitos de personalidade, na criminalização do aborto e nos diplomas normativos internacionais dos quais o Brasil é signatário – o Pacto de São José da Costa Rica, a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Entendemos que a Lei 11.105/2005, a Nova Lei de Biossegurança, padece de inconstitucionalidade em seu artigo 5º, dispositivo que permite a utilização de células-tronco embrionárias de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e congelados há mais de três anos. Tal dispositivo, como propugnado pela ADI nº 3510, representa uma afronta à inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF) e à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Por fim, parece-nos que não cabe falar em um “direito à procriação”, ao menos não como um direito a obter a todo custo, através das técnicas de reprodução assistida, o filho desejado. Pois do contrário inevitavelmente cairíamos numa instrumentalização da criança, que deve ser desejada e acolhida não como um meio de satisfação dos interesses, ainda que legítimos, de seus pais, mas como um fim em si mesma. E, para tanto, o direito à reprodução só pode ser entendido, num sentido negativo, como a defesa contra qualquer privação ou limitação à liberdade de procriar ou não. E, num sentido positivo, como o direito a exercer, no âmbito das faculdades concedidas pela natureza, a efetiva fundação de uma família.

Dessa forma, no que tange à proteção à vida humana embrionária, e sem proceder a uma valoração ética das técnicas de reprodução assistida em si mesmas, deve-se rechaçá-las na medida em que provocam a geração de embriões excedentes e os expõem a tratamentos não condizentes com a sua dignidade de seres humanos, tais como a crioconservação, o descarte ou a utilização em pesquisas. Aos embriões já existentes em estado de crioconservação, a única solução aceitável e compatível com a dignidade humana nos parece ser a doação a ou a adoção por casais inférteis.

**BIBLIOGRAFIA**

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

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito – A norma da vida*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DI FRANCO, Carlos Alberto. PT pune liberdade de expressão. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 5 de outubro de 2009, Opinião, p. 2.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência – A dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

JOÃO PAULO II. Exortação Apostólica *Familiaris Consortio*, 22 de novembro de 1981: AAS 74 (1992).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 6 ed. Série Métodos em Direito, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 29, p. 121-146, 1996.

\_\_\_\_\_. *Procriações Artificiais e o Direito – Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do Direito Natural à Vida. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 623, p. 27-30, set. 1987.

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

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Da pessoa ao embrião: diferença e similitude no estatuto jurídico do ser. Curitiba, 1999, 316 f. Tese (para a obtenção do grau de doutor em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

MOORE, Keith L. e PERSAUD, T. V. N. *Embriologia Clínica*. Tradução de Maria das Graças Fernandes et al., 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elviesier, 2004.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San Jose, disponível em: <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em: 23 Julho 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em: 19 Abril 2009.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – Fundamentos e ética biomédica*. Tradução: Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da. *Conceito Constitucional de Dano Moral: O Desrespeito pela Dignidade Humana*. São Paulo, 2002, 501 f. Tese (para obtenção do título de Doutor em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SILVER, Lee M. *De volta ao Éden*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Mercuryo, 2001.

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

SZANIAWSKI, E. O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 8, p.83-107, out./dez, 2001.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do conceito humano na era da biotecnologia*. Curitiba, 2003, 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e Universidade de Passo Fundo, p. 12.

WATSON, James D. *DNA: o segredo da vida*. Tradução: Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.