

# **A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO ÉTICO-JURÍDICA PARA A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS**

**Patrícia Leite Pereira da Silva**

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>1. BREVE ABORDAGEM SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....</b>  | <b>4</b>  |
| 1.1 O PROBLEMA HISTÓRICO DA FECUNDIDADE E A EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS DE PROcriações ARTIFICIAIS ..                  | 4         |
| 1.2 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA).....  | 6         |
| 1.2.1 Inseminação Artificial (IA) .....  | 6         |
| 1.2.2 Fertilização In Vitro (FIV) .....  | 8         |
| 1.2.3 Transferência Intratubária de Gametas (GIFT).....  | 8         |
| 1.2.4 Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT) .....  | 9         |
| 1.3 PROBLEMAS ÉTICOS E JURÍDICOS DECORRENTES DAS TÉCNICAS DE RHA. ....   | 9         |
| <b>2. GARANTISMO CONSTITUCIONAL E AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....</b>                     | <b>15</b> |
| 2.1 A CONTEMPORÂNEA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....   | 15        |
| 2.1.1 A normatividade constitucional.....  | 15        |
| 2.1.2 A Constituição Federal de 1988 e o Direito Civil Brasileiro.....   | 19        |
| 2.1.3 Colisões entre princípios e direitos fundamentais constitucionais e a técnica da ponderação. ....          | 21        |
| 2.2 OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DIRETAMENTE LIGADOS ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ..... | 23        |
| 2.2.1. Princípio da Dignidade Humana.....  | 23        |
| 2.2.1.1. Direito a Vida .....  | 26        |
| 2.2.2. Direito de Gerar.....   | 31        |
| 2.2.3. Direito à Liberdade Científica .....  | 33        |
| <b>3. A SITUAÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO <i>IN UTERO</i> E <i>IN VITRO</i> ....</b>                           | <b>39</b> |
| 3.1) O INÍCIO DA VIDA. ....  | 39        |
| 3.1.1) Corrente Concepcionista .....   | 39        |
| 3.1.2) Corrente Desenvolvimentista .....   | 41        |
| 3.2) CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....   | 45        |
| 3.2.1) Pessoa, Personalidade e Capacidade: Distinções. ....  | 45        |
| 3.2.2) Teorias acerca do Início da Personalidade e a Problemática do Nascituro.....                              | 48        |
| 3.2.2.1) Teoria natalista .....  | 48        |
| 3.2.2.2) Teoria da personalidade condicional. ....   | 50        |
| 3.2.2.3) Teoria concepcionista.....  | 51        |
| 3.3) EMBRIÃO HUMANO E SUAS DIVERSAS CONCEPÇÕES.....  | 52        |
| 3.3.1) Embrião Humano como Pessoa.....   | 53        |
| 3.3.2) Embrião Humano como amontoado de células .....  | 56        |
| 3.3.3) Embrião Humano como pessoa em potencial .....   | 58        |
| <b>4. OS EMBRIÕES EXCEDENTES: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO ....</b>  | <b>63</b> |
| 4.1. A ORIGEM DOS EMBRIÕES <i>IN VITRO</i> E A NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO .....                           | 63        |
| 4.2. A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES .....  | 66        |
| 4.2.1. A Criopreservação .....   | 66        |
| 4.2.2. O Descarte .....  | 69        |
| 4.2.3. A Doação.....   | 71        |
| 4.2.4. Desenvolvimento de Pesquisas Científicas.....   | 72        |
| 4.3. A BIOÉTICA E SEUS PARADIGMAS: A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO. ....  | 81        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>88</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>93</b> |

## RESUMO

A Fertilização *In Vitro* é uma técnica de reprodução humana que utiliza um grande número de fecundação em laboratório para a obtenção de uma gravidez, fim pretendido pelos beneficiários ao buscar auxílio médico devido à impossibilidade de engravidar pelas vias normais. Ocorre que, para evitar gravidez múltipla, a quantidade de embriões implantados em uma mulher é inferior a obtida *in vitro*. Em vários casos, consegue-se alcançar a gravidez desejada. E o problema ético-jurídico dos embriões restantes? Diante deste questionamento surgem inúmeros problemas referentes ao destino a ser dado a estes embriões denominados excedentários: possibilidade de ser doado a um outro casal e a pesquisa ou mesmo a viabilidade de um descarte.

## INTRODUÇÃO

O mundo vivencia atualmente uma grande revolução biotecnológica. O progresso da ciência na área da saúde tem sido realmente espantoso. Se por um lado há o aprimoramento da qualidade de vida da sociedade, por outro, situações, até então só vistas em cinema como a produção de seres híbridos, começam a preocupar bioéticos, médicos e juristas, pois se está diante de uma realidade que não possui regulamentação legal.

O Direito não tem acompanhado o rápido avanço da biomedicina. No entanto, a Bioética surgiu justamente para tentar solucionar os conflitos decorrentes da biotecnologia, trazendo princípios norteadores que possibilitam o seu melhor uso. Ocorre que os princípios bioéticos não possuem força de lei, estando os cientistas livres, de alguma forma, para realizarem experimentos ao seu alvedrio. Por isso a necessidade de se regulamentar juridicamente os avanços científicos atuais.

A Reprodução Humana Assistida (RHA) possibilita que casais inférteis tenham condições de ter um filho, quando submetido a uma de suas técnicas. Apesar de parecer um procedimento simples, a RHA gera inúmeras discussões ético-jurídicas que ainda não possuem respostas concretas.

No Brasil, a medicina reprodutiva já se encontra bastante desenvolvida<sup>1</sup>, mas é regulamentada, apenas, pela Resolução 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, a qual apresenta normas éticas para o uso das técnicas de reprodução artificial, sendo apenas um documento de caráter normativo profissional, não tendo força impeditiva. No entanto, vários Projetos de Lei encontram-se em trâmite na Câmara ou no Senado e visam regulamentar a utilização das técnicas de RHA.

O intuito deste trabalho é trazer à tona os inúmeros problemas decorrentes da técnica de fertilização *in vitro*, gênese dos embriões excedentes. Esta técnica consiste em fecundar vários óvulos em laboratório para possibilitar maiores chances de êxito do procedimento. No entanto, para evitar o problema das gravidezes múltiplas, implanta-se um número reduzido de embriões no útero da mulher. Os demais são congelados para que possam

---

<sup>1</sup> Em Brasília, o Hospital Materno Infantil já fornece o tratamento a casais de baixa renda que não podem ter filhos pelas vias normais.

ser transferidos à mulher no caso de não se conseguir a gravidez desejada. Mas e se a mulher engravidar com a primeira implantação? Qual será o destino dos embriões que restaram?

A busca de soluções ético-jurídicas para a destinação dos embriões excedentes foi a bomba propulsora deste trabalho. Para tanto, iniciou-se esta monografia com o capítulo intitulado **Breve abordagem sobre Reprodução Humana Assistida**. Buscou-se uma abordagem acerca do problema histórico da fecundidade, chegando à utilização das técnicas de RHA para resolver o problema daqueles que não podiam ter filhos pela via natural. Ao final do capítulo, foram trazidos os problemas ético-jurídicos trazidos pelas técnicas de procriação artificial.

O segundo capítulo, **Garantismo Constitucional e as novas técnicas de Reprodução Humana Assistida**, propõem uma análise sucinta da normatividade constitucional baseada na moderna dogmática trazida pela CF/88, da constitucionalização do Direito Privado, da técnica da ponderação como forma de solução de tensão entre princípios e direitos fundamentais e, por fim, trata dos princípios e direitos constitucionais diretamente ligados às técnicas de RHA: Princípio da Dignidade Humana, Direito à Vida, Direito de Gerar, Direito à Liberdade Científica. A análise, ainda que breve, destes direitos é necessária para que se alcance uma solução a ser dada ao embrião excedente.

O Princípio da Dignidade Humana é o fundamento maior de todo ordenamento jurídico e, atrelado a ele, há o direito à vida que, se visto como absoluto, seguramente impossibilitaria o desenvolvimento das pesquisas na área de procriação artificial. Da mesma forma, se o direito à liberdade científica fosse absoluto, todo e qualquer experimento nos embriões excedentes deveria ser aceito. O que se pretendeu, neste capítulo, foi trazer a forma de solução para conflitos entre princípios e direitos constitucionais, inevitáveis quando se trata de inovações biotecnológicas, bem como a idéia de relativização dos direitos e garantias constitucionais.

O terceiro capítulo, **A situação jurídica do embrião *in útero* e *in vitro***, propõe uma análise acerca do início da vida, trazendo duas correntes que tratam sobre o tema, a concepcionista (a vida inicia-se desde a concepção) e a desenvolvimentista (a vida inicia-se após certo grau de desenvolvimento do embrião). Logo em seguida, faz-se um estudo sobre a Personalidade Jurídica, fazendo a distinção entre os termos pessoa, capacidade e

personalidade além de tratar sobre o início da personalidade, abordando a problemática do nascituro, conforme as teorias natalista (personalidade começa com o nascimento com vida), da personalidade condicional (personalidade dá-se com a concepção sob a condição de o conceito nascer com vida) e concepcionista (personalidade começa desde a concepção). Por fim, pretendeu-se estabelecer as diversas concepções dadas ao embrião humano (embrião como pessoa, como amontoado de células e como pessoa em potencial).

No quarto e último capítulo, **Os embriões excedentários: um estudo de direito comparado**, travou-se um estudo sobre a gênese dos embriões *in vitro*, afirmando a necessidade de uma regulamentação específica sobre a matéria. Logo depois, foram analisadas as possibilidades de destino a serem dadas aos embriões excedentários em âmbito nacional e internacional, quais sejam, criopreservação, descarte, doação para outro casal e desenvolvimento de pesquisas científicas. Em seguida, dando fechamento ao capítulo, foram trazidos alguns paradigmas bioéticos (secular, confessional, principialista e fenomenológico) como forma de se buscar uma solução bioética a ser dada pelos embriões excedentários.

Ao final da leitura, será possível chegar a uma conclusão sobre o destino a ser dado aos embriões supranumerários, tomando como base todas as informações trazidas neste estudo, propondo, inclusive, um estatuto jurídico do embrião *in vitro*, fundamentado-se nas teorias aqui apresentadas. Sabe-se que com a evolução da ciência, não mais será necessária a produção em excesso de embriões para se garantir o sucesso da FIV. No entanto, antes que isso aconteça, é mister que se regule a destinação dos embriões congelados.

# **1. BREVE ABORDAGEM SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

## **1.1 O Problema Histórico da Fecundidade e a Evolução das Técnicas de Procriações Artificiais**

Desde a antigüidade, o homem sempre se preocupou com os aspectos atinentes à fertilidade e ao “dever” de gerar um filho. Dever, posto que a esterilidade era vista como um castigo de Deus, uma maldição, sendo a mulher estéril retirada do convívio social. Em contrapartida, a fertilidade era uma bênção e traduzia-se com a chegada de um filho. Com ele vinham os sentimentos de riqueza, fartura e alegria. Vinculava-se à esterilidade a idéia de maldição e à fertilidade, benevolência. Ressalte-se que, até o fim do século XV, a esterilidade masculina nem ao menos era cogitada.<sup>2</sup>

Foi apenas no final do século XVI que esterilidade passou a ser estudada cientificamente com a invenção do microscópio. No entanto, foi quase cem anos depois que o cientista Johann Ham afirmou que a esterilidade era, em muitos casos, decorrente da ausência ou escassez de espermatozóide. Assim, apenas no século XVII admitiu-se a esterilidade masculina.<sup>3</sup>

Como se pode notar, a reprodução sempre foi fator de fundamental importância nas sociedades em geral. Sempre houve uma cobrança social muito forte no tocante aos casais terem filhos. Sabe-se que, com o passar dos tempos e com a ascensão feminina no mercado de trabalho, a gravidez passou a ocupar um segundo lugar nos planos de um casal, o que foi facilitado pela ciência com a descoberta dos métodos contraceptivos, que permitiram aos casais fazerem um planejamento familiar antes de a mulher engravidar. Os casais passaram, portanto, a ter o controle da sexualidade, separando-a da reprodução. O problema surge quando é chegada a hora de ter-se um bebê. Nessas horas, alguns casais deparam-se com o grande problema da infertilidade ou esterilidade, impossibilitando a realização de um grande sonho: ter um filho.

---

<sup>2</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira: **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

<sup>3</sup> Idem. Ibidem.

A importância social de ter um filho é tão acentuada que a ausência do filho acaba por romper a cadeia familiar, impossibilitando a afirmação da noção de casal. Assim, não há como se falar em perpetuação da vida. Ressalte-se, ainda, a frustração de um casal quando esperam ansiosamente por um filho que não vem. Ser pai e mãe faz com que o homem e a mulher se sintam adultos como seus pais, pois não se é mais filho de seu pai, nem filha de sua mãe, mas sim, pai e mãe de seu filho.<sup>4</sup>

Dessa sorte, é aceitável que pessoas desacreditadas pelos problemas de impossibilidade de fecundidade tenham a oportunidade de buscar a solução nas técnicas de reprodução humana assistida (RHA) com o fim de retomar sua saúde reprodutiva.<sup>5</sup>

Nota-se, portanto, que a própria exigência da sociedade fez que surgissem as técnicas de reprodução assistida - que refere-se a implantação artificial de gametas, ou embriões humanos, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, orientadas pela finalidade de facilitar a procriação - as quais existem há séculos e vêm apenas sendo aperfeiçoadas.

Foi na Idade Média que ocorreu a primeira inseminação artificial humana. A esposa de Henrique IV, rei de Castela, foi inseminada com o sêmen de seu marido pelo médico Arnaud de Villeneuve.<sup>6</sup> No final do séc. XVIII, John Hunter fez inseminação artificial em uma mulher utilizando-se do sêmen de seu marido que não podia procriar por ter uma hipospádia<sup>7</sup>, ou seja, “desenvolvimento insuficiente da uretra em seu trajeto peniano, do qual resulta a abertura anormal desta na face ventral do pênis.”<sup>8</sup>

Em 1884, ocorreu a primeira inseminação artificial heteróloga, com doação de espermatozoides por terceiro, na Filadélfia, Pensilvânia. Tal procedimento foi feito pelo ginecologista americano Pancoast como forma de tratamento de azoospermia, ou seja, ausência de espermatozoides ativos no sêmen ejaculado.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Idem, p. 24.

<sup>5</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo: **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.65.

<sup>6</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit, p. 31.

<sup>7</sup> HATEM, Daniela Soares: Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de Reprodução Assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p.189.

<sup>8</sup> BARBOZA, Heloísa Helena: **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 33.

<sup>9</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit, p.31.



Foi no século XX, entretanto, que os estudos acerca das técnicas de procriações se desenvolveram numa velocidade intrigante. Em 1944, deu-se início a pesquisas sobre a técnica de Fertilização *in vitro* (FIV) humana. Os biólogos Rock e Menkin conseguiram quatro embriões ao colocar inúmeros óvulos em contato com espermatozóides. Em 1947, Chang fez a transferência de um ovo fertilizado congelado para o útero de uma mulher. Em 1953, provou-se que o congelamento não é incompatível com o desenvolvimento de ovos de mamíferos.<sup>10</sup>

Na década de 70 houve descobertas decisivas para a evolução das técnicas de RHA. Vários estudos sobre a fertilização *in vitro* (FIV) com óvulos humanos, formação de embriões com transferência para o útero e coleta de óvulos foram desenvolvidos e, no final de tal década, o mundo assistiu ao que até então era impossível de se realizar: nascimento de bebês de proveta.<sup>11</sup>

Em julho de 1978 nasceu na Grã Bretanha Louise Brown, o primeiro bebê humano fruto da FIV.<sup>12</sup> Na Índia, no mesmo ano, nasceu o segundo bebê de proveta e, em 14 de janeiro de 1979, nasceu na Escócia o terceiro bebê proveniente da FIV. A prática tornou-se normal na década de 80.<sup>13</sup> No Brasil, a primeira notícia do nascimento de um bebê de proveta, Ana Paula Caldeira, foi em 7 de outubro de 1984.<sup>14</sup>

Dessa sorte, “a procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril.”<sup>15</sup> Ocorre que ela não cura as pessoas da infertilidade, sendo, apenas, medida paliativa capaz de dar filhos a quem não os pode conceber.

## 1.2 Principais Técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA).

### 1.2.1 Inseminação Artificial (IA)

---

<sup>10</sup> Idem, p.41.

<sup>11</sup> Idem, pp.19 - 20

<sup>12</sup> HATEM, Daniela Soares: Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de Reprodução Assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2002, p. 190.

<sup>13</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit., pp.19-20.

<sup>14</sup> HATEM, Daniela Soares, ob. cit., p. 190.

<sup>15</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit. p. 26

A técnica de Inseminação Artificial é aquela utilizada “para obtenção da fecundação através [sic] da introdução do espermatozoide no interior do canal genital feminino, sem ocorrência do ato sexual.”<sup>16</sup>

O procedimento utilizado pode ser descrito de forma simplificada. Inicialmente, faz-se o monitoramento cuidadosamente do ciclo ovariano, para que o médico consiga calcular o momento aproximado da ovulação. Depois, durante a ovulação, transfere-se uma quantidade de espermatozoide para o alto do colo do útero, auxiliado por um cateter. Dessa sorte, com o percurso reduzido, os espermatozoides possuem maiores chances de alcançar o óvulo e fecundá-lo.<sup>17</sup>

A técnica de inseminação artificial é a mais simples, vez que a fecundação ocorre dentro do próprio corpo feminino, não se retirando o óvulo da mulher. O desenvolvimento desta técnica deu-se em virtude da descoberta das diversas fases do ciclo menstrual, vez que se pôde precisar o momento da ovulação no qual a mulher possui maiores chances de engravidar.

As indicações para a utilização da IA são: “hipofertilidade, problemas ocorridos no momento do ato sexual e esterilidade advinda como seqüela de tratamentos esterilizantes.”<sup>18</sup>

Deve-se atentar para o fato de que não se trata de cura para a esterilidade, sendo apenas uma substituição do ato natural de se conceber por um ato científico, continuando os estéreis, após a intervenção médica, a serem estéreis.<sup>19</sup>

Há de se falar, ainda, em inseminação homóloga e inseminação heteróloga. Será homóloga quando feita com o espermatozoide do marido ou companheiro nos casos em que o casal é biologicamente hábil a procriar, mas há impossibilidade de fecundação sem

---

<sup>16</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.71

<sup>17</sup> Idem, ibidem.

<sup>18</sup> HATEM, Daniela Soares, ob. cit., p. 196.

<sup>19</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, ob. cit. p. 37

intervenção médica. Chama-se de heteróloga a técnica em que é utilizado sêmen de um doador devido à esterilidade do marido ou companheiro.<sup>20</sup>

### 1.2.2 Fertilização *In Vitro* (FIV)

Com a Fertilização *in vitro* passa a existir a possibilidade de um casal estéril conceber. É indicada nos casos de “esterilidade tubária feminina, hipofertilidade masculina, endometriose e esterilidade sem razão aparente ou quando não se consegue detectar a origem.”<sup>21</sup>

É a técnica que reúne *in vitro* os gametas masculino e feminino, propiciando a fecundação e a formação do ovo que será implantado no útero da mulher.<sup>22</sup> Da mesma forma que a Inseminação Artificial, não é cura para a esterilidade, vez que após o procedimento, continua-se estéril.

Será homóloga se as células germinativas utilizadas forem do casal ou heteróloga se há material fertilizante de terceiro (ou o óvulo, ou o espermatozóide, ou os dois).

O procedimento a ser realizado subdivide-se em algumas fases: 1) preparação dos pacientes – esclarecimento quanto à técnica e quanto aos índices de insucesso; 2) indução da ovulação; 3) coleta de ovócitos por meio de videolaparoscopia; 4) preparo do sêmen; 5) inseminação *in vitro* e 6) transferência do embrião.<sup>23</sup>

Para que se obtenham maiores chances de sucesso, colhem-se vários ovócitos da mulher, inseminam-nos e implanta-se mais de um embrião no útero da mulher, o que, além de aumentar as possibilidades de se obter um resultado positivo, aumenta os riscos de uma gravidez múltipla que pode acarretar danos não só à saúde da mulher como também à do embrião. Ademais, tal técnica faz surgir o preocupante problema dos embriões excedentes, visto que ainda não há consenso quanto a sua destinação.

### 1.2.3 Transferência Intratubária de Gametas (GIFT)

---

<sup>20</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, ob. cit. pp. 45-46.

<sup>21</sup> HATEM, Daniela Soares, ob. cit., p. 197.

<sup>22</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p.73

<sup>23</sup> Idem, 74.

É a técnica que consiste na transferência de gametas masculino e feminino para as tubas uterinas. O procedimento é similar ao da FIV, uma vez que há a estimulação da ovulação, sendo os ovócitos colhidos por laparoscopia. Os espermatozóides também são colhidos e, juntamente com os ovócitos, são transferidos por meio de um cateter para uma das trompas da mulher.

Diferentemente da FIV, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, o que chamamos de fecundação “in vivo”, sendo a GIFT bem mais aceita pela igreja católica, tendo que se observar duas precauções: o esperma deve ser colhido durante o ato sexual para que não sejam caracterizadas a masturbação nem a contracepção e os gametas feminino e masculino devem ser separados no cateter por uma bolha de ar para que a fecundação realmente ocorra “in vivo”.<sup>24</sup>

#### *1.2.4 Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT)*

Procedimento pelo qual há transferência de zigoto para as trompas de falópio. O embrião a ser implantado já sofreu uma divisão celular, encontrando-se com 02 a 08 células, tendo as primeiras divisões celulares ocorrido *in vitro*.<sup>25</sup>

O procedimento é o mesmo que ocorre com a GIFT, porém a fecundação ocorre em laboratório, havendo a transferência quando a célula fusionada possui dois núcleos.<sup>26</sup>

### **1.3 Problemas Éticos e Jurídicos Decorrentes das Técnicas de RHA.**

O objetivo deste tópico é enumerar alguns problemas decorrentes das principais técnicas de reprodução assistida. Sabe-se que o avanço da ciência nesta área vem acontecendo de maneira muito rápida, o que impossibilita o avanço do Direito a fim de regulamentar a utilização das já comentadas técnicas. Dessa sorte, devido à lacuna ainda existente não apenas no direito brasileiro, mas em vários países do mundo, são inúmeros os questionamentos acerca da biotecnologia.

---

<sup>24</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit., p.53-54.

<sup>25</sup> HATEM, Daniela Soares, ob. cit., p.198.

<sup>26</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes, ob. cit., p.73.

Primeiramente, serão traçados os problemas advindos da utilização da técnica de Inseminação Artificial e, logo em seguida, os decorrentes da Fertilização *in vitro*, estabelecendo, então, o cerne deste trabalho.

A **INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL** faz surgir algumas questões que merecem ser comentadas. A Inseminação Homóloga deverá ocorrer com o consentimento expresso dos interessados após terem tido acesso aos esclarecimentos acerca do procedimento.<sup>27</sup> Agora, o que acontece com o sêmen retirado e congelado no caso de morte do marido ou companheiro? Pode a viúva exigir a inseminação? O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1597, inciso III determina a presunção de concepção de filhos durante o casamento quando havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Neste ínterim, o direito pátrio com a vigência do novo código civil põe fim aos questionamentos acima, pois trata da matéria explicitamente, exigindo o termo de consentimento do marido/companheiro. A Espanha, ao contrário do Brasil, proíbe a inseminação *post mortem* (lei 35/88, artigo 9.2), mas esclarece que, se ocorrida, o vínculo de paternidade dá-se apenas se houver declaração expressa do *de cuius* neste sentido.<sup>28</sup>

Na Inseminação Heteróloga, por sua vez, os problemas são bem mais expressivos:

1) Pode haver um desequilíbrio nas estruturas do matrimônio ou da união estável, visto que tal técnica vai de encontro ao pressuposto biológico da concepção.<sup>29</sup> Ademais, acaba-se mexendo com o brio do homem, pois ainda é muito forte na sociedade o sentimento machista de que a fertilidade é sinônimo de masculinidade.

2) Possibilidade de homossexuais pretenderem que a companheira tenha filhos por tal método. Na Grã Bretanha e nos EUA a prática é comum, mas na Suécia é vedada. No Brasil, o projeto de lei n. 90/99 veda a reprodução assistida a mulheres solteiras e a casais homossexuais.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Resolução 1358/92 – Conselho Federal de Medicina – I.3.

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena: **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.480.

<sup>29</sup> Idem, p. 482

<sup>30</sup> Idem, ibidem.

3) A questão do homem casado ou convivente poder ser doador de sêmen sem o consentimento da esposa ou companheira. Poderia a mulher pleitear a separação judicial por injúria grave?<sup>31</sup>

4) A ausência de consentimento do marido é injúria grave, acarretando separação judicial, pois a paternidade forçada atinge a honra do homem. Aqui no Brasil não há norma disciplinando se o consentimento deve ser por meio de instrumento público ou particular, se perante o juiz ou testemunhas, etc. Na França, exige-se que seja perante o juiz. Na Alemanha, deve ser escrito na presença do notário. Os EUA exigem a anuência expressa.<sup>32</sup>

5) O marido ou companheiro que concorda com a Inseminação Artificial Heteróloga, mas depois se arrepende e nega-se a registrar a criança.<sup>33</sup> Pode, ainda, o marido ou companheiro incentivar o aborto ou, após o nascimento, ignorar a criança, gerando maus-tratos e até mesmo propor ação negatória de paternidade alegando engano doloso ou anuência com o procedimento por coação.<sup>34</sup> O Código Civil de 2002 inovou face o antigo Código de 1976. O artigo 1597, inciso V do atual código elenca como presunção de filhos concebidos durante o casamento aqueles havidos por inseminação heteróloga com a autorização prévia do marido. Assim, se anuiu com a inseminação, será o pai legal da criança.

6) Deve-se manter o sigilo do doador do sêmen conforme estabelecido na Resolução n. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), IV-3. Neste ínterim, nega-se à criança o direito a sua identidade genética. A criança não teria o direito de saber sua origem genética? Não teria direito de reivindicar o nome de família, a pensão alimentícia e a herança de seu pai? O que deve prevalecer: o anonimato ou o direito a identidade genética?<sup>35</sup>

7) O perigo do anonimato do doador devido à possibilidade de haver relações incestuosas.

8) O doador pleitear reconhecimento de paternidade, pretendendo reconhecer o filho como seu. Tal pretensão deverá ser negada, pois o doador deverá aceitar

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena, ob. cit. p. 483.

<sup>32</sup> Idem, ibidem.

<sup>33</sup> HATEM, Daniela Soares, ob. cit., p. 199.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena, ob. cit. p. 483

<sup>35</sup> Idem, p. 486.

que o filho não é seu institucionalmente Mas o que irá garantir legalmente a improcedência do pedido do doador?<sup>36</sup>

9) O surgimento de bancos de sêmen que permitem não só a Inseminação Heteróloga, mas também a Fertilização *in vitro*. Ocorre que o armazenamento do sêmen gera problemas éticos e jurídicos que não podem ser ignorados como: a) o problema da fiscalização sanitária face ao crescente perigo de contaminação da AIDS, sendo o sêmen um de seus veículos; b) indagações acerca da licitude de se remunerar a doação de sêmen; c) o risco de existir casamentos incestuosos – irmãos do mesmo pai biológico.<sup>37</sup>

A **FERTILIZAÇÃO *in vitro***, além dos problemas já citados em decorrência da utilização da IA heteróloga, há outros de grande importância ético-jurídica:

1) Para se obter uma maior possibilidade de sucesso no processo, estimula-se a super ovulação da mulher com o intuito de se conseguir retirar vários óvulos, os quais serão fecundados em laboratório, fazendo surgir mais de um embrião.<sup>38</sup> A submissão da paciente ao tratamento hormonal para induzir a superovulação poderá trazer riscos tanto a sua saúde como à saúde do embrião, pois o hormônio ingerido poderá acarretar problemas congênitos ou de má-formação ao embrião.<sup>39</sup>

2) Implantação de mais de um embrião no útero da mulher com o intuito de se conseguir resultado positivo. No entanto, pode ocasionar gravidez múltipla, o que pode ser prejudicial tanto para a saúde da mãe quanto para a saúde dos bebês.

3) Problemas quanto à determinação da maternidade, pois o óvulo fecundado pode não ser o da esposa. Assim, com o advento da biotecnologia, passou-se a presumir também a maternidade. Quem é a mãe: a doadora do óvulo ou quem deu a luz?

4) Possibilidade de óbito do casal após a fecundação, mas antes da implantação. De quem é a responsabilidade sobre os embriões? O Estado pode decidir sobre sua destinação?

---

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena, ob. cit. p.487

<sup>37</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., pp. 40-43

<sup>38</sup> HATEM, Daniela Soares, ob. cit., pp. 205-206

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena, ob. cit. p.492

5) Utilização das técnicas para criação de homens programados. Ex: escolha do sexo, cor, altura, etc. O CFM veda tal prática, pois se trata de uma seleção eugenésica e racista. Faz-se necessária lei que proíba: a) alteração nos caracteres genéticos do embrião mediante intervenção no seu genoma; b) destruição de embriões humanos rejeitados por quem os encomendou por apresentar anomalias; c) experiências eugenésicas para a criação de uma super raça, tendo em vista seus caracteres biológicos.<sup>40</sup>

6) A criação de bancos de óvulos ou de embriões, o que facilitaria não apenas o comércio de células germinativas (óvulos e espermatozóides) como também de embriões, além da seleção eugênica. A Constituição Federal, art. 199, parág. 4º, veda a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância humana.

7) Necessidade de se estabelecer o destino do embrião congelado em caso de separação ou divórcio.

8) A questão da determinação do início da vida e da personalidade jurídica. Alguns entendem que a vida inicia-se apenas com a nidação, ou seja, fixação do embrião no útero da mulher. Outros, com a atuação do sistema nervoso, que ocorre 14 dias após a concepção, sendo o embrião pessoa em potencial. Há também os que defendem que já há vida desde a concepção.

9) A superpopulação de pré-embriões. Como já falado, a FIV faz com que sejam retirados inúmeros óvulos da mulher, que são fecundados in vitro com o intuito de se obter maior êxito no tratamento. Ocorre que a Resolução n. 1358/92 do CFM, I-6, determina que o número máximo de embriões para a implantação seja quatro, ficando, os que sobram, submetidos a criopreservação em nitrogênio para que sejam utilizados em caso de insucesso ou mesmo para a concepção de um novo filho. Entretanto, a ausência de previsão legal acerca de quanto tempo poderá o embrião ficar congelado até que se faça a transferência aliada à falta de interesse de muitos casais em procurar novamente a clínica fez surgir a figura do embrião excedentário.

10) A destinação dos embriões excedentários: 1) poderiam ser usados para fornecer células – tronco, salvando vidas por meio da clonagem terapêutica?; 2) poderiam ser

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena, ob. cit. pp.498-500



utilizados em outra gestação?; 3) poderiam ser doados a um casal estéril?; 4) poderiam ser criopreservados?; 5) poderiam ser descartados?. Para que sejam resolvidas tais questões, deve-se trabalhar com a concepção de embrião, primeiramente. São três as concepções: a) Embrião como pessoa; b) Embrião como um amontoado de células; c) Embrião como potencialidade de pessoa. Dependendo da posição adotada, diferentes serão as possibilidades para se responder as questões centrais deste estudo: 1) **O que fazer com os embriões excedentes?;** 2) **Deve haver alguma proteção jurídica no tocante aos embriões excedentários?;** 3) **Como deverá ser o comportamento de toda sociedade em relação a eles?**<sup>41</sup>

O escopo deste estudo é trabalhar as concepções de Embrião Humano para, então, estabelecer quais seriam as destinações mais viáveis juridicamente dos embriões excedentários.

Nos próximos capítulos, far-se-á uma análise do embrião voltada aos direitos e garantias constitucionais, ao início da vida e a sua possível destinação diante das problemáticas explanadas neste tópico surgidas com o avanço da tecnologia.

---

<sup>41</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do Embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. N. 29, 1996, p.123 - 133

## **2. GARANTISMO CONSTITUCIONAL E AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

### **2.1 A contemporânea hermenêutica constitucional**

#### *2.1.1 A normatividade constitucional*

Para entender melhor como o Direito tem solucionado os problemas decorrentes de choques de princípios e direitos fundamentais constitucionais em face das técnicas de reprodução artificial, faz-se necessária uma rápida análise sobre as normas constitucionais, passando por sua evolução e chegando às formas de resolução de conflitos.

A dogmática moderna (pós-positivismo) estabelece que as normas jurídicas possuem duas grandes categorias: regras e princípios. Em sendo normas constitucionais, não há que se falar em hierarquia entre elas devido ao princípio da unidade da Constituição. Entretanto, não há óbice nenhum quanto ao fato de normas de mesma hierarquia possuírem funções diversas dentro do ordenamento jurídico. 42

Antes de se estabelecer a distinção entre regras e princípios, oportunamente, traz-se, em breves linhas, a transição da juridicidade dos princípios, que passa por três fases distintas.

A primeira delas é a fase jusnaturalista, a mais tradicional, em que os princípios possuíam total grau de abstração, tendo normatividade nula e duvidosa, sendo princípios gerais de direito que se revelavam como “axiomas jurídicos”, ou seja, princípios de justiça que não passavam de uma ideologia. Havia, nesta época, uma grande necessidade de se recorrer ao Direito Natural, posto que os princípios existentes eram incapazes de preencher as lacunas existentes no ordenamento. 43

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 1999, p. 148.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 259-262.

Em seguida, tem-se a fase positivista em que os princípios passaram a fazer parte dos códigos como fonte subsidiária. Eram normas programáticas sem relevância jurídica.<sup>44</sup>

A teoria positivista, como idéias centrais, trazia a total separação entre direito e moral, sendo o Direito um conjunto fechado de normas impostas que não levavam consigo os ideais de justiça, e a noção de que a aplicação do Direito deveria ser apenas voltada para a racionalidade formal, ou seja, não havia a menor possibilidade de argumentação racional acerca dos valores e da justiça. Para o positivismo, a aplicação do direito resumia-se em uma subsunção, possuindo, o intérprete da lei, uma função apenas declaratória<sup>45</sup>.

Daniel Sarmento<sup>46</sup>, com muita propriedade, esclarece que para os positivistas os princípios tinham forças dentro do direito privado como sendo princípios gerais de direito, não possuindo, portanto, força normativa, sendo utilizados para preenchimento de lacunas existentes no ordenamento. Em relação ao Direito Constitucional, os positivistas classificavam-nos como normas não auto-aplicáveis, sem qualquer valor jurídico.

Por fim, tem-se a fase pós-positivista cuja principal característica foi a atribuição de força normativa aos princípios que foram “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”<sup>47</sup>

Surge, então, a teoria moderna dos princípios que prima pela aplicação do Direito baseada em uma “argumentação racional” e no “controle social”. O que se quer exprimir, com isso, é que os princípios passaram a ser uma ponte entre o Direito e a ética, uma vez que são a expressão dos ideais de justiça de uma comunidade por meio dos quais ocorre uma positivação dos valores sociais.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 262-263.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. pp. 78-80.

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. pp. 81.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 264.

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. pp. 78-81.

Como já dito, os princípios são normas jurídicas e estas se subdividem em duas categorias distintas: regras e princípios. As regras são descrições de situações objetivas que se enquadram em um número delimitado de casos. Assim, ou a matéria é regulada totalmente pela regra ou ela é descumprida. Ainda, ao se tratar de regras, importante trazer a idéia do mecanismo da subsunção que se revela quando a regra incide sobre a situação fática descrita em seu relato<sup>49</sup>.

Importante salientar que no caso de conflitos entre regras apenas uma delas prevalecerá com o intuito de solucionar o conflito existente. Para tanto, utilizar-se-á dos critérios tradicionais de solução de conflitos de leis, quais sejam, hierárquico, cronológico ou da especialidade<sup>50</sup>.

Os princípios, por outro lado, ao possuírem um grau de abstração muito grande face às regras, não se aplicam a uma determinada situação, mas sim, a um número incontável de casos. Assim, ao haver tensão entre princípios, não há como se utilizar os critérios tradicionais de solução de conflitos de leis, uma vez que o choque de princípios pode levar a soluções diversas. Portanto, dever-se-á fazer uma ponderação, ou seja, “o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível”<sup>51</sup>. Dessa sorte, pode haver cumprimento de princípios em diversos graus, dependendo do caso concreto.

Apesar da simples diferenciação entre regras e princípios estabelecida até agora, esta não é uma tarefa fácil, mas sim, de razoável complexidade, uma vez que são vários os critérios de distinção. Canotilho seleciona os principais critérios:

“ a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

<sup>50</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.32.

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) <<*Proximidade*>> da *idéia de direito*: os *princípios* são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”<sup>52</sup>

De maneira mais simplificada, Luis Roberto Barroso<sup>53</sup> distingue princípios e regras utilizando três critérios: o do conteúdo, o da estrutura normativa e o das particularidades da aplicação.

**Quanto ao conteúdo**, os princípios são normas de cunho valorativo, pois se referem a valores que devem ser preservados, mas também possuem um fim a ser alcançado, sendo, portanto, valorativos e finalísticos. As regras, de outra sorte, traçam condutas.

**Quanto à estrutura normativa**, as regras estabelecem os atos que devem ser praticados para que ela seja cumprida de forma correta. Assim, sua aplicação, normalmente, não envolve um processo de interpretação mais elaborado, pois ocorrendo o fato previsto abstratamente, há produção do efeito concreto prescrito na regra. Os princípios, por outro lado, por indicarem valores e fins a serem alcançados, vão em busca de um estado idealizado e como não há conduta prescrita, o intérprete possui uma atuação mais complexa, pois tem que escolher o melhor caminho para a solução do caso concreto.

Por fim, têm-se **as particularidades de aplicação**, estando as regras sujeitas à aplicação sob a forma do “tudo ou nada”, ou seja, acontecendo os fatos que ela previu, haverá sua incidência imediata e a produção de efeitos. Assim, sua aplicação ocorre por meio

<sup>52</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina: 2003. pp. 1146 – 1147.

<sup>53</sup> **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 16-19.

da subsunção. Já os princípios, por serem valorativos e finalísticos, podem estabelecer fins diversos, ocorrendo colisão entre eles. Assim, para determinar a aplicação dos princípios, deve-se atribuir a cada um determinado peso ou determinada importância, dependendo do caso concreto. O intérprete, então, utilizará o método da ponderação.

Conclui-se, então, que as regras possuem um automatismo na hora de serem aplicadas, trazendo uma maior segurança jurídica, posto que não regulam nada além do que elas, imperativamente, prescrevem. Em contrapartida, um sistema formado apenas por regras não admitiria complementação, desenvolvimento. Ainda, em caso de choque entre regras, elas são excludentes entre si.

Os princípios, por sua vez, são bem mais flexíveis, possibilitando uma maior adequação às mudanças sociais. De outra sorte, possuem um alto grau de imprevisibilidade na hora de sua aplicação por serem normas abertas, capazes de se adaptarem a diferentes realidades e de perdurarem durante grande espaço de tempo. E quando um princípio conflitua com outro, eles podem coexistir de forma balanceada e harmoniosa. Um princípio não exclui o outro; eles coexistem.

### *2.1.2 A Constituição Federal de 1988 e o Direito Civil Brasileiro*

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a história política e constitucional do Brasil passou a ser conduzida de forma diversa, vez que o texto constitucional passou a ter grande legitimidade, alcançando *status* de norma jurídica com imperatividade, sendo a base interpretativa de todas as demais normas ordinárias, concebendo ao direito civil, por exemplo, um novo sentido.<sup>54</sup>

Indubitavelmente, o Direito Constitucional desvinculou-se da ciência política para aliar-se às necessidades humanas reais, concretas, fazendo surgir uma “fecunda teoria constitucional”.<sup>55</sup>

Ao se falar das mudanças ocorridas após a CF/88, não se quer dizer que houve um abandono do método clássico de interpretação das normas, fundado na aplicação de

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 4-5.

<sup>55</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.21.

regras e nem mesmo das formas tradicionais de hermenêutica (gramatical, histórica, sistemática e teleológica). Quer-se dizer, sim, que tais métodos não são mais suficientes para solucionar determinados conflitos de normas.<sup>56</sup>

Isso ocorre porque a CF/88 está fortemente fundada sobre princípios com grande grau de abstração. E por meio destes princípios constitucionais é que ocorrerá o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, uma vez que os princípios possuem alta carga valorativa que se irradia impondo mudanças no ordenamento jurídico como um todo.<sup>57</sup>

A Carta Magna, portanto, trouxe princípios gerais e regras referentes a institutos privados, assumindo o papel de reorganizar o sistema civilista, limitando tais institutos, trazendo novos padrões valorativos que serão o sustentáculo do sistema privado.<sup>58</sup> É o que se denomina na doutrina de Constitucionalização do Direito Civil.

Com a abertura das normas constitucionais, conforme já mencionado anteriormente, e com a aplicação direta da Carta Magna nas relações civilistas, passa-se a ter um ordenamento jurídico em cujo vértice, substancialmente falando, encontra-se a Constituição Federal. Assim, a exegese de todo o sistema privado deve ser em consonância com o disposto na Carta Maior. Esse é o sentido do termo “constitucionalização do Direito Civil”, ou seja, todo o Direito Privado deve ser interpretado conforme a Constituição.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes escreve:

“Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.”<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro.** In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 6-7.

<sup>57</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 88.

<sup>58</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.23-24.

<sup>59</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional.** Disponível em < <http://www.idcivil.com.br/artigos.html>> Acesso em 23 de junho de 2006.

Daniel Sarmiento trabalha bem esta idéia quando leciona que “a Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana”<sup>60</sup>, princípio fundante do ordenamento jurídico.

Com bastante propriedade escreve Tepedino:

“As novas tecnologias, como se veio de demonstrar, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.”<sup>61</sup>

Conclui-se, portanto, que as categorias de direito privado estão passando por mutações, uma vez que situações jurídicas totalmente inovadoras estão surgindo, como a reprodução *in vitro*, e trazendo problemas hermenêuticos para resolução do caso concreto, face ao choque de princípios e direitos fundamentais constitucionais.

### *2.1.3 Colisões entre princípios e direitos fundamentais constitucionais e a técnica da ponderação.*

Como forma de dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador constituinte conferiu grande destaque aos direitos fundamentais, incorporando-os em seu texto e conferindo a eles *status* de cláusula pétrea, protegendo-os, inclusive, do poder constituinte derivado.<sup>62</sup>

Os direitos fundamentais possuem as mesmas características normativas dos princípios e, por isso, sua proteção foi concebida pelos sistemas jurídicos contemporâneos. Princípios e direitos fundamentais, muitas vezes, colidem. E quando há várias normas

---

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.100.

<sup>61</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil**. Disponível em <<http://www.fdc.br/revista/docente/10.pdf>> Acesso em 23 de junho de 2006.

<sup>62</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.109.



constitucionais com possibilidade de incidir sobre um determinado fato, não pode o aplicador da lei simplesmente optar por uma das normas em detrimento das demais que, em tese, poderiam ser aplicáveis ao caso concreto, como se houvesse hierarquia sobre elas. Assim, o intérprete constitucional desenvolveu técnicas para lidar com o fato de a constituição possuir valores e interesses potencialmente conflitantes e de seus princípios frequentemente colidirem.<sup>63</sup>

Pode-se dizer que as colisões de princípios e direitos fundamentais são decorrentes, basicamente, de: a) o fato das sociedades modernas serem plurais e complexas ao ponto de buscarem proteção constitucional de valores e interesses diversos que, por vezes, podem colidir; e b) por os direitos fundamentais erigirem-se à categoria de princípios, podem concorrer com outros princípios.<sup>64</sup>

Ressalte-se que só o fato de a Constituição ser um sistema aberto de normas jurídicas faz subtender a possibilidade de existir “fenômenos de tensão” entre os vários princípios previstos em seu texto. Caso fosse aceita a validade absoluta de determinados princípios e direitos fundamentais em detrimento de outros, haveria uma grande incompatibilidade com o que propõe a moderna hermenêutica constitucional.<sup>65</sup>

Ainda, como não há hierarquia entre as normas constitucionais, não há como defender a possibilidade de uma prevalecer sobre a outra automaticamente, sem, antes, fazer uma análise detalhada do caso concreto. De sorte, a subsunção – incidência imediata da norma ao fato concreto - não é capaz de solucionar situações de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, como ocorre com regras colidentes, posto que a particularidade da situação é que dirá qual ou quais deverão ser aplicados, pois princípios e direitos fundamentais podem coexistir.

Como não é suficiente aplicar a técnica prevista pela hermenêutica constitucional tradicional, a subsunção, a solução trazida, modernamente, foi a **técnica da**

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro.** In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.

<sup>64</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.** In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.85.

<sup>65</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina: 2003. p. 1168.

**ponderação** que consiste “em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.”<sup>66</sup>

A técnica da ponderação, portanto, ocorrerá quando a subsunção não for possível ou suficiente. Assim, devido à possibilidade de coexistência dos princípios, o interprete deverá atribuir peso a cada norma incindível ao caso concreto, para que depois, de forma razoável e proporcional, estabeleça a norma que prevalecerá no caso concreto.

## **2.2 Os direitos e garantias constitucionais diretamente ligados às técnicas de reprodução humana assistida**

### *2.2.1. Princípio da Dignidade Humana.*

O princípio da Dignidade humana é um fundamento do Estado brasileiro, conforme determinado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. E tal *status* faz com que a dignidade humana seja “uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.*”<sup>67</sup> De onde se pode inferir que todo o ordenamento jurídico deverá ser visto em consonância com este princípio constitucional, inclusive e, para nós, principalmente, o código civil brasileiro.

Uma das principais mudanças na leitura do Código Civil atual foi a atribuição de grande importância à pessoa humana em detrimento de seu patrimônio, como ocorria com o CC/16. E essa releitura, fundada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, está diretamente ligada às soluções que serão dadas às questões trazidas com o progresso científico e tecnológico.

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.** In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.91.

<sup>67</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002.** In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil – constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXV.

De forma sucinta, a dignidade da pessoa humana é conceituada como “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.<sup>68</sup>

Daniel Sarmento propõe que o princípio da Dignidade Humana:

“Representa o epicentro axiológico da ordem constitucional irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.”<sup>69</sup>

O princípio em questão coloca a pessoa humana como centro da ordem jurídica, sobrepondo-se ao Estado, sendo ela o fim e o Estado o meio para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Constituição. A dignidade da pessoa humana, como já dito, é concretizada por meio dos direitos fundamentais e revela-se como garantia da vida humana com dignidade. Assim, os Poderes Públicos devem assegurar aos cidadãos o mínimo para se viver com dignidade.<sup>70</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>71</sup>, em surpreendente estudo, estabelece que o conceito de dignidade jurídico de dignidade humana é composto por quatro subprincípios: a) direito à igualdade; b) tutela da integridade psicofísica; c) direito à liberdade e; d) direito-dever de solidariedade social.

O **direito à igualdade** revela-se na igualdade formal e na igualdade substancial. Entretanto, ao invés de se buscar uma identidade comum entre as pessoas, atualmente, procura-se reconhecer as diferenças existentes entre os atores dessa sociedade contemporânea, multicultural e diversificada.

A **tutela da integridade psicofísica**, sob o prisma tradicional, revela-se como sendo o direito de não ser torturado e o de ser detentor de garantias penais. No âmbito

---

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000. p.109.

<sup>69</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 200, p. 59-60.

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.110 – 113.

<sup>71</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp.85-117.

do Direito Civil, apresenta-se como garantia de direitos da personalidade, instituindo o amplo direito à saúde – “completo bem-estar psicofísico e social”. Este princípio estabelece, primordialmente, o direito à existência digna. Uma de suas projeções mais atuais e bastante polêmica é a sua ligação com os direitos humanos de quarta geração decorrentes do surgimento das inovações biomédicas.

O **direito à liberdade**, ao seu turno, está cada vez mais relacionado ao conceito de privacidade, de intimidade, ou seja, ser livre, atualmente, é poder realizar escolhas pessoais sem interferência de ninguém. Entretanto, deverá ser exercido sopesando o dever de solidariedade social, uma vez que todo direito deve ser exercido em um contexto social. Deve, portanto, haver ponderação entre liberdade e solidariedade social de forma a se complementarem com o fim de reduzir desigualdades e injustiças.

Por fim, tem-se o **direito-dever de solidariedade social** que se revela, nas palavras de Maria Celina, como sendo “um conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”

Pode-se entender o princípio da dignidade da pessoa humana, também, sob duas formas distintas: a) comparativa, ou seja, em relação a alguém que mereça ser qualificado como digno, estando a idéia de dignidade vinculada ao comportamento humano; b) qualitativa, ou seja, voltada ao ser que se diz digno, sendo uma característica intrínseca ao ser humano. Ser digno equivale, portanto, a ser pessoa.<sup>72</sup>

Importante ressaltar que o princípio, ora estudado, está intimamente ligado ao direito à vida. Dessa forma, não há que se falar apenas em vida por si só. Deve-se atrelar a ela o viver com dignidade. Para tanto, os direitos sociais, garantidos constitucionalmente, devem não apenas ser respeitados como implementados na vida das pessoas.<sup>73</sup> Tais direitos encontram-se consagrados no art. 6º da Lei Maior, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

---

<sup>72</sup> GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira e SORDI, Sandra. Aspectos Atuais do Projeto Genoma Humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.179.

<sup>73</sup> Idem, pp.180-181.

Retomando o conceito de dignidade, pode-se observar que se está diante de valores, algo bastante indeterminado. Nota-se, portanto, um grande problema no qual esbarra a dignidade humana, bem constitucional, que necessita de uma significação concreta. A exemplo, têm-se aqueles que são favoráveis à eutanásia, propondo o direito da pessoa de ter uma morte digna, e aqueles que defendem o direito à vida humana baseados no princípio da dignidade. Aqui, a dignidade humana é utilizada tanto para fundamentar o direito à vida como para legitimar a sua destruição, o mesmo ocorre em relação à manipulação e destruição de embriões humanos.<sup>74</sup>

Neste ínterim, apesar de o princípio da dignidade humana possuir elevada carga de valores intrínsecos à vida das pessoas, não poderá ser tido como absoluto, prevalecendo de forma incondicional sobre outros princípios que lhe forem opostos, em qualquer situação. Deve, portanto, o operador do direito analisar cada caso, julgando a prevalência ou não de tal princípio, tendo em mente o que propõe a Constituição Federal<sup>75</sup>: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.<sup>76</sup>

Sem embargo, um dos pontos mais importantes deste tópico é justamente reconhecer as implicações do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Privado, fazendo com que haja uma exegese voltada a pessoa humana em detrimento do patrimônio dela, o que se defendia no passado.

Face ao exposto, diante da tênue relação existente entre o direito à vida e o princípio da dignidade humana, para que se possa realmente chegar a uma conclusão acerca da aplicabilidade de tal princípio ao embrião humano, no próximo capítulo deste estudo far-se-á uma análise de quando se começa a vida, atrelada a uma breve notícia sobre a personalidade jurídica e o nascituro.

### 2.2.1.1. Direito a Vida

---

<sup>74</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites Éticos e Jurídicos do Projeto Genoma Humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.309.

<sup>75</sup> Artigo 3º, inciso I, CF.

<sup>76</sup> FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.273.

O primeiro de todos os direitos conferidos ao homem é o direito a vida<sup>77</sup> e a ele está vinculado o direito de nascer e, também, o de viver com dignidade.<sup>78</sup> Tal assertiva é tão verdadeira que a nossa Constituição Federal trata o direito a vida como uma garantia fundamental, conforme o artigo 5º do referido diploma legal, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” [sem grifo no original].

Dessa forma, o direito a vida é garantido constitucionalmente não apenas aos brasileiros, mas a qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, que esteja em território brasileiro, tendo o constituinte brasileiro, portanto, recebido-o como um direito humano fundamental.<sup>79</sup>

Dalmo de Abreu Dallari, em seu artigo *Bioética e Direitos Humanos*<sup>80</sup>, traduz a vida como um valor ético, independente de religião ou convicções filosóficas. Fala, ainda, que a convivência obrigatória com outros seres humanos faz que as pessoas sejam levadas e condicionadas por tal valor ético, bem como pelo dever de respeitá-lo. Dessa sorte, o citado autor vê a vida como um valor inato da condição humana, pois sem ela o ser humano não existe como tal.

Deve-se destacar, no entanto, que o direito a vida deve ser interpretado de forma ampla, não se considerando apenas a vida biológica, podendo ser concebido de duas formas: direito individual de estar vivo (existência física) e direito das pessoas de terem vida digna quanto à subsistência.<sup>81</sup> A vida humana, portanto, vai além de uma existência física, pois se refere também a vida com dignidade.<sup>82</sup>

Como já foi dito, há relação bastante tênue entre direito à vida e princípio da dignidade humana. De sorte que, ao se reconhecer a fundamentalidade do citado princípio,

---

<sup>77</sup> SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Léjus, 1997, pp. 38-39.

<sup>78</sup> SILVA, Renato Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002, p.200.

<sup>79</sup> FABRIZ, Daury Cesar: **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. pp. 266-267

<sup>80</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu: *Bioética e Direitos Humanos*. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores): **Iniciação à Bioética**. Brasília: CFM, 1998. pp.231-232

<sup>81</sup> FABRIZ, Daury Cesar: ob. cit, pp. 268-269

<sup>82</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, ob. cit., p.232

impõe-se aos civilistas modernos a necessidade de interpretar e aplicar as normas e os demais conceitos jurídicos de maneira a assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.<sup>83</sup>

Outro aspecto de grande importância do direito ora estudado é o fato de todos os direitos da personalidade dele decorrerem<sup>84</sup>, de sorte que pode-se conceber o direito à vida como um “pressuposto lógico aos direitos da personalidade”.<sup>85</sup>

Há de se falar também que o direito à vida com dignidade é objetivo do Poder Público assegurado na Carta Maior e, ainda, é uma cláusula geral que impulsiona todo o ordenamento.<sup>86</sup>

Mas quando se inicia o direito à vida? Tal questão é passível de inúmeras controvérsias entre juristas, cientistas e a Igreja Católica. No próximo capítulo deste trabalho, a questão em tela será objeto de estudo mais aprofundado. No entanto, faz-se necessário abordar os aspectos legais infraconstitucionais do citado direito, o que será de grande auxílio para se chegar a um denominador comum no tocante à questão aqui proposta, vez que no plano Constitucional já se pôde notar que o direito à vida é um direito fundamental.

Dessa sorte, a legislação penal disciplina a matéria sob diversos prismas no título I, capítulo I da Parte Especial, ou seja, dentro dos crimes contra a pessoa, o primeiro capítulo aborda explicitamente os crimes contra a vida. Assim, iniciou o legislador infraconstitucional com o crime de homicídio: art. 121, CP, *in verbis*: “Matar alguém: pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. Tal crime pode ser definido como “a eliminação da vida extra-uterina praticada por outrem.”<sup>87</sup>

Logo em seguida, tipificou-se o crime de Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio: art. 122, CP: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para

---

<sup>83</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 93.

<sup>84</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**, 2. ed., vol. 1, São Paulo: RT, 2002, p. 176.

<sup>85</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.109.

<sup>86</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.110.b

<sup>87</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17.

que o faça”. Suicídio é a “eliminação direta da própria vida.” <sup>88</sup> Como não se pode punir o sujeito ativo do suicídio por ser a mesma pessoa que o sujeito passivo, a lei não poderia se eximir de punir àqueles que de alguma forma contribuísssem para a efetivação do suicídio. Dessa sorte, pune-se a ação de induzimento como forma de não se aceitar o ceifamento da própria vida. <sup>89</sup> O crime aqui estabelecido demonstra, com grande força, o caráter indisponível do direito à vida.

Há também o crime de Infanticídio: art. 123, CP: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. Este tipo penal é um homicídio privilegiado, vez que a mãe mata o próprio filho por estar psicologicamente afetada.

Por último, tem-se o crime de aborto que se reveste de algumas formas: aborto provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento e aborto provocado por terceiros com ou sem o consentimento da gestante. Mirabete ensina:

“Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, aborto.” <sup>90</sup>

Observa-se, portanto, que a proteção à vida na esfera penal refere-se à pessoa já nascida, ao recém-nascido – no caso de infanticídio - ou ao nascituro – aquele que está por nascer e se encontra em desenvolvimento no ventre materno. É curioso o fato de que a legislação brasileira não se referiu ao embrião que se encontra *in vitro*, fazendo que tal lacuna na lei dê brechas a grandes indagações acerca da destinação dos embriões restantes da técnica de fertilização *in vitro*.

---

<sup>88</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.82

<sup>89</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 4. ed., 2000, p. 68.

<sup>90</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, ob. cit., p. 93



Nota-se com o presente estudo que tradicionalmente o direito à vida era tido como direito absoluto e indisponível. Contrariando esta idéia, Luiz Flávio Gomes<sup>91</sup> defende a idéia de relativização do referido direito. Escreveu o professor:

“Dono da vida, o homem indiscutivelmente deve ser também, dentro de determinadas circunstâncias e segundo certos limites, o dono da sua morte. Aliás, já o é no suicídio, o que significa, desde logo, uma relativização do “direito à vida” (que equivocadamente é ensinado nas faculdades, em geral, como se fosse algo absolutamente indisponível, o que não é verdade). Vida e morte, em suma, pertencem a Deus, mas não só a ele. O que o Direito Internacional vigente no Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, art. 6º, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose -, art. 4º) proclama é o seguinte: o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido por lei e ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida. Enfatizando-se: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Em consequência, havendo justo motivo, é dizer, razões fundadas, não há como deixar de afastar a ilicitude ou a punibilidade da conduta.”

A visão do renomado professor mostra o surgimento de um novo paradigma, haja visto que a vida, que era tida como algo absoluto, intocável, passa a ter um significado relativo, seguindo determinados limites. Assim, o autor, com muita cautela, defende a eutanásia, prática que não é aceita pela nossa legislação. E esse já tem sido o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal ao tratar dos direitos fundamentais, dizendo que eles não são absolutos. Entretanto, a restrição a tais direitos deve respeitar o que dispõe a Carta Magna.<sup>92</sup>

Ressalte-se, por oportuno, que, ainda no âmbito penal, existe a figura da legítima defesa como excludente de ilicitude. O código penal, em seu artigo 25, define o instituto: “Entende-se, em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Aqui, mantém-se a idéia de proteção da vida, uma vez que retira quaisquer chances de punibilidade no caso de um crime contra a vida quando há a defesa moderada contra qualquer agressão atual ou iminente.

---

<sup>91</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia: dono da vida, o homem é também dono da sua própria morte?**. Disponível em : <<http://www.geraldoprado.com/eutanasia.html>> Acesso em: 23 de outubro de 2003

<sup>92</sup> STF, DJ 12.05.2000, MS 23452 – RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”

Dessa sorte, pode-se notar que o próprio código penal trouxe em seu texto um instituto que, no seu bojo, trabalha com a relativização do direito à vida, vez que não pune aquele que, no exercício de sua legítima defesa, mata outra pessoa.

Há de se falar, também, nas duas exceções ao crime de aborto tratadas no art. 128, I e II, CPB, que se referem ao aborto feito em mulher cuja vida está em risco e à gravidez resultante de estupro.

O que se pretende mostrar é que se inicia uma nova visão sobre o direito fundamental ora estudado, o que favorece, em um futuro próximo, que se alcance uma legislação mais aberta às novas exigências das mudanças científicas que interferem fortemente nas relações humanas, como na reprodução humana assistida, nos transplantes, nas pesquisas em células - tronco, etc..

### *2.2.2. Direito de Gerar*

O direito de gerar é uma garantia constitucional que deve ser propiciado pelo Estado. Assim, a Constituição Federal do Brasil estabelece no artigo 226, §7º :

“Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Ainda, a Lei n. 9263/96 vem regulamentar o artigo supra. Já no seu artigo 1º, estabelece-se que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão. O art. 2º, ao seu turno, define planejamento familiar 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”. Já o art. 3º trata do planejamento familiar como sendo uma questão de saúde, estabelecendo que o Sistema Único de Saúde (SUS) deverá prover: assistência à concepção e à contracepção; atendimento pré-natal; assistência ao parto, dentre outras coisas.

Destaque-se, por oportuno, que o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina que “homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm o

direito a casar e constituir família”, podendo-se inferir o direito a ter filhos que está sendo colocado como um direito humano, devendo ser protegido pelo Estado.

Maria Cláudia Crespo Brauner<sup>93</sup> aborda de forma concisa e específica aspectos acerca do direito de gerar, também conhecido como projeto parental. Para a autora, os direitos sexuais e reprodutivos são conquistas recentes que propiciam o direito das pessoas de organizar a sua vida reprodutiva, buscando cuidados proporcionados pela ciência para solucionar problemas decorrentes de uma fraca saúde sexual e reprodutiva. Ademais, inclui como direito muito ligado à intimidade e à autodeterminação das pessoas, não podendo, portanto, ser limitado. Assim, cabe ao Estado disponibilizar recursos para que se tenha um planejamento familiar responsável, educando para que se saiba quando será o momento certo para gerar ou não gerar.

Face ao que está estabelecido na Constituição e nas leis infraconstitucionais, é totalmente aceitável que as pessoas incapacitadas de ter filhos busquem a ciência para sanar seus problemas. Para tanto, existem, atualmente, as técnicas de procriação artificial que, ao mesmo tempo em que são bem aceitas pela sociedade, ainda enfrentam grandes dilemas.

Uma das questões que envolvem as técnicas de RHA é a seguinte: Todo e qualquer modo de gerar através das técnicas de RHA deve ser permitido? Maria Crespo Brauner<sup>94</sup> entende que o direito de gerar não é absoluto, bem como não deve ser motivo para que se tenha um acesso irrestrito às referidas técnicas. Tanto que um dos limites é exatamente o fato de se ver a criança como uma “coisa”, negando-lhe a sua dignidade de pessoa.

Outra questão de grande relevância é trazida a tona: O direito de gerar é direito fundamental do homem ou é direito privado garantido pela CF? Se a resposta for direito fundamental, não se poderá impor obstáculos às técnicas de RHA provenientes da ausência de um dos genitores, como a inseminação artificial de mulher solteira. Assim, dá-se o confronto dos direitos do genitor com os interesses da criança que virá.<sup>95</sup>

Depreende-se, portanto, que o direito de gerar é derivado de outros direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física e à saúde, devendo ser

---

<sup>93</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo, ob. cit., pp. 51-79.

<sup>94</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo, ob. cit., pp. 51-79.

<sup>95</sup> BARBOZA, Heloísa Helena, op. cit., pp. 37-39

propiciado pelo Estado da melhor forma possível, fazendo que todos tenham acesso às técnicas de procriação artificial em face de um problema de esterilidade. Agora, como a esterilidade não tem cura, pode-se entender que o que leva um casal a procurar estes meios é a satisfação do desejo de gerar, de se ter um filho.

### 2.2.3. *Direito à Liberdade Científica*

Da mesma forma que o direito à vida e o direito de gerar são garantidos constitucionalmente, também o é o direito à Liberdade Científica. No art. 5º, IX a Constituição Federal estabelece: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

Ainda, ao tratar da ciência e da tecnologia, o legislador constitucional assegurou o incentivo às atividades científicas pelo Estado, conforme art. 218, caput e parágrafo primeiro. “Art. 218: O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. §1º: A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.”

Ocorre que o avanço da ciência, principalmente no tocante às novas técnicas de reprodução humana assistida e da genética em seu conjunto, tem trazido à tona situações que até então não se imaginavam possíveis. Agora, envolve-se a vida humana de forma integral, pois se tem cada vez mais o domínio sobre ela, podendo-se, até mesmo, corrigi-la, procurando melhorar suas qualidades.<sup>96</sup>

Depara-se, portanto, com um dilema que antes não existia:

“até onde é possível permitir a realização de pesquisas que envolvem seres humanos, a procriação e a manipulação genética sem que a dignidade humana e os direitos da personalidade sejam ofendidos e que assim impeçam o progresso da ciência?”<sup>97</sup>

As discussões acerca do grande avanço dado pela genética são inúmeras. Questionam-se desde os métodos utilizados pela reprodução humana assistida até a

<sup>96</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, as Ciências e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 101.

<sup>97</sup> PEREIRA, Micheli Meneguelli P. **Reprodução Assistida – Aspectos Éticos**. Disponível em <<http://www.ghente.org>> Acesso em: 16/03/04

possibilidade de se clonar um ser humano. O mundo jurídico enfrenta uma realidade na qual há exigências da sociedade, inclusive dos próprios pesquisadores, no tocante à elaboração de leis que dêem mais segurança e maior legalidade às novas práticas.

Não se nega a conveniência ou mesmo a vantagem da pesquisa científica. Argüi-se, sim, a necessidade de se tutelar os direitos do homem com o escopo de se proteger a espécie e não apenas o ser isolado. O intuito não é ignorar o indivíduo, mas protegê-lo como ser social.<sup>98</sup>

A relação existente entre o Direito e a Ciência é muito peculiar e necessita de grande cautela. Para tanto, Sueli Gandolfi Dallari<sup>99</sup>, em palestra proferida no *Seminário Internacional Clonagem Humana: Questões Jurídicas*, sugere que se dê uma maior atenção ao princípio da precaução. Para ela: “Atuar o princípio da precaução significa (...) conduzir uma ação política que obriga à prudência. É necessário certificar-se do melhor estado da arte a respeito e analisar as repercussões socioeconômicas e culturais do problema, estabelecendo-se um adequado e eficaz sistema de vigilância”.

Um dos maiores problemas trazidos é a incerteza decorrente das atividades científicas, posto que não se sabe, ainda, quais os danos que as pesquisas podem causar em seres humanos. E é essa incerteza que leva à formação do princípio da precaução, vez que se passa a conter o avanço científico ilimitado, orientando a busca dos verdadeiros responsáveis pelos comportamentos imprudentes. Não se leva em consideração apenas o dano causado, pois há comportamentos que devem ser proibidos e sancionados.<sup>100</sup>

A autora, ainda, discute a seguinte questão: com o princípio da precaução, o avanço tecnológico não estará sendo estagnado? Com muita convicção, ela trabalha o seguinte argumento: “[...] seu emprego deve implicar o aumento do investimento em ciência e tecnologia, uma vez que, em situações de risco potencial desconhecido, exige a busca de solução que permita agir com segurança [...]”<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> MARINHO, Josaphat. O homem, as Experiências Científicas e o Direito Positivo. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n.16, jan – mar, 2002, p. 19.

<sup>99</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito e Ciência. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n.16, jan – mar, 2002, p. 66.

<sup>100</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi, ob. cit., p. 66.

<sup>101</sup> Idem, ibidem.

Conjuga do mesmo pensamento Josaphat Marinho<sup>102</sup> quando diz:

“O desenvolvimento científico e tecnológico, sem prejuízo de seus fins, bem pode desdobrar-se atentando na necessidade de resguardar o ser humano e seus direitos. Tanto mais importante é essa posição porque do respeito à dignidade e à liberdade do homem decorre, grandemente, a garantia da independência científica.”

Entende-se, portanto, que experimentos aleatórios, sem fundamentos e sem cautela suficiente para impedir a ocorrência de um dano devem, não apenas ser evitados, como punidos. No entanto, o Direito pátrio ainda não alcançou um estágio em que pudesse ficar equiparado aos avanços científicos, o que propicia a pesquisa deliberada em seres humanos.

No Brasil, em março de 2005 foi aprovada a nova lei de biossegurança, lei n. 11105/2005, que prevê a possibilidade de pesquisas com embriões humanos. Entretanto, para que tais pesquisas ocorram, a própria lei estabelece critérios – artigo 5 - que devem ser observados, vejamos: os embriões devem ser produzidos por fertilização *in vitro* (caput), inviáveis (inciso I) ou sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (inciso II). Ainda, deve haver expresso consentimento dos genitores ( § 1).

Por outro lado, a mesma lei estabelece, em seu artigo 25, ser crime “praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano.”<sup>103</sup>

Quanto a permissibilidade de pesquisas em células-tronco embrionárias, esta foi uma evolução no direito Brasileiro, uma vez que vários países já haviam se flexibilizado quanto a pesquisas em embriões humanos. São eles: Inglaterra, Austrália, Japão, Coréia do Sul, Cingapura, China e Israel.<sup>104</sup> Urge, aqui, a necessidade de se compreender o que é uma célula - tronco.

---

<sup>102</sup> O homem, as Experiências Científicas e o Direito Positivo. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n.16, jan – mar, 2002, p. 19.

<sup>103</sup> A lei, em seu artigo 25, comina pena de um ano a quatro anos e multa.

<sup>104</sup> BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina. Células da Esperança. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, ed. 1846, ano 37, n. 19, 24 de março de 2004, p.90.

Mayana Zatz<sup>105</sup>, coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da USP, as define da seguinte forma:

“As células - tronco são células progenitoras que mantêm a capacidade de diferenciar [sic] nos inúmeros tecidos (sangue, músculos, nervos ossos etc.) do corpo humano. São totipotentes quando tem [sic] a capacidade de diferenciar-se em qualquer um dos tecidos humanos e pluripotentes quando conseguem diferenciar-se em alguns mas [sic] não em todos os tecidos humanos”.

Explica, ainda, a autora, que elas podem ser obtidas por meio de clonagem terapêutica, de alguns tecidos adultos como a medula óssea e o sangue e do cordão umbilical.

Certamente, os países acima já estão bem a frente no tocante aos estudos sobre a terapia com células - tronco, uma vez que os cientistas possuem apoio governamental para realizar as suas pesquisas. Exemplo disso é o caso dos coreanos que conseguiram produzir células-tronco embrionárias utilizando um embrião clonado para fins terapêuticos.<sup>106</sup>

Ora, resta saber quais seriam as vantagens e as desvantagens de uma terapia celular com células-tronco. Os pontos positivos são animadores, vez que doenças como insuficiência cardíaca, diabetes tipo 1, lesões medulares como paraplegia e tetraplegia, infarto, lúpus, esclerose múltipla e artrite reumatóide podem passar a ter cura. Ainda, deve-se falar da possibilidade de se obter um órgão a partir de tais células, o que facilitaria e traria maior esperança àqueles que vivem a espera de um órgão na fila para realizar um transplante.

No entanto, ainda há muito que se estudar e se pesquisar acerca desta terapia, pois há alguns impasses. O primeiro é o fato das células-tronco retiradas de tecidos adultos e do cordão umbilical possuírem menor capacidade de diferenciação, além de existirem em pequena quantidade. Ademais, ainda não se sabe, exatamente, em quais tecidos ou órgãos elas podem se diferenciar.

O segundo impasse é o fato de as células embrionárias, por terem alta capacidade de diferenciação, serem tão potentes a ponto de os cientistas não terem, ainda, controle sobre o ritmo em que se multiplicam, podendo gerar um tumor maligno. Além disso,

---

<sup>105</sup> ZATZ, Mayana. **Células-Tronco: Esperança Renovada.** Disponível em: <[http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos\\_mayana.htm](http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos_mayana.htm)> Acesso em 22/03/2004.

<sup>106</sup> BERNARDO, Karla. **Células-Tronco: O Brasil a um passo da criação de órgãos em laboratório.** Disponível em < [http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos\\_radovan.htm](http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos_radovan.htm)> Acesso em 22/03/2004.

há a questão acerca da natureza jurídica do embrião (cap. 3 deste trabalho), posto que ao se retirar as suas células-tronco, o embrião é eliminado.

Não obstante os argumentos acima relatados, os cientistas vêm nas células embrionárias a grande esperança para a terapia celular, principalmente nas oriundas de clonagem terapêutica, pois a possibilidade de rejeição é praticamente inexistente.

No Brasil, como até pouco tempo eram proibidas pesquisas em embriões humanos, foram realizados vários trabalhos com as células – tronco de tecidos adultos, especificamente da medula óssea dos pacientes, com grande êxito. A revista *Veja* de 24 de março de 2004 traz alguns casos que vêm ocorrendo no país.

“O procedimento mais usual é retirar da medula óssea uma quantidade de células - tronco e transplanta-las diretamente para a área do músculo cardíaco lesionada. Em Dezembro de 2001, a equipe do cardiologista Hans Fernando Dohmann, do Hospital Pró – Cardíaco do Rio de Janeiro, fez o primeiro transplante desse tipo no Brasil. O paciente era uma vítima de insuficiência cardíaca causada por infarto. Procedimentos semelhantes só haviam sido realizados na Alemanha, Holanda, Japão e Estados Unidos. Por meio de um cateter, as células – tronco são transportadas para a região a ser regenerada. Demora em média apenas quarenta dias para que elas se transformem em células cardíacas, repovoando a porção necrosada pelo infarto. [...] Dos 21 pacientes operados no Brasil [sic] dezessete levam hoje uma vida normal.”<sup>107</sup>

Além desses estudos ocorridos no Rio de Janeiro, o Instituto do coração de São Paulo (Incor) tem trabalhado em duas pesquisas inéditas no mundo. A primeira consiste em injetar células-tronco, durante a cirurgia de pontes de safena e mamárias em local onde a vascularização seria impossível por meio de ponte, tendo sido esta técnica já aplicada em dez pacientes. A segunda, por sua vez, busca a recuperação de pacientes com insuficiência cardíaca. Aqui, com a ajuda de medicamentos, faz-se que as células-tronco migrem da medula óssea para o músculo cardíaco. Para onze pacientes cujo estado de saúde era tão sério que dependiam de um transplante de coração, a aplicação desta técnica foi a melhor saída. Tanto que oito já recuperaram, em parte, as funções cardíacas.<sup>108</sup>

Com tantos avanços ocorrendo, infelizmente, no Brasil, ainda há problemas a ser resolvidos, posto que o Procurador Geral da República propôs ação direta de

---

<sup>107</sup> BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina, ob. cit., p.88.

<sup>108</sup> BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina, ob. cit., p.88.



inconstitucionalidade (ADI 3510/05) impugnando o art. 5 e parágrafos da Lei 11105/05. Justamente o artigo que permite a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas terapêuticas.

No caso de ser julgada procedente a referida ADI, tender-se-á a uma estagnação, uma vez que chegará a hora em que já se terão esgotadas as possibilidades de utilização de células – tronco de tecidos adultos, devido ao seu baixo nível de diferenciação.

Ressalte-se que o que se busca não é uma liberdade científica desordenada, mas sim uma condição melhor para que se possa desenvolver as pesquisas de forma a propiciar resultados benéficos que atingirão toda a sociedade. Deve, sim, haver uma lei que imponha limites, mas não que impeça a evolução. Faz-se importante o desenvolvimento de um eficaz método de vigilância para que os abusos sejam vistos e punidos, podendo a ciência trabalhar em conformidade com os direitos fundamentais do homem, respeitando-os.

### **3. A SITUAÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO *IN UTERO* E *IN VITRO***

#### **3.1) O Início da Vida.**

Com o avanço das técnicas de biotecnologia, bem como com o crescente desenvolvimento da ciência no tocante às pesquisas com seres humanos, o questionamento acerca de quando se inicia a vida passou a nortear vários estudos com o intuito de se alcançar uma resposta plausível para servir de fundamento nas questões referentes ao embrião humano, estando ele dentro ou fora do útero.

Infelizmente, não há uma só saída para este questionamento. Nem a Igreja, nem a biologia, nem o Direito conseguiram chegar a um consenso, posto que se está diante de uma questão de natureza moral.

Existem algumas correntes que tratam do assunto em pauta, seja com fundamentos metafísicos, biológicos ou filosóficos. São elas: corrente concepcionista e corrente desenvolvimentista.

##### *3.1.1) Corrente Conceptionista*

A **corrente concepcionista**, também chamada de personalista, entende que a vida inicia-se desde a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo com o espermatozóide, pois a partir daí já se tem um ser com material genético próprio, com individualidade humana autônoma.

São as palavras de Jussara Maria Leal de Meirelles<sup>109</sup>:

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

---

<sup>109</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.91.

A Igreja Católica comunga desta mesma corrente, o que se extrai da Encíclica *Evangelium Vitae*, importante documento pelo qual o Papa João Paulo II manifestou-se acerca do valor e da inviolabilidade da vida humana. Pronuncia, o Sumo Pontífice<sup>110</sup>:

“Alguns tentam justificar o aborto, defendendo que o fruto da concepção, pelo menos até um certo número de dias, não pode ainda ser considerado uma vida humana pessoal. Na realidade, porém, « a partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida que não é a do pai nem a da mãe, mas sim a de um novo ser humano que se desenvolve por conta própria. Nunca mais se tornaria humana, se não o fosse já desde então. A esta evidência de sempre (...) a ciência genética moderna fornece preciosas confirmações. Demonstrou que, desde o primeiro instante, se encontra fixado o programa daquilo que será este ser vivo: uma pessoa, esta pessoa individual, com as suas notas características já bem determinadas. Desde a fecundação, tem início a aventura de uma vida humana, cujas grandes capacidades, já presentes cada uma delas, apenas exigem tempo para se organizar e encontrar prontas a agir ».57” [sem grifo no original]

Ao se pensar e afirmar que a concepção é o marco inicial da vida, os concepcionistas vêem os embriões *in vitro* como um ser humano cheio de vida. “É nessa tese que há mais garantia e mais fidelidade ao perfil de *tutela global* da vida humana desde suas primeiras manifestações; é fiel ao perfil do *princípio da de legalidade - taxatividade*, assegurando a certeza sobre o momento do início do ser humano, o que desvanece nas teses que o pospõem”.<sup>111</sup>

Em contraposição aos argumentos acima, Miguel Kottow<sup>112</sup>, doutor em Medicina e mestre em Sociologia, lança críticas aos concepcionistas. A primeira delas refere-se ao fato de se condicionar o início da vida humana a partir da fecundação, pois se está desconhecendo que uma proporção significativa de zigotos tende ao fracasso, posto que não há como precisar se se encontra diante de uma concepção bem sucedida, o que se constata apenas quando se detecta sinais de uma gravidez viável, de modo que o começo

<sup>110</sup> CARTA ENCÍCLICA *Evangelium Vitae*. Do Sumo Pontífice João Paulo II aos Presbíteros e Diáconos, aos Religiosos e Religiosas, aos fiéis leigos e todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, 1995. E.60. Disponível em: <[http://www.vatican.va/edocs/POR0062/\\_INDEX.HTM](http://www.vatican.va/edocs/POR0062/_INDEX.HTM)> Acesso em 05/04/2004.

<sup>111</sup> MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.188.

<sup>112</sup> KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**. vol. 9. nº2 – 2001. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001. pp. 26/27.

concepcionista da vida só ocorre por inferência *post factum*, sendo, portanto, um começo de vida virtual.

Critica, também, a autonomia, a capacidade de se desenvolver, por si só, do zigoto como argumento para o início da vida. Para ele, toda concepção viável tem a constituição de um zigoto como elemento necessário, mas não suficiente, que depende de outros elementos, também necessários e complementares para iniciar a vida ontogênese de um novo ser, devendo a teoria personalista reconhecer que o começo da vida é um processo e não um episódio.

Aliada a essas críticas, há também a que determina a negação da especificidade pessoal dos gêmeos verdadeiros, uma vez que se admitindo o início da vida com a fecundação, não se está reconhecendo a vida dos gêmeos que são formados por meio de uma cisão do embrião em um estágio mais avançado,<sup>113</sup> fato este que demonstra não possuir o embrião, logo após a fecundação, individualidade.

Portanto, as críticas a respeito do início da vida com a fecundação levaram ao surgimento de teorias que estabeleciam o surgimento da vida após diversas fases de desenvolvimento intra – uterino.

### 3.1.2) *Corrente Desenvolvimentista*

Também intitulada como tese das fases sucessivas, ou mesmo corrente genético desenvolvimentista, esta corrente afirma que a fecundação não é suficiente para estabelecer o início da vida, pois o novo ser necessita de um certo grau de desenvolvimento.<sup>114</sup>

Assim sendo, o começo da vida dá-se com a aparição de algum traço morfológico ou evolutivo do embrião ou em um determinado momento do processo de gestação.<sup>115</sup> Para que haja uma maior compreensão dos diferentes momentos defendidos pelos

---

<sup>113</sup> DEGOS, Laurent. **Os critérios biológicos da presença de uma pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.terraviva.pt/ancora/2254/apoio/pessoab.htm>>

<sup>114</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções Fetais – uma visão bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo e MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.

<sup>115</sup> KOTTOW, Miguel, ob. cit., pp. 30-31.

adeptos desta corrente do início da vida, faz-se necessário um breve estudo<sup>116</sup> acerca das fases mais importantes do desenvolvimento embrionário sobre as quais geram divergências entre os desenvolvimentistas:

Estágio 01 – **Fecundação** – ocorre a união do ovócito feminino com o espermatozóide masculino, formando o zigoto.

Estágio 02 – **Clivagem** – repetidas divisões mitóticas do zigoto, levam ao aumento do número de células que passam a se chamar de blastômeros. Inicia-se cerca de 30 (trinta) horas após a fecundação. Quando chega ao número de 12 (doze) a 15 (quinze) blastômeros, o ser em desenvolvimento passa a denominar-se mórula, que no terceiro dia, após a fecundação, adentra a cavidade uterina. Inicia-se, ainda, a atividade de transcrição da informação genética, exprimindo os caracteres específicos do indivíduo.

Estágio 03 – **4º e 5º dias** – Forma-se o blastocisto (64 células) que flutua na cavidade uterina por dois dias, nutrindo-se das secreções glandulares existentes no útero. A partir deste momento, as células deixam de ser totipotentes e passam a ser unipotentes, pois só a integração das células pode desenvolver o programa genético de um indivíduo.

Estágio 04 – **6º ao 15º dias** – A partir do 6º dia, o blastocisto começa a unir-se à parede do útero, estando totalmente implantado ao final da 2ª semana. É o que se denomina de **nidação**, momento em que a interação entre a mãe e o embrião se consolida. Durante o processo de nidação, a parte interna do blastocisto forma um disco embrionário que originará as camadas germinativas que se diferenciarão nos órgãos e tecidos do ser. Durante a segunda semana, são formadas as estruturas extra – embrionárias: cavidade amniótica, saco vitelino, pedículo e o saco coriônico. Há também o desenvolvimento da placa precordial que indica a futura região cefálica do embrião.

Estágio 05 – **Gastrulação** – Início da 3ª semana. Caracteriza-se pelo início da morfogênese, ou seja, do desenvolvimento da forma do corpo do embrião. Começa com a formação da linha primitiva (por volta do 15º dia), tornando possível identificar o eixo cefalocaudal, as extremidades cefálica e caudal, as superfícies ventral e dorsal e os lados direito e esquerdo do embrião. Dá-se, também, a formação da notocorda que serve de base

---

<sup>116</sup> MOORE, Keith L. e PERSAUD, T.V.N. **Embriologia Básica**. 5. ed. Tradução de : Ithamar Vugman e Mira de Casrilevitz Engelhardt. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2000, pp. 1-100.

para a formação do esqueleto axial (ossos da cabeça e coluna vertebral). O embrião, aqui, é denominado de gástrula.

Estágio 06 – **Neurulação** – Começa na 3ª semana e vai até o fim da 4ª semana. Processo de formação da placa neural e das pregas neurais que se fecham e originam o tubo neural. O embrião é chamado de nêurula.

Estágio 07 – **4ª a 8ª semanas** – Durante estas cinco semanas, maior parte do período embrionário, ocorre a formação dos principais órgãos e sistemas do corpo, a partir das camadas germinativas. É o fim da fase denominada embrionária.

Estágio 08 – **Período Fetal** – inicia na 9ª semana após a fecundação e termina com o nascimento. Caracteriza-se pelo crescimento rápido do corpo e pela diferenciação dos órgão e tecidos. A partir da 22ª semana, o feto passa a ser viável, ou seja, capaz de sobreviver fora do útero da mulher. No entanto, como o seu sistema respiratório ainda é imaturo, necessita de cuidados intensivos, podendo chegar a morrer no período pós – natal. A data esperada do nascimento é quando a de 38 semanas após a fertilização.

Por fazer um estudo cronológico do desenvolvimento humano é que os adeptos desta corrente acabaram entrando em dissenso ao discutir em qual estágio o concebido se torna pessoa.

Para alguns, o termo inicial da vida dá-se com a **nidação**, pois é ela que permite o desenvolvimento do embrião até o nascimento. No entanto, muitos criticam esta posição, vez que a nidação nada mais é do que o ambiente com as condições mais favoráveis ao desenvolvimento embrionário.

Há os que dizem que a vida inicia-se **após o 14º dia de desenvolvimento embrionário**, pois a partir daí inicia-se a formação nervosa, além da formação do plano construtivo do concebido. Posição adotada pelos ingleses por meio de um relatório emitido pela Comissão de Pesquisas sobre Fertilização Humana e Embriologia, em 1984, denominado Warnock, o qual estabelece que não se devem manter vivos, congelados ou não, embriões humanos decorrentes de FIV, caso não sejam implantados em uma mulher até o 14º dia após a fertilização, não podendo também haver realização de pesquisas sobre eles depois do período

acima determinado, cuja contagem não inclui o tempo em que, por ventura, o embrião esteve em estado de criopreservação.<sup>117</sup>

O Conselho Federal de Medicina brasileiro também adotou tal posição por meio da Resolução n. 1358/92, *in verbis*: “VI. 3 – O tempo máximo de desenvolvimento de pré – embrião *in vitro* será de 14 dias.”

Observe que a resolução utilizou o termo **pré – embrião** ao invés de utilizar embrião como fez o Informe de Warnock. No entanto, da leitura do documento inglês, infere-se que há uma distinção entre o embrião de antes de 14 dias de desenvolvimento e o de depois deste período. Assim, adota-se o termo pré – embrião àquele que já concebido ainda não teve a sua linha primitiva formada, vez que esta linha é o que torna a diferenciação do embrião evidente. Daí se falar em pré – embrião do momento em que houve a fecundação até a formação da linha primitiva.

Para os defensores da tese dos 14 dias, esta é a mais precisa, vez que até os 14 dias subseqüentes à fecundação pode haver a possibilidade de formação de gêmeos monozigóticos (com identidade genética). Por isso dizer que até esta fase não há que se falar em vida por não haver individualidade definida.

Ainda, existem aqueles que vêem necessidade de se esperar até a formação da **placa neural** para se falar em vida. Outros acreditam que o momento oportuno para que o embrião humano possa ser designado um ser vivo é apenas quando o concebido alcança a **forma humana**, o que ocorre na fase fetal, na qual os seus órgãos já estão constituídos. Alguns ainda exigem que haja **viabilidade** do feto. Por último encontram-se os que admitem a vida apenas com o **nascimento**.

As críticas voltadas a esta corrente são inúmeras. A primeira delas, pode-se dizer, é o fato de nem mesmo os seus adeptos possuírem opiniões convergentes a um momento que possam intitular de início da vida. Os personalistas, por sua vez, entendem que a mãe apenas dá condições para que o zigoto se desenvolva por si só, sendo o zigoto, o

---

<sup>117</sup> “12 – No live human embryo derived from *in vitro* fertilization, whether frozen or unfrozen, may be kept alive, if not transferred to a woman beyond fourteen days after fertilization, nor may it be used as a research subject beyond fourteen days after fertilization. This fourteen day period does not include any time during which the embryo may have been frozen.” In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.260.

blastocisto, o pré-embrião e o embrião fases distintas do novo ser humano, como também o são o recém-nascido, a criança, o adolescente, o adulto e o velho.<sup>118</sup>

Outra crítica é apresentada:

“Objeta-se que elas se baseiam numa ideologia expressamente utilitarista e convencional. São elaboradas com a finalidade de criar uma fase em que o concebido é considerado uma ‘coisa’ e, por isso, pode ser livremente instrumentalizado: (...). Como ‘coisa’, o pré – embrião – termo inventado pelos ‘proteladores’ para indicar que o óvulo fecundado não é ser humano antes de completar duas semanas, reservando-se o termo ‘embrião’ às fases sucessivas – é *propriedade* dos progenitores (tal como o sêmen masculino pertence ao homem e o óvulo feminino à mulher) ou *propriedade* de quem fecundou o pré-embrião *in vitro*.”<sup>119</sup>

### 3.2) Considerações acerca da Personalidade Jurídica

#### 3.2.1) Pessoa, Personalidade e Capacidade: Distinções.

Inicialmente, faz-se necessária a conceituação do termo pessoa. Pontes de Miranda<sup>120</sup> estabelece que “ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito.” Dessa sorte, na opinião do doutrinador, dever-se-ia, primeiramente, tratar de sujeito de direitos para depois tratar de pessoas.

Ser sujeito de direitos é poder atuar ativamente em uma relação jurídica, sendo titular de direitos e obrigações. Donde se infere que o elemento subjetivo das relações jurídicas é o sujeito de direito.<sup>121</sup> E relação jurídica é justamente o vínculo de direito existente entre os sujeitos de direitos. Assim, pessoa é aquele que pode atuar como elemento subjetivo em uma relação jurídica que lhe atribui poderes e deveres.

O artigo 1º do Código Civil Brasileiro estabelece: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Para que se faça uma interpretação coerente e correta da lei, é mister estabelecer alguns conceitos como o de pessoa, personalidade e capacidade.

<sup>118</sup> MANTOVANI, Ferrando, ob.cit., p.188.

<sup>119</sup> Idem, ibidem.

<sup>120</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I.** 2ª ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p. 207.

<sup>121</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 205



Conforme os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, existem três acepções distintas a respeito de pessoa:

“Na acepção vulgar, pessoa é sinônimo de ente humano. Essa acepção não se adapta à técnica jurídica. Efetivamente, há instituições que têm direitos e por isso são reconhecidas como pessoas e, no entanto, não são entes humanos (as pessoas jurídicas). Por outro lado, existiram entes humanos que não foram pessoas (os escravos).

Na acepção filosófica, pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Nesse sentido, pessoa é o homem, ou qualquer coletividade, que preencha aquelas condições.

Na acepção Jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico.”<sup>122</sup>

Conseqüentemente, há duas categorias de pessoa: as naturais (pessoas físicas) e as jurídicas, conforme assevera o mestre Pontes de Miranda, com bastante propriedade: “Não só o ente humano tem personalidade. Portanto, não só ele é pessoa. Outras entidades podem ser sujeitos de direito; portanto ser pessoa, ter personalidade. A tais entidades, para não se confundirem com as pessoas - homens, dá-se o nome de pessoas jurídicas, ou morais, ou fictícias, ou fingidas.”<sup>123</sup>

Face ao que até agora foi exposto, depreende-se que pessoa é “o ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica. É o sujeito de direito”<sup>124</sup>.

No tocante às pessoas naturais, o que interessa para este trabalho, na concepção tradicional, o ser humano tem uma qualidade que lhe é inerente e que o possibilita a participar de relações jurídicas. Tal qualidade é denominada personalidade jurídica. Portanto, todos que a possuem são chamados de pessoas.<sup>125</sup>

Com a nova ordem jurídica instaurada pela CF/88, conceituar personalidade como a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações é insuficiente. Deve ser entendida,

---

<sup>122</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 36ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p.57.

<sup>123</sup> MIRANDA, Pontes de, ob. cit., p. 210.

<sup>124</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 96.

<sup>125</sup> AMARAL, Francisco, ob. cit, p. 205.

também, como “valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade” <sup>126</sup>.

Oportunamente, cabe distinguir capacidade de personalidade, voltando-se a determinação de pessoa, devido à proximidade de seus conceitos. São palavras de Washington de Barros:

“Com efeito, os diversos elementos da primeira constituem a segunda, que se concretiza ou se realiza na terceira. Capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa.

Assim, *capacidade* é elemento da *personalidade*. Esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela idéia de *pessoa*, ente capaz de direitos e obrigações.

Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes.” <sup>127</sup>

Com esta mesma linha de raciocínio, Francisco Amaral entende que a personalidade é um valor, sendo a capacidade a expressão desse valor, podendo, portanto, ser mais ou menos capaz, mas não havendo possibilidade de se ser mais ou menos pessoa. Para ele, o direito reconhece a personalidade e concede a capacidade, sendo esta, dessa forma, atributo daquela. <sup>128</sup>

Neste diapasão, para uma melhor compreensão acerca da diferença entre personalidade e capacidade, é importante que se discorra, sucintamente, sobre os dois tipos de capacidade: capacidade de direito e capacidade de fato. A primeira é inata ao ser humano e lhe dá a titularidade de direitos e deveres, sendo muitas vezes confundida com a personalidade. A segunda, por sua vez, é a aptidão que determinada pessoa tem para exercer a titularidade de seus direitos e obrigações. Daí se dizer que se pode ser mais ou menos capaz.

---

<sup>126</sup> TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e Direitos da Personalidade**. Disponível em <<http://www.fdc.br/revista/docente/10.pdf>> Acesso em 23 de junho de 2006

<sup>127</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 59.

<sup>128</sup> AMARAL, Francisco, ob. cit., p. 208.

A própria codificação civilista brasileira estabelece quem são os absolutamente incapazes<sup>129</sup> e os que são relativamente incapazes<sup>130</sup> para exercer os atos da vida civil.

Ressalte-se que a incapacidade de fato não suprime a capacidade de direito. Esta existe e é inata ao homem na qualidade de pessoa. Ademais, a incapacidade pode ser suprida pelo instituto da representação.

Após se ter estabelecido os conceitos de pessoa, personalidade e capacidade, bem como as diferenças existentes entre eles, passa-se a se questionar: quando se inicia a personalidade? São basicamente três as concepções doutrinárias acerca desta questão: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista, as quais possuem fundamentações bastante divergentes.

### *3.2.2) Teorias acerca do Início da Personalidade e a Problemática do Nascituro.*

#### **3.2.2.1) Teoria natalista**

Esta corrente defende o surgimento da personalidade apenas com o nascimento com vida.

Como adeptos desta corrente, tem-se Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Ferrara.<sup>131</sup> E mais: Paulo Carneiro Maia, Vicente Raó, Silvio Rodrigues, João Luiz Alves e Sady Cabral Gusmão.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

<sup>130</sup> “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.”

<sup>131</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª ed., rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 34.

<sup>132</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.145.

Fundamentam a sua posição utilizando como argumento o que dispõe o artigo 2º, CCB, *in verbis*: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

Aparece aqui a figura do **nascituro**. Para conceituá-lo, deve-se levar em consideração a viabilidade do embrião, ou seja, para ser nascituro é necessária a implantação do embrião no útero, pois este é o meio que propiciará o seu desenvolvimento até o nascimento.<sup>133</sup>

Distingue-se nascituro de prole eventual, sendo esta a pessoa não concebida e aquele, a pessoa já concebida.<sup>134</sup> Tal distinção faz-se oportuna porque o código civil atual manteve a distinção entre pessoa nascida, concebida e não concebida, conforme se infere de alguns artigos como os arts. 1798<sup>135</sup> e 1799, inciso I<sup>136</sup>.

Os natalistas defendem o fato de o nascituro não possuir personalidade, não sendo, portanto, pessoa. Entretanto, entendem que o nascituro recebe proteção legal.

É o ensinamento de Pontes de Miranda:

“No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito ( = nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar de viver não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu.”<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> BARBOZA, Heloísa Helena, ob. cit., p. 82.

<sup>134</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo e MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 84/85.

<sup>135</sup> “Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

<sup>136</sup> “Art. 1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

<sup>137</sup> MIRANDA, Pontes de, ob. cit., p. 217.

E continua o renomado jurista: “O já concebido é suporte fático de ‘pessoa’, que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como se não tivesse sido concebido. **Em relação a seus interesses, tinha de ser atendido, enquanto isso não se dá.**”<sup>138</sup> [sem grifo no original].

Depreende-se, portanto, que o nascituro encontra-se em um estado de espera, tendo optado o sistema jurídico não em conceder direitos a ele, posto que assim lhe estaria atribuindo a condição de pessoa, mas sim em resguardar os seus direitos, justamente por sua situação de pendência que só se perfaz com o nascimento.

É válido ressaltar que se o nascituro não nascer, ou mesmo se nascer sem vida, é como se nunca tivesse existido para o mundo jurídico. Assim, além do nascimento, deve haver a vida independente do feto para se considerar a personalidade do ser.

Outro argumento utilizado pelos adeptos desta doutrina é o de que os direitos do nascituro, resguardados pela lei, são enumerados no código civil, sendo que se fosse pessoa, desde sua concepção, todos os direitos subjetivos seriam atribuídos a ele automaticamente, sem a necessidade de a lei decliná-los.<sup>139</sup>

### 3.2.2.2) Teoria da personalidade condicional.

Defendem os adeptos desta teoria, dentre eles Clóvis Bevilacqua e Washington de Barros, que o início da personalidade dá-se com a concepção, **com a condição** de o conceito nascer com vida. Ou seja, nascendo com vida, o reconhecimento do conceito como pessoa retroage ao momento da concepção.

O projeto do Código Civil Brasileiro de 1916, elaborado por Clovis Bevilacqua, propunha que “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.<sup>140</sup> Clóvis Bevilacqua, grande defensor desta teoria, reconheceu que o Brasil adotara a corrente natalista ao declarar: “Apesar da lógica

---

<sup>138</sup> Idem, p. 225.

<sup>139</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla, ob. cit., p.41.

<sup>140</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. rev. e atual. Por Prof. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: F.Alves, 1976. p. 75.

irrecusável, que sustenta esta opinião, é certo que a opinião contrária é a dominante e por ela se declarou o Código Civil Brasileiro”.<sup>141</sup>

Washington de Barros<sup>142</sup>, no que se refere a conceituação de nascituro, esclarece que ele possui uma expectativa de vida humana, devendo a lei resguardar seus eventuais direitos. São palavras do ilustre doutrinador: “Mas, para que estes se adquiram, preciso é [sic] ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.”

A crítica a esta teoria fundamenta-se no fato de os direitos da personalidade serem preteridos, vez que são absolutos e incondicionais.<sup>143</sup>

### 3.2.2.3) Teoria concepcionista.

Conforme já explanado neste trabalho<sup>144</sup>, para a doutrina concepcionista a vida inicia-se no momento da concepção. O mesmo há de se falar a respeito da personalidade: desde a concepção, o conceito é pessoa.

São partidários desta teoria: Silmara Chinelato, Limongi França, Teixeira de Freitas e Francisco Amaral.<sup>145</sup>

Francisco Amaral<sup>146</sup> reconhece que vários autores brasileiros defendem que o nascituro não tem personalidade jurídica por conta da disposição do código civil que diz haver personalidade com o nascimento com vida. Entretanto, o sistema do Código permite outra conclusão, uma vez que permite o reconhecimento de filho antes do nascimento<sup>147</sup>, designa curador a nascituro<sup>148</sup>, permite a doação feita a nascituro<sup>149</sup> e, ainda, legitima o nascituro a suceder<sup>150</sup>. O que se leva a conceber o nascituro, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídica, ou seja, sujeito de direitos, só podendo ser titular de

---

<sup>141</sup> Idem, pp. 77 – 78.

<sup>142</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 61.

<sup>143</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, ob. cit., p. 81.

<sup>144</sup> Veja item 3.1.1.

<sup>145</sup> ALMEIDA, Silmara J. <sup>a</sup> Chinelato, ob. cit., p. 158.

<sup>146</sup> **Direito Civil: introdução**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.211.

<sup>147</sup> Art. 1609, parágrafo único, CC.

<sup>148</sup> Art.1779, CC.

<sup>149</sup> Art. 542, CC.

<sup>150</sup> Art.1798, CC.

direitos quem tem personalidade. Assim, conclui Francisco de Amaral que o nascituro, formalmente, tem personalidade jurídica.

É válido destacar que a personalidade do nascituro, para os concepcionistas, não é condicional. Apenas determinados direitos e efeitos dependem do nascimento com vida. A exemplo, têm-se os direitos patrimoniais, como a doação e a herança, vez que o nascimento com vida é elemento fundamental do negócio jurídico, cuja eficácia está condicionada ao nascimento.<sup>151</sup>

Neste diapasão, o nascituro, devido a sua condição de ser humano, possui personalidade que lhe é reconhecida desde a concepção. Ainda, o valor da pessoa humana, sobre o qual está pautado todo o ordenamento atual, é estendido a todos os seres humanos, nascidos ou já no útero materno.

### **3.3) Embrião Humano e suas diversas concepções**

Um dos grandes problemas da atualidade é definir a condição jurídica do embrião *in vitro*. Poderia ele ser equiparado à pessoa natural, ao nascituro ou mesmo à prole eventual?

De acordo com o que já foi delimitado neste trabalho, o embrião *in vitro* não poderia ser equiparado à pessoa natural, visto que o ordenamento jurídico existente entende ser pessoa natural o ser nascido com vida. Nem poderia ser igualado a nascituro, pois não se encontra em desenvolvimento dentro do útero de uma mulher, ou mesmo à prole eventual, uma vez que já houve a concepção.

Como o conceito de prole eventual não possui como elemento essencial a concepção, pelo contrário, faz-se necessário justificar o tratamento diferenciado que o embrião humano *in vitro* deve ter em relação ao nascituro.

Conforme já esclarecido anteriormente, a legislação brasileira põe a salvo os direitos do nascituro, sob a condição de que ele nasça com vida, pois se ele vier a nascer sem vida, é como se nunca estivesse existido para o mundo jurídico. Aqui, a condição independe da vontade humana, vez que o embrião já se encontra no útero materno, estando atrelada a

---

<sup>151</sup> ALMEIDA, Silmara J. <sup>a</sup> Chinelato e, ob. cit., p. 169.

acontecimentos incertos. *A contrario sensu*, a realidade do embrião *in vitro* é outra completamente diferente, pois sua implantação no útero da mulher, condição para que se possa vir a nascer com vida, depende da vontade de terceiros, ou seja, daqueles que estão se submetendo à técnica de procriação artificial.<sup>152</sup>

Assim sendo, os embriões *in vitro* constituem uma realidade fora daquela tradicionalista trazida pelo nosso sistema jurídico, o que leva a acirrados questionamentos acerca de sua situação jurídica, não havendo unanimidade, mas sim, pluralidade de posições.

Tanto é assim que a Jornada de Direito Civil, no Enunciado 2, estabeleceu: “Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o ar. 2. do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio.”

Basicamente, três são as teorias a respeito da natureza do embrião humano. A primeira afirma ser o embrião pessoa; a segunda, amontoado de células e, por último, tem-se a que defende ser o embrião pessoa em potencial.

### 3.3.1) *Embrião Humano como Pessoa*

Para esta corrente, o concebido tem a mesma natureza e a mesma dignidade do homem – pessoa, sendo conferido a ele a mesma proteção jurídica que possuem os já nascidos. Não podendo, portanto, haver disponibilidade do embrião, a não ser nos casos em que o há o sacrifício do conceito para salvar a vida da mãe (intervenção terapêutica).

A Igreja Católica condena a disponibilidade dos embriões, pois, como visto, é adepta da teoria concepcionista, para qual a vida inicia-se desde a concepção. É o que se depreende do seguinte texto retirado da Encíclica *Evangelium Vitae*<sup>153</sup>:

“14. Também as várias técnicas de reprodução artificial, que pareceriam estar ao serviço da vida e que, não raro, são praticadas com essa intenção, na realidade abrem a porta a novos

<sup>152</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo e MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 88-89.

<sup>153</sup> CARTA ENCÍCLICA *Evangelium Vitae*. Do Sumo Pontífice João Paulo II aos Presbíteros e Diáconos, aos Religiosos e Religiosas, aos fiéis leigos e todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, 1995. E.14. Disponível em: <[http://www.vatican.va/edocs/POR0062/\\_INDEX.HTM](http://www.vatican.va/edocs/POR0062/_INDEX.HTM)> Acesso em 05/04/2004.



atentados contra a vida. Para além do facto de serem moralmente inaceitáveis, porquanto separam a procriação do contexto integralmente humano do acto conjugal, 14 essas técnicas registram altas percentagens de insucesso: este diz respeito não tanto à fecundação como sobretudo ao desenvolvimento sucessivo do embrião, sujeito ao risco de morte em tempos geralmente muito breves. **Além disso, são produzidos às vezes embriões em número superior ao necessário para a implantação no útero da mulher e esses, chamados “embriões supranumerários”, são depois suprimidos ou utilizados para pesquisas que, a pretexto de progresso científico ou médico, na realidade reduzem a vida humana a simples “material biológico”, de que se pode livremente dispor”.**

Os argumentos utilizados pelos adeptos desta corrente são de ordem filosófica e biológica, defendendo o início da vida humana desde a concepção. E, como o conceito é um ser mais jovem e indefeso, os princípios personalista e de solidariedade o tutelam rigorosamente.<sup>154</sup>

Assim, pode-se dizer que “diante da tutela ao direito à vida, o embrião obtido *in vitro* não deve ser considerado como fazendo parte do corpo materno, mas sim como um corpo de pessoa, de ser humano em formação, não podendo ser objeto de pesquisas laboratoriais, utilização em cosmetologia ou mesmo ser sumariamente destruído como se vida não possuísse’<sup>155</sup>

Os concepcionistas, portanto, vêem o embrião humano como uma pessoa humana igual a qualquer outra da coletividade. Desde o início, insere-se o embrião na categoria de pessoa. Quando o Código Civil Brasileiro dispõe que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, interpretam, os concepcionistas, que o embrião humano tem proteção jurídica desde a fecundação, seja ela *in utero* ou *in vitro*. Dessa sorte, possui direito à existência, não podendo ninguém interromper a sua vida.

Neste sentido, tem-se a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos<sup>156</sup>, que dispõe, em seu artigo quarto o seguinte: “I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” [sem grifo no original]

Os defensores da teoria concepcionista fortalecem seus argumentos utilizando-se da tipificação do aborto no Código Penal Brasileiro, arts. 124 a 128. Como

<sup>154</sup> MANTOVANI, Ferrando, ob.cit. p. 186.

<sup>155</sup> RAFFUL, Ana Cristina. **A Reprodução Artificial e os Direitos da Personalidade**. Ed. Themis. São Paulo, 2000, p.66.

<sup>156</sup> Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Disponível em: <<http://oas.org>> Acesso em 14/04/04.

poderia só existir vida após o nascimento se há o crime de aborto? Ou seja, se o nascituro já está protegido pelo direito penal, como falar em ausência de vida antes do nascimento?

Crítica veemente a esta posição é a de que o Código Penal estabelece duas exceções, quais sejam: aborto para salvar a vida da gestante e aborto de gravidez decorrente de estupro<sup>157</sup>. Se são defensores do início da vida com a concepção, não deveria haver exceções ao aborto, pois, de qualquer sorte, estar-se-ia diante de uma interrupção de vida, o que é defeso para aqueles que aderiram à idéia concepcionista, pois são vidas distintas e autônomas, não podendo uma interferir na outra. Isto retrata uma nítida contradição desta corrente.

Para a teoria natalista, o embrião *in vitro* não é pessoa. Observe que a negativa não se refere à vida humana, mas sim, à personalidade. E, por não ser pessoa, não é sujeito de direitos, o que leva a afirmar a ausência do direito à vida<sup>158</sup>, posto que o art. 5º da Constituição Federal garante aos **brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil** a inviolabilidade do direito à vida, dentre outros direitos. Não há como dizer que conceito tem nacionalidade, vez que esta pressupõe o nascimento com vida, possuindo bastante clareza o texto constitucional no seu art. 12 ao dizer que são brasileiros natos os **nascidos** no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, se estes não estiverem a serviço de seu país e os **nascidos** no exterior, filhos de pai ou mãe brasileiros, desde que venham residir no Brasil e optem pela nacionalidade brasileira.

A corrente que vê o embrião humano como pessoa desde a concepção, seja ela *in vitro* ou *in utero*, possui uma postura muito radical, não permitindo outra interpretação. Assim, por possuir vida humana e ser pessoa desde a fecundação, direitos do embrião não podem ser preteridos face a outros direitos, inclusive aos de seus familiares, bem como aos de toda coletividade, vez que não se podem fazer investigações que auxiliem a ciência médica a alcançar curas de doenças incuráveis, no caso dos embriões excedentes, por exemplo.

Intenção de se poupar o embrião como pessoa, desde a concepção, é de se evitar a “coisificação” do embrião, passando ele a ocupar a posição de objeto de direitos e não mais de sujeito de direitos. O embrião, mesmo não tendo sido implantado, é pessoa que não

---

<sup>157</sup> Art. 128, I e II, CP.

<sup>158</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla, ob. cit., p. 179.

possui capacidade jurídica, mas nem por isso pode ser objeto de direito. “Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua ‘disponibilidade’, a qualquer título”.<sup>159</sup>

Eduardo de Oliveira Leite<sup>160</sup> apresenta várias críticas a esta corrente:

“A primeira crítica que se pode levantar à concepção é de ordem ‘científica’, ou seja: o fato das primeiras células embrionárias possuírem um patrimônio genético humano é suficiente, por si só, para concluir que elas já constituem ‘pessoa’ no sentido mais amplo do termo? Mas não é só. A consistência própria e o papel do ‘tornar-se embrionário’ (de embrião em pessoa humana) são suficientes levados em consideração? Não bastassem estes questionamentos, resta a considerar que o embrião,[sic] nos faz esquecer e negligenciar outra categoria de interesses - igualmente verdadeiros e nobres - que são os interesses da mãe e da família, mesmo nos casos trágicos onde [sic] ocorre conflito entre uns e outros.”

Face ao exposto, deduz-se que, por ter uma posição bastante radical, esta corrente, **em tese**, não excepciona nenhum caso em que possa haver preterição dos direitos do embrião, o que na verdade não ocorre, vez que se aceita as exceções à prática do aborto como visto anteriormente.

### 3.3.2) *Embrião Humano como amontoado de células*

Também detentores de uma posição bastante radical, encontrando-se em situação de oposição total àqueles que consideram o embrião como pessoa, os adeptos desta corrente acreditam que o embrião é apenas um projeto de pessoa, ou mesmo, uma massa celular – amontoado de células, material biológico - que tem aptidão de se tornar pessoa, após passar por diversas fases de desenvolvimento.

Assim, ao contrário dos concepcionistas, os desenvolvimentistas têm dificuldade para aceitar que um mero aglomerado celular possa ser sujeito de direitos. Isto porque antes de se alcançar o *status* de pessoa, o concebido passa por diversas fases de desenvolvimento, durante as quais não há como se falar de direitos ao embrião.

A fundamentação dos adeptos desta corrente encontra-se em utilitarismo coerente. Não há o reconhecimento de nenhuma proteção jurídica ao concebido como sujeito de direito, tendo total disponibilidade, podendo ser utilizado para qualquer fim, seja para

<sup>159</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, ob. cit., p.81.

<sup>160</sup> O direito do Embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. N. 29, 1996, p. 125

pesquisas terapêuticas, seja para utilização na área de cosméticos. Dessa maneira, aqui há uma “coisificação” do embrião pelo fato dele não ter alcançado ainda a condição de pessoa.<sup>161</sup>

Um importante julgado americano adotou a teoria desenvolvimentista, não aceitando o embrião como pessoa. Foi o famoso caso **Roe vs. Wade** que solucionou a grande polêmica do aborto no que se refere ao direito da mãe de abortar em contraposição ao direito do concebido à vida. Tal decisão foi proferida pelo Supremo Tribunal Americano em 1973, passando a mulher a ter o direito de praticar o aborto em determinadas etapas da gravidez.

A fundamentação da Suprema Corte Americana foi no tocante ao direito da mulher grávida à privacidade, sendo fundamental a possibilidade de ela decidir se quer ou não levar a sua gravidez a termo. Para que uma legislação afete esse direito deve-se justificar coerentemente, daí ter surgido a divisão da gravidez em trimestres, o que possibilita uma maior ou menor chances de intervenção do Estado.<sup>162</sup>

Dessa sorte, até o terceiro mês de gravidez, o direito que a mulher tem de abortar é absoluto, não podendo haver restrições. No segundo trimestre de gestação, o direito de realização do aborto ainda é garantido; entretanto, pode o Estado regulá-lo e limitá-lo com o intuito de proteger a vida e a saúde da gestante. No terceiro e último trimestre, quando o feto já possui viabilidade, ou seja, condições de sobreviver fora do útero materno, o Estado pode e deve proibir o aborto para defender a vida do concebido. No entanto, há exceção quando se tratar de perigo à saúde e à vida da gestante.

Observa-se que o Supremo Tribunal Americano entende que a garantia do direito a vida só se dá quando há viabilidade de vida extra uterina para o embrião, entendendo que começa, a partir de então, a aparecer uma potencialidade de vida humana no concebido, mas não o eleva, ainda, ao *status* de pessoa.

---

<sup>161</sup> MANTOVANI, Ferrando, ob. cit., pp.185 – 186.

<sup>162</sup> TRÍAS, Encarna Roca i. Direitos de Reprodução e Eugenia. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.112.

Oportunamente, é válido ressaltar que a afirmação da ausência de direitos do embrião pelos adeptos desta corrente não significa que não haja nenhum reconhecimento de dimensão ética. Assim esclarece Eduardo Oliveira Leite<sup>163</sup>:

“Ou seja, os desenvolvimentistas estão preocupados com os direitos da ‘criança a nascer’. E, se efetivamente, esta criança deve nascer, esta corrente não aceita qualquer gesto ou ato, durante a gestação, que possa comprometer o futuro humano da criança que é, naturalmente, o termo da longa gestação.

Mas é igualmente em nome desta convicção dos direitos prioritários da criança a nascer que eles afirmarão, sem vacilar, a legitimidade e o dever moral de interromper um desenvolvimento embrionário que não assegurasse a esta criança a perfeição mínima que se espera para a sua sobrevivência e desenvolvimentos normais.”

Ressalte-se que não há consenso entre os desenvolvimentistas a respeito do momento em que se pode designar o embrião implantado de pessoa<sup>164</sup>. Por outro lado, a garantia do direito da criança a nascer, como colocado acima, refere-se apenas ao nascituro, estando o embrião *in vitro* totalmente disponível. Tanto que esta teoria tem sido bastante aceita pelos cientistas e pelos que defendem a experimentação em embriões.

Por ser uma corrente absolutamente radical, as críticas que lhe são dirigidas são numerosas. Questionam em até que momento o embrião é considerado um aglomerado de células disponíveis. E mais: quando é que passa o embrião a ser designado pessoa? Até que momento poder-se-ia dispor do embrião em favor da gestante?

Estas e outras questões são trazidas em decorrência da impossibilidade de os desenvolvimentistas alcançarem um ponto comum na definição de quando se origina a vida e a partir de que momento se dá a transformação do concebido em pessoa.

E foi em face das posições radicais assumidas pelos concepcionistas e pelos desenvolvimentistas que surgiu a terceira corrente de cunho eminentemente ético: **embrião humano como potencialidade de pessoa**.

### *3.3.3) Embrião Humano como pessoa em potencial*

---

<sup>163</sup> O direito do Embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. a.29, n. 29, 1996, p. 127.

<sup>164</sup> Vide o item 3.1.2.

Esta corrente procura solucionar o problema do embrião humano utilizando-se de pontos de vista mais amenos e intermediários às outras duas correntes. Aqui, não se eleva o embrião humano a qualidade de pessoa, mas também não lhe nega esta potencialidade. Também não o considera como um material biológico amplamente disponível.

Vê-se o concebido como pessoa em potencial, desde a fecundação, que possui uma autonomia própria. Assim, não se coloca o embrião totalmente a disposição da ciência como um todo, mas também não proíbe todo tipo de intervenção que nele possa ocorrer, vez que o embrião não é um simples projeto, mas sim uma pessoa em processo.

Relevantes são as palavras de Encarna Roca i Trias<sup>165</sup>:

“Considera que o pré - embrião tem direito a uma maior proteção que os tecidos humanos, por sua disponibilidade de converter-se numa pessoa e por seu significado simbólico para muita gente. Apesar disso, não deve ser tratado como uma pessoa, porque não desenvolveu ainda as características da personalidade, nem se desenvolveu como indivíduo e é possível que nunca atinja seu potencial biológico.”

Esta corrente também é denominada como *diferenciação parcial* e vê o embrião humano como um ser humano e não coisa, mas não o considerando como homem - pessoa. Dessa forma, merece tutela jurídica em grau inferior a do homem - pessoa. A aceitabilidade desta corrente é bem maior, o que se infere das legislações atinentes ao aborto, bem como das jurisprudências constitucionais de países como Itália, Portugal, Espanha e Estados Unidos, tendo sido o concebido reconhecido como ser humano de valor inferior ao ser nascido.<sup>166</sup>

Esta corrente favorece a gravidez, por ser essencial para o concebido tornar-se homem - pessoa. Assim, defende-se uma responsabilidade dos pais no desenvolvimento embrionário.

A mãe garante ao embrião, durante o estado gestacional, a sua existência, pois ele só se desenvolverá se estiver em um meio propício, que é o útero materno. Assim, a

---

<sup>165</sup> . Direitos de Reprodução e Eugenia. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotechnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.115.

<sup>166</sup> MANTOVANI, Ferrando, ob. cit., pp.186 – 187.

existência da mãe é fator fundamental para a transformação do embrião em pessoa.<sup>167</sup> Apesar da tamanha importância da mãe, a responsabilidade do pai encontra-se, exatamente, no amor que ele vai dedicar ao seu filho, adotando – o<sup>168</sup> mesmo antes do nascimento, isto porque dois gametas, um masculino e um feminino, só se encontram porque um homem e uma mulher contribuíram para que isso ocorresse.

De qualquer forma, surgem críticas a esta corrente, pois aqui se acredita que só há ser humano se houver um projeto familiar para a concepção de um filho, o que determina a responsabilidade não só da mãe, como do pai. Neste ínterim, a responsabilidade se restringiria em face de uma gravidez que se inicia contra a vontade da mulher, como ocorre em um estupro; ou mesmo quando traz graves riscos para a saúde da mulher; e, inclusive, quando se está gerando um ser que possui anomalias irreversíveis, não se alcançando o resultado que se queria com a gravidez.

Há de se questionar também o fato de se ter iniciado um projeto parental, por meio de fertilização *in vitro*, que por algum motivo deixa de existir antes da implantação dos embriões. O que fazer? Será que o fato de já se ter iniciado o processo obriga aqueles que

---

<sup>167</sup> Diante desta idéia de que a mãe é fundamental para que o embrião se torne pessoa, Miguel Kottow assume uma posição mais extremista uma vez que fala da existência de uma **corrente relacional**, que trata do início da vida, defendendo o fato de a mulher constituir uma potencialidade necessária para a gestação de um ser humano, determinando que o início da vida humana não é exclusivamente biológico, pois depende da aceitação da mulher no tocante a sua potencialidade de ser mãe. Trata-se da aceitação da mulher em relação à gravidez, uma vez que mesmo nos países em que o aborto é ilegal, as mulheres recorrem a praticas clandestinas de interrupção da gravidez. Escreve Kottow: “Según el modo de entender relacional, la vida humana se inicia en el momento que es asumida en una relación, que en su forma más natural es generada por la mujer que acepta a sí misma como madre. Este vínculo requiere dos condiciones, la conciencia de la mujer de estar preñada u la aceptación de esa condición.

(...) La postura relacional no tiene la menor intención de negar las implicaciones morales de las decisiones reproductivas. Todo lo contrario: al describir el establecimiento de la díada madre / hijo como un proceso relacional voluntariamente asumido, se le está dando el más pleno valor ético que tal decisión merece y se está reconociendo que el aborto procurado es siempre una decisión moral y psicológicamente opaca y dolorosa que nadie asume gratuitamente, por lo que es de desear que no ocurra sino por motivos de peso. Lo que la perspectiva relacional intenta rescatar es que la aceptación de gestar un nuevo ser humano sea producto del deseo y de una decisión consciente, y no ocurra por imposición de valores que los afectados tal vez no comparten.” (In: Bioética Del comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**. vol. 9. n°2 – 2001. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001, pp. 33-35).

<sup>168</sup> O termo foi aqui utilizado no sentido de que o pai assumiu a vontade de ser pai e de querer que aquele embrião venha a se tornar pessoa, participando, diariamente, do processo de desenvolvimento do concebido no ventre materno. Daí falar que o adotou mesmo antes do nascimento.

se submeteram ao tratamento, e que agora não o querem concluir, a implantar os embriões? Será que essas pessoas estão moralmente obrigadas perante este embrião?<sup>169</sup>

Apresentam-se, como um último ponto deste tópico, as críticas provenientes dos desenvolvimentistas e dos concepcionistas<sup>170</sup>. Os primeiros afirmam que o termo pessoa potencial é dúbio, uma vez que, para os cientistas, potencialidade significa um estado determinado de uma realidade que ainda não foi expressa, mas que existe indubitavelmente. Assim, admitir que o embrião é uma pessoa potencial seria o mesmo que entendê-lo como uma pessoa atual que já está contida nele, mas de forma virtual, podendo levar a uma afirmativa inocente, sob o ponto de vista científico, como a de que um aglomerado de células, sem possuir nenhuma estrutura nervosa, possui consciência latente.

Os concepcionistas, por sua vez, acreditam que ao se falar em potencial de pessoal, não há possibilidade de se considerar o embrião como uma pessoa atual, capaz de por si fazer valer a sua dignidade. Depois, leva-se a respeitar nada mais nada menos que uma potencialidade de ser humano, sendo que o respeito deve ser conduzido ao presente ao passo que se considera o futuro. Ademais, acreditam que só pode ser reconhecida a dignidade daquele que é real.

As respostas<sup>171</sup> às referidas críticas são, no caso dos desenvolvimentistas, que quando se fala em pessoa potencial, quer-se admitir que não há uma pessoa atual, mas sim um ser humano por vir, devendo se ter consciência de que o modo de tratar os embriões deve ser diferente daquele como se trata um monte de células, bem como daquele como se trata uma pessoa atual, já nascida.

A respeito do que tratam os concepcionistas, responde Lucien Seve<sup>172</sup>:

“(...) idéia de *pessoa potencial* nada tem a ver com a de pessoa irreal, ou de pessoa menos verdadeira, ou de subpessoa. Isso aconteceria se o referido conceito

---

<sup>169</sup> A Exemplo, tem-se o caso Davis vs. Davis, em 1990, tendo a Corte de Apelação de Tennessee deixado a critério da clínica o que fazer com os embriões criopreservados, desde que não conflitasse com a decisão judicial.

<sup>170</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp.144 - 148

<sup>171</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, ob. cit., pp.144 - 148.

<sup>172</sup> Cf. SÈVE, Lucien. Para uma crítica da razão bioética. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 147 - 148.



estivesse fundado em concepção meramente fática, de realidade. Abrigando-se, porém, na noção axiológica de ‘pessoa’, relaciona-se, isso sim, como o fato de o embrião, diferentemente de uma pessoa atual, não ter condições de fazer valer por si mesmo as suas prerrogativas. Daí por que [sic] é tido como *pessoa potencial*, e, assim, o respeito por ele deve visar, essencialmente, ao seu futuro de ser humano.

Face ao estudo apresentado das três acepções possíveis atribuídas ao embrião humano, dá-se a necessidade de se estabelecer quais seriam os destinos aceitáveis pelo ordenamento jurídico brasileiro dos embriões humanos fecundados *in vitro*, que por algum motivo, não foram transferidos para o útero da mulher. No próximo capítulo serão abordadas tanto a gênese como a destinação dos chamados embriões excedentários, fazendo-se um estudo de direito comparado e buscando, na bioética, uma solução para esta problemática.

## 4. OS EMBRIÕES EXCEDENTES: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

### 4.1. A Origem dos Embriões *In Vitro* e a Necessidade de uma Regulamentação

A Reprodução Humana Assistida surgiu para oportunizar àqueles que, por algum problema, não têm condições de ter um filho pelo meio tradicional. Assim, como forma de fazer valer o seu direito de gerar, vários casais procuram as técnicas artificiais, em clínicas e hospitais especializados, para alcançar o seu sonho: ter um bebê.

São várias as técnicas utilizadas, dependendo do caso concreto. A que mais interessa a este trabalho é a da **fertilização *in vitro***, também conhecida como FIV.

Para se alcançar o sucesso pretendido por meio da FIV, deve-se, primeiramente, fazer um tratamento hormonal na mulher com o intuito de obter uma superovulação, ou seja, uma grande produção de ovócitos, que serão retirados da mulher e fecundados com o sêmen do marido, em laboratório.

Vários ovócitos são fecundados, mas, no máximo quatro podem ser transferidos para a mulher, conforme determinação do Conselho Federal de Medicina (CFM) brasileiro.<sup>173</sup> Isto para evitar o que se denomina de gravidez múltipla, que é bastante perigosa tanto pra gestante como para o concebido. Observe que as chances de uma mulher engravidar encontram-se na faixa de 10% a 30%, com a transferência de vários embriões para as trompas ou para o útero.<sup>174</sup>

Além desta restrição imposta pelo CFM, antes de se implantarem os embriões, faz-se uma seleção dos que possuem condições de serem transferidos ao útero com chances reais de êxito no procedimento. E, como assevera Eduardo Leite:

“[...] Certos embriões, entretanto, podem apresentar sinais de um desenvolvimento fraco ou anormal. Chegado o momento de transplantar os embriões na mulher, duas situações podem se apresentar: a) ou há apenas um só embrião apto a ser

---

<sup>173</sup> Resolução 1358/92, seção I, n. 6

<sup>174</sup> PESSINI, Léo; Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 3. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1996, p.219.

transplantado; b) ou há diversos embriões disponíveis, o que garante à mulher melhores chances de ficar grávida.”<sup>175</sup>

Continua o autor:

“A fecundação ‘in vitro’ necessita de um número superior de embriões, daquele que será efetivamente transplantado no útero da mãe. A superovulação é entendida, pela classe médica, como fundamental para garantir um mínimo de gravidezes, sem o qual, o sacrifício da paciente e o investimento técnico – financeiro seriam inaceitáveis.”<sup>176</sup>

E é a partir desta superovulação, que leva à fecundação de vários ovócitos em laboratório, aliada a uma pré-seleção dos embriões e à possibilidade de se implantarem no máximo quatro embriões, que surgem os **embriões excedentários** ou excedentes ou supranumerários.

Quando um casal se submete à técnica da FIV, pode acontecer de não se alcançar o objetivo desejado com a primeira implantação. Dessa sorte, os embriões que sobraram são utilizados em uma nova tentativa. No entanto, pode ser que já se alcance a gravidez na primeira tentativa, fazendo surgir a pergunta: o que fazer com os embriões que sobraram?

Várias são as discussões éticas, morais e jurídicas acerca da destinação a ser dada aos embriões *in vitro*. Vários fatores podem levar ao aparecimento de um banco de embriões: a morte do casal ou mesmo a separação, fazendo que desapareça o projeto de se ter um filho juntos. E é justamente diante desta questão que urge se alcançar uma regulamentação ético-jurídica com o intuito de se evitar qualquer tipo de destino antiético ou antijurídico que possa vir a ser dado aos embriões.

No Brasil, infelizmente, o que se tem como fonte de regulamentação acerca da utilização dos procedimentos de Reprodução Assistida é a Resolução do CFM, uma normatização profissional que não tem força de lei e nem sempre é respeitada.

---

<sup>175</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira: **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.161.

<sup>176</sup> Idem, p.162.

Oportuno se faz narrar um caso ocorrido em Brasília, no Hospital Materno – Infantil. Uma mulher de 39 anos de idade, mãe de dois filhos adolescentes, há dez anos convive legalmente com seu companheiro, 13 anos mais novo que ela. Com o intuito de dar filhos a ele, tentou fazer a recanalização das trompas, tendo sido frustrada a tentativa. Em seguida, procurou o hospital com o fim de se cadastrar para se beneficiar da técnica da FIV. Um mês depois, foi chamada para iniciar o processo. Registre-se que, em nenhum momento, nem ela nem o companheiro passaram por uma triagem e nem foram feitas perguntas sobre sua situação sócio-econômica para a criação dos possíveis filhos provenientes do procedimento, sendo que ambos estavam desempregados. O tratamento resultou em uma gravidez múltipla de cinco embriões, devendo a mãe, a partir do 3º mês, ficar hospitalizada por necessitar de cuidados especiais devido aos riscos que este tipo de gestação pode ocasionar. A redução embrionária foi oferecida à paciente que não a adotou por motivos religiosos. A gestante deu à luz aos cinco bebês, que nasceram com baixo peso e dificuldade respiratória, necessitando de suporte intensivo neonatal por 60 dias. Um bebê morreu e, dentre os quatros sobreviventes, três possuem seqüelas graves como paralisia cerebral e apenas um foi considerado normal.<sup>177</sup>

Fato como este demonstra que a Resolução não tem nenhuma força impeditiva, vez que não permite que sejam implantados mais de 4 embriões, sendo que, no caso, a gravidez foi de 5 embriões. Ademais, proíbe também a redução embrionária (item I – 7), tendo sido ela proposta à paciente. Depara-se, pois, com a necessidade de limites legais para as práticas de reprodução assistida.

Atualmente, existem no Brasil vários projetos de lei<sup>178</sup> em tramitação com o intuito de disciplinar as técnicas e procedimentos utilizados na Reprodução Assistida. São eles: PL n. 3638/93, de autoria do Deputado Luiz Moreira; PL n. 2855/97, de autoria do Deputado Confúcio Moura; PL 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara; PL 1135/03, de autoria do Deputado Pinotti; PL 1184/03, de autoria do Senado Federal e o PL n. 2061/03, de autoria da Deputada Maninha.

---

<sup>177</sup> GUILHEM, Dirce. **Novas Tecnologias Reprodutivas, Ética e Legislação no Brasil: Um Debate Adiado**. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/serie/artigos>> Acesso em: 23 de outubro de 2003

<sup>178</sup> Os Projetos de Lei poderão ser encontrados nos sites: <<http://www.camara.gov.br>> ou <<http://www.ghente.org>>.

Observa-se, portanto, que a legislação brasileira ainda não conseguiu alcançar a evolução da biomedicina, ficando, ao alvedrio dos profissionais da área, decisões importantes como a quantidade de embriões a serem transplantados e o destino a ser dado aos embriões excedentes.

Importante se faz mencionar que, pelos cálculos da MOVITAE, organização não governamental que luta pela liberação de células embrionárias para fins terapêuticos, existem cerca de **30.000 embriões congelados** nas clínicas de fertilização brasileiras.<sup>179</sup>

## 4.2. A Destinação dos Embriões Excedentes

### 4.2.1. A Criopreservação

A criobiologia é uma ciência que permite que sejam preservadas células, por meio do congelamento, por um longo período de tempo, sem que se perca as suas propriedades biológicas após o descongelamento.<sup>180</sup>

A criopreservação de embriões excedentes é um procedimento eficiente para a FIV, pois permite a escolha do momento adequado para se proceder à transferência, além de evitar as gravidezes múltiplas e de possibilitar outras gravidezes ou mesmo outras tentativas no caso da primeira ter fracassado, utilizando-se de um mesmo processo de superovulação, não sendo necessário submeter a mulher a outro tratamento hormonal.

Por outro lado, surgem alguns problemas, inclusive de cunho ético. O primeiro, relaciona-se ao fato de o embrião não suportar a manipulação térmica à qual é submetido e o segundo, por seu turno, é o fato de haver a possibilidade de se manter o embrião congelado indefinidamente.

No Brasil, a Resolução n. 1358/92<sup>181</sup> permite a criopreservação de gametas e de pré – embriões, comunicando aos pacientes o número de embriões produzidos para que decidam quantos serão transferidos a fresco, devendo o restante ser criopreservado. Ademais, estabelece que os pacientes devem expressar, por escrito, a sua vontade quanto a destinação

<sup>179</sup> BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina, ob. cit, p.90.

<sup>180</sup> PEDROSA NETO, Antônio Henrique e FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores): **Iniciação à Bioética**. Brasília: CFM,1998, p.120.

<sup>181</sup> Resolução n. 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina. Item V - 1, 2 e 3

dos embriões criopreservados em caso de divórcio, morte ou doenças graves e quando desejam doá-los. Não há, portanto, nenhuma restrição ao número de ovócitos que devem ser fecundados *in vitro*.

Quanto aos projetos de lei em trâmite, é válido analisar o que cada um dispõe acerca da criopreservação. O PL n. 3638/93 transcreve o texto da resolução do CFM, permitindo, portanto, a criopreservação. O PL n. 2855/97 é permissivo no tocante à matéria. Dispõe, no Título V, sobre como se deve proceder a crioconservação, estabelecendo que os embriões não utilizados a fresco serão crioconservados por um período máximo de 5 anos, ressalvando os casos de manifestação contrária do casal responsável (art. 24).

O PL n. 90/99, por sua vez, também é permissivo. Ocorre que os substitutivos de 1999 e de 2001 admitem um número definido de produção e transferência de embriões (três e dois, respectivamente), devendo ser transferidos a fresco todos os embriões obtidos (art. 14 e 13, respectivamente). A restrição é para que se possa impedir a ocorrência de gravidez múltipla, além de evitar a produção de embriões excedentes. Isto impede a criopreservação. No entanto, pode ser que por alguma contra-indicação não haja a transferência do embrião, dessa sorte, o médico deverá preservá-lo, pois a sua destruição antes da implantação é crime (art. 34 e art. 19, XII, respectivamente). Ressalte-se que o primeiro texto enviado para votação estabelecia, no seu art. 13, X, que o tempo máximo de conservação era de 2 anos.

O PL n.1135/03 dispõe no seu capítulo VI sobre a criopreservação de gametas ou pré-embriões, permitindo o congelamento. Estabelece, ainda, que o tempo máximo de preservação será de 3 anos. Após este período, os beneficiários das técnicas, doadores ou depositantes poderão dispor deles em conformidade com a lei. Ressalte-se que, conforme o art. 7º do projeto, no máximo 3 embriões podem ser transferidos.

Por sua vez, o PL n. 1184/03, como regra geral, não permite a criopreservação, pelo que se infere do art. 13 caput e § 1º, trazendo a mesma disposição do Substitutivo de 2001 do PL n. 90/99 ao estabelecer que o número máximo de embriões a ser produzido e transferido é 2, devendo se a transferência ocorrer a fresco. A exceção encontra-se no art. 19, X, ao estabelecer que é crime o armazenamento ou a cessão de embriões, salvo nos casos em que a implantação é contra – indicada. E, em última análise, o PL 2061/03 é

totalmente favorável à criopreservação, não havendo um número estabelecido de embriões a serem fecundado (art. 11, §1º).

Observa-se que há uma tendência do ordenamento jurídico pátrio de se permitir a técnica de criopreservação, apesar de alguns projetos estabelecerem o número máximo de ovócitos a ser fecundado o que leva a uma certa coibição desta técnica com o intuito de se evitar a criação de embriões excedentes. Coibir, vez que não será possível sua proibição totalmente, pois podem ocorrer contra-tempos médicos nos quais a indicação para a implantação possa não mais se verificar naquele momento programado. Dessa sorte, os embriões deverão ser preservados para que possam ser transferidos em momento oportuno ao útero da beneficiária.

A técnica de criopreservação de embriões é, de certa forma, nova, pois sua primeira utilização foi anunciada em 1983, na Austrália, sendo, desde então, aplicada como auxiliar nas técnicas de reprodução assistida em vários países.<sup>182</sup> Alguns, sendo mais permissíveis e outros, menos.

Na Argentina, a criopreservação é ato violador do direito à vida e dos direitos humanos, sendo, portanto, proibida.<sup>183</sup>

Na Áustria (art. 17) e na Alemanha [art. 1(1)5], a legislação procura proibir ou limitar a criação de embriões excedentes, vez que veta a fecundação de ovócitos além da quantidade que será implantada na mulher. Quanto à criopreservação, a legislação da Áustria (art. 17) estabelece o prazo máximo de um ano de armazenamento de células viáveis. O mesmo ocorre na Dinamarca [art.14 (5)].<sup>184</sup> A Alemanha, por seu turno, permite o congelamento apenas nos casos em que não foi possível a imediata transferência do embrião ou se a transferência em um ciclo posterior tiver maior chance de nidação.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Brasil, Pinotti. Projeto de Lei 1135/03. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <<http://www.planalto.org.br>> Acesso em 20/04/04.

<sup>183</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana: ética e direito**. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 278.

<sup>184</sup> NYS, Herman. Experimentações com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p.179.

<sup>185</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.278.

O Código de Saúde Pública da França (art. L153-3, segundo parágrafo) admite a criopreservação por um período de 5 anos, o mesmo ocorrendo com a Espanha [art. 11 (3)]. A legislação da Noruega (art. 2.12), por sua vez, permite o congelamento por um prazo máximo de 3 anos e a da Suécia (art. 3), por 1 ano, podendo ser ultrapassado tal período conforme decisão da Comissão Nacional de Saúde e Bem – estar.<sup>186</sup>

#### 4.2.2. O Descarte

Descarte é a denominação atribuída à destruição dos embriões excedentes. As opiniões acerca de sua admissibilidade ou não variam de acordo com a corrente que se estuda. Para aqueles que acreditam ser o embrião humano, desde a concepção, pessoa, não há que se falar em descarte. Em opinião completamente oposta, os que entendem ser o embrião apenas um amontoado de células afirmam que ele se encontra em uma situação de total disponibilidade. Agora, para os adeptos da corrente intermediária, para a qual o embrião é uma pessoa em potencial, não há como falar de uma disponibilidade sem limites, não aceitando a destruição de embriões.

Uma das questões mais acirradas acerca da eliminação de embriões é em relação à existência ou não de crime de aborto<sup>187</sup>. A doutrina penal costuma defini-lo como a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, sem, necessariamente, haver expulsão. Resta, então, determinar quando se inicia a gravidez.

Para a maioria das escolas médicas e jurídicas, a gravidez tem início com a nidação.<sup>188</sup> Mesmo que haja discordância quanto ao início da gestação, há o consenso quanto à necessidade de o embrião estar dentro do corpo materno. Não há que se falar, portanto, em crime de aborto face à destruição de um embrião *in vitro*.

Para os concepcionistas, o crime de aborto se configura em qualquer fase do desenvolvimento da gravidez, desde a fecundação até o parto, havendo, sim, crime de aborto na destruição dos embriões excedentes da FIV.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 179 – 180.

<sup>187</sup> Em vários tópicos deste trabalho, fez-se referência a este tipo penal: itens 2.1, 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3.

<sup>188</sup> BARBOZA, Heloísa Helena: **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 77.

<sup>189</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit, p.387.



O descarte de embrião *in vitro* não é tipificado no Direito Brasileiro. Não há de ser aborto, porque ainda não há gestação e, muito menos homicídio, posto que não existe pessoa, conforme o Código Civil vigente.

A Resolução 1.358/92 do CFM proibiu o descarte de embriões: “V.2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, **não podendo ser descartado ou destruído.**” [sem grifo no original].

Os Projetos de Lei 2855/97 (arts. 25 e 27) e 1135/03 (art. 14, §§ 3º e 4º) admitem o descarte após o tempo máximo determinado para a criopreservação, bem como no caso de haver alterações genéticas no embrião que possam comprometer a vida saudável a descendência.

O Projeto 90/99 (art.9º, §§ 4º e 6º) também é permissivo, dando aos usuários a possibilidade de escolher se querem optar pelo descarte e ainda estabelece casos de descarte obrigatório: quando doados há mais de dois anos, sempre que solicitado pelos doadores, sempre que determinado no termo de consentimento informado, em caso de falecimento de doadores ou depositantes e no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Os Substitutivos do Projeto 90/99 de 1999 e de 2000 são contrários à idéia de permissão ao descarte, tendo o primeiro estabelecido punição de 3 a 6 anos de reclusão e multa (art. 34) e o segundo, punição com prestações de serviço à comunidade, multa ou suspensão da licença, podendo ser cumuladas (art. 19,XII, §§1ª e 2º).

O PL 3638/93 proíbe, mas não tipifica a destruição de embriões, ao passo que o PL 1184/03 o tipifica no seu art. 19, XII, estabelecendo pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa. E, no que se refere ao descarte de embriões, o PL 2061/03 é omissivo.

Observa-se, portanto, que os legisladores brasileiros têm encontrado dificuldade de se chegar a um consenso sobre esta matéria. Em contrapartida, a maioria dos países que já possuem legislação específica a respeito das técnicas de reprodução humana assistida permite o descarte decorrido o prazo máximo permitido para o congelamento.

A Áustria (art. 17), após o período de um ano permitido para criopreservar um embrião, estabelece que eles devem ser destruídos. O mesmo ocorre na Dinamarca<sup>190</sup>. Na Suécia (arts. 2 e 4), os embriões que forem submetidos a qualquer tipo de experimentação deverão ser destruídos.<sup>191</sup>

#### 4.2.3. A Doação

A doação de embriões excedentes seria, em um primeiro momento, a melhor saída para se por fim aos problemas decorrentes da destinação dos referidos embriões. No entanto, para a corrente que vê o embrião como pessoa, isto não seria possível, vez que os embriões seriam objetos de um direito semelhante ao direito de propriedade, haja visto que o casal que fizesse a doação estaria na condição de renunciante, o que se leva a concluir que existiu um direito de propriedade sobre seus embriões. E se houver esse direito de propriedade, poder-se-ia dispor deles de qualquer forma e não apenas doando para outro casal.<sup>192</sup>

Surge, então, um outro problema com a denominação “doação”, sendo melhor utilizar o termo adoção, posto que não se estaria colocando o embrião humano *in vitro* na qualidade de objeto de direito que poderia ser susceptível de apropriação e livre disposição.

Tem-se, no Brasil, a permissão do CFM para a doação de embriões e gametas, impedindo que haja qualquer fim lucrativo ou comercial.<sup>193</sup> A tendência da legislação brasileira também não está bem definida quanto à doação. Existem Projetos de Lei que admitem a doação de embriões e gametas, devendo ela ser gratuita. Assumiram, portanto a idéia trazida pelo CFM. Há, por outro lado, os que não prevêm a doação de embriões claramente como ocorre com a de gametas, pois a intenção dos legisladores é proibir a formação de embriões excedentes ao estabelecer que apenas até um determinado número de embriões pode ser fecundado e transferido, obrigatoriamente, a fresco para a paciente. Admitem a doação quando tratam dos embriões que já estão congelados.

Comungam da admissibilidade da doação como regra os Projetos de Lei 3638/93 (art. 10), 2855/97 (art. 9º), 90/99 (art. 6º), 1135/03 (art. 11) e 2061/03 (art.10). Os

<sup>190</sup> Ver a Ordem 392 de 17 de março de 1994.

<sup>191</sup> NYS, Herman, ob. cit, p.179 – 183.

<sup>192</sup> TRÍAS, Encarna Roca i, ob cit., p.116.

<sup>193</sup> Resolução 1358/92, IV – 1.

que admitem a doação como destino a ser dado aos embriões criopreservados são os Substitutivos de 1999 e de 2000 do Projeto de Lei 90/99 e o Projeto de Lei 1184/03.

A tendência dos países europeus é de não permitir a doação. Na Áustria (art.17) e na Dinamarca [art.14 (5)] a doação é totalmente proibida.<sup>194</sup> Na França (art. L. 154.4 do Código de Saúde Pública), a regra é a não doação, havendo possibilidade apenas quando os componentes do casal estabelecerem, por escrito, que os embriões congelados deverão ser recebidos por outro casal.<sup>195</sup>

Por último, tem-se a Alemanha que, por meio do Relatório Benda, admite a doação de embriões na medida em que se intenta proteger a vida do próprio embrião, sob a condição de ser para um casal casado.<sup>196</sup>

#### 4.2.4. *Desenvolvimento de Pesquisas Científicas*

Este ponto é extremamente delicado, pois é nele que se concentram as maiores divergências e discussões. Em um primeiro momento, a solução de se doar os embriões excedentes para pesquisas seria um tanto quanto louvável, posto que possibilitaria um maior avanço das ciências médicas face à possibilidade de se alcançar curas de doenças que atingem milhares de pessoas por todo o mundo. No entanto, o primeiro entrave encontrado está naqueles que defendem ser o embrião pessoa desde a concepção e tal atitude iria de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, ambos estabelecidos na Constituição Federal brasileira.

*A contrario sensu*, os que vêem o embrião como um amontoado de células ou mesmo como uma potencialidade de pessoa acreditam ser possível a realização de pesquisas em embriões. O que diferencia uma corrente da outra quanto a este ponto de vista em especial é o fato de os primeiros defenderem a disponibilidade total do embrião, enquanto que os demais aceitam uma disposição parcial dos embriões. Ou seja, nem todo e qualquer tipo de pesquisa poderá ser desenvolvida.

---

<sup>194</sup> NYS, Herman, ob. cit., p.179.

<sup>195</sup> TRÍAS, Encarna Roca i, ob. cit., p.116.

<sup>196</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.279.

E o problema encontra-se justamente aí: até que ponto pode-se desenvolver as pesquisas em embriões *in vitro*? Isto porque estão sendo feitos estudos com o intuito de melhorar as condições de desenvolvimento de um embrião, ou mesmo de identificar alguma anomalia genética, mas também, visando o desenvolvimento da indústria de cosméticos e de outros fins eticamente duvidosos.<sup>197</sup>

Esta problemática já começou a ser discutida no item 2.3 deste trabalho ao se colocar em discussão a questão da utilização de células-tronco embrionárias para desenvolver pesquisas no campo da terapia celular. Agora, o intuito é estabelecer um estudo comparado, trazendo as diversas possibilidades de desenvolvimento de pesquisas em embriões humanos *in vitro* no Brasil e em outros países.

No Brasil, a Resolução 1358/92 do CFM, no item I.5, proíbe a **criação de embriões *in vitro*** para fins diversos da reprodução, *in verbis*: “É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana”. Ainda, a Lei 11105/05, conforme já visto, possibilita pesquisas em embriões humanos, desde que obedecidas as condições legais, dentre elas, serem decorrentes da técnica de fertilização *in vitro*, proibindo, portanto, a utilização de embrião humano de forma diversa a estabelecida no art. 5 da referida lei.

Os Projetos de Lei em trâmite possuem a mesma postura adotada pelo Conselho de Medicina Federal, sendo que uns tipificam a conduta daqueles que produzem embriões com outra finalidade que não seja a procriação. O PL 2855/97 determina reclusão de 1 a 3 anos e multa (art. 38) e o PL 1135/03 é um pouco mais severo, estabelecendo reclusão de 3 a 6 anos e multa (art. 22).

No caso de **intervenções em embriões**, a Resolução<sup>198</sup> permite apenas as que possuem caráter diagnóstico e/ou terapêutico. No primeiro caso, a finalidade será exclusivamente para avaliar a viabilidade do embrião ou mesmo a detecção de doenças hereditárias, exigindo-se o consentimento do casal. No segundo caso, o fim será, apenas,

---

<sup>197</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 23 – 24.

<sup>198</sup> Resolução n. 1358/92, VI.1 e 2.

tratar doenças ou impedir a sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo necessário o consentimento do casal. Nesta mesma linha seguem os Projetos de Lei<sup>199</sup> brasileiros.

Quanto à intervenção para a seleção de sexo, a regra é a proibição. No entanto, permite-se, desde que comprovado o risco de doenças ligadas ao sexo.<sup>200</sup> O PL 90/99 determina ser crime a pré-seleção sexual aleatória, cominando pena de detenção de 2 a 6 meses e multa (art. 13, IX), enquanto os seus substitutivos apenas de forma diferente. O Substitutivo de 1999 estabelece pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa (art. 31), mesma penalidade estipulada pelo PL 1184/03 (art. 19, VIII). E o Substitutivo de 2001, por sua vez, pune o ato com prestação de serviços à comunidade, multa e/ou suspensão da licença profissional, cabendo ao juiz decidir pela cumulação ou não dessas três medidas, conforme a gravidade do delito e a periculosidade do agente (art. 19, VIII, §§1º e 2º).

O PL 2855/97 proíbe o diagnóstico e o tratamento de embriões visando a seleção eugênica (art. 29), estabelecendo, no seu art. 46, pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa para quem utilizar as técnicas de reprodução artificial com fins eugênicos de seleção racial ou mesmo de seleção de sexo. Ao contrário do que o estabelecido nos outros projetos já analisados, este não trata especificamente da exceção à seleção de sexo.

Dentre todos os projetos que estão em trâmite, o PL 2855/97 e o PL 90/99 (texto inicial) são os mais permissivos no tocante à realização de pesquisas com os embriões excedentários. Os demais, exceto os PL 3638/93 e PL 2061/03, que se mantêm silentes, estabelecem ser crime a intervenção de embriões com a finalidade distinta da permitida no texto legal, qual seja, para fins de diagnóstico e terapêutico, como já explanado.

O PL 2855/97, art. 25, determina que, ao término dos 5 anos permitidos para se manter um embrião congelado, este deverá ser descartado, **salvo** para ser utilizado em experimentação. Para que se proceda à investigação ou experimentação em embriões *in vitro*, faz-se necessário o consentimento expresso dos doadores, o deferimento do Conselho Nacional de Reprodução Humana Assistida e a apresentação prévia de projetos ou protocolos que comprovem o seu caráter exclusivamente diagnóstico, terapêutico ou preventivo, sendo vedada a alteração do patrimônio genético não patológico do embrião (art. 32), devendo,

---

<sup>199</sup> PL 3638/97, art. 12, caput e parágrafos 1º e 2º; PL2855/97, art. 28; PL 90/99, art. 10, caput e §2º; PL1135/03, art. 15, parágrafos 1º e 2º e PL 2061/03, art. 12, parágrafos 1º e 2º.

<sup>200</sup> Resolução n. 1358/92, I.4; PL 3638/97, art.4º; PL 90/99, art. 10, §1º; art. 5º e PL 1184/03, art. 15.

ainda, a finalidade da investigação ou experimentação estar elencada no rol trazido pelo art. 33<sup>201</sup>.

Ainda, em seu art. 34, o Projeto estabelece que os embriões abortados serão considerados mortos ou não viáveis, não podendo ser colocados novamente no útero, podendo ser objeto de investigação ou experimentação desde que se atenda às finalidades constantes do art. 33. Pode-se, inclusive, utilizar embriões humanos não viáveis para fins farmacêutico, de diagnóstico, terapêutico ou científico, com prévia autorização da Comissão Nacional de RHA. Por outro lado, tipifica a conduta daquele que utiliza o embrião para fins cosméticos (art. 42) e proíbe a clonagem em geral (art. 51).

O PL 90/99, art. 9º, §4º, possibilita a escolha do casal quanto o destino dos embriões que restarem após a implantação. Abre a possibilidade da opção pelo descarte, criopreservação, doação para pesquisa e doação para outro casal, sendo que em todos os embriões, salvo aqueles doados para pesquisas, poder-se-á intervir apenas para avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, quando houver reais chances de sucesso (art. 10º, caput e §2º). O substitutivo do PL 90/99, apresentado em 2001, ainda possibilita a pesquisa e experimentação com embriões abortados espontaneamente, desde que com autorização dos beneficiários (art. 13, §4º).

Apesar de a tendência legislativa nacional caminhar para uma permissibilidade restritiva de intervenção em embriões humanos *in vitro*, aceitando, apenas, as intervenções que tragam benefícios diretos ao embrião, ainda porque já tem uma lei permitindo pesquisas em embriões humanos; entretanto, não há uma decisão definitiva.

Conforme já mencionado, o PGR propôs ADI contra o art. 5 da L. 11105/05, advogando a idéia de que há inobservância do art. 5, caput, CF, por violar o direito

---

<sup>201</sup> Art. 33: “A investigação ou experimentação em gametas humanos ou pré-embriões deve se enquadrar nas seguintes finalidades:

I – aperfeiçoar as técnicas de RHA a manipulações complementares, a criopreservação, o descongelamento, o transporte, os critérios de viabilidade de pré-embriões obtidos ‘in vitro’ e a cronologia ótima para as transferências ao útero;

II – desenvolver estudos básicos sobre origem da vida humana, suas fases iniciais, envelhecimento celular, divisão celular, diferenciação, organização celular e desenvolvimento orgânico;

III – estudar a fertilidade e infertilidade masculina ou feminina, ovulação, fracasso no desenvolvimento de oócitos, as anomalias dos gametas ou dos óvulos fecundados;

IV – conhecer a estrutura dos genes, cromossomos dos processos de diferenciação celular, a contracepção ou anticoncepção conhecidas e a infertilidade de causa imunológica e hormonal;

V – conhecer a origem do câncer e das enfermidades genéticas hereditárias.”

à vida, bem como o art. 1, III, CF em que está assentado o princípio da dignidade humana. A tese defendida está pautada na afirmativa de que a vida humana inicia-se a partir da fecundação. Defende, ainda, que não há necessidade de se utilizar células-tronco embrionárias, uma vez que já há avanços bastante promissores de pesquisas com células-tronco adultas.

No caso de o STF admitir a inconstitucionalidade do citado dispositivo, certamente irá reconhecer que a vida inicia-se desde a concepção e, assim sendo, nenhuma hipótese de aborto poderá ser admitida em nosso ordenamento. Ainda, se o próprio sistema jurídico nacional fez questão de tutelar o nascituro, resguardando seus direitos, não se pode, agora, querer se utilizar das disposições referentes ao nascituro para tutelar o embrião laboratorial.

A lei de biossegurança não deixou desprotegido o embrião *in vitro*, justamente por suas características peculiares: não é pessoa, mas também não é um amontoado de células. Assim, proibiu que ele fosse utilizado de forma alheia ao disposto no art. 5. Por fim, a permissão de pesquisas terapêuticas faz com que o Estado tenha condições de promover não apenas o direito fundamental à saúde, mas também, o direito a se ter uma vida digna, uma vez que milhares de seres humanos possuem algum problema cuja ciência ainda não conseguiu solucionar.

Julgar procedente a ADI será o mesmo que condenar o Brasil a um atraso científico enorme, fazendo com que o nosso país apenas se utilize da tecnologia alheia.

Na legislação internacional, não há um consenso quanto à utilização dos embriões para pesquisa. A Áustria traz uma proibição indireta ao estabelecer que as células viáveis não poderão ser utilizadas para fins diversos da reprodução assistida, podendo ser submetidas a exames com o intuito de se alcançar uma gravidez (arts. 9 e 9.1).<sup>202</sup>

Na Alemanha, intervenções em embriões são proibidas pela Lei de Proteção aos Embriões, vez que se estabelece que não se pode utilizar embrião humano para propósito diverso da sua preservação. No entanto, admite-se que se estude o embrião apenas para garantir sua manutenção e desenvolvimento (art. 2.1). Esta lei, apesar de proteger o embrião

---

<sup>202</sup> NYS, Herman, ob. cit., pp.179 e 180.

como algo indisponível e não permitir a sua utilização como objeto de manipulação, não proíbe, expressamente, a utilização de células-tronco para pesquisas quando se originarem de outros países, tanto que se quer liberar a importação do referido material embrionário.<sup>203</sup>

Ressalte-se, oportunamente, que ao equiparar as células totipotentes ao embrião (art. 8º§ 1º), a Alemanha proíbe a realização do diagnóstico pré-implantatório até o embrião alcançar o desenvolvimento de oito células. Assim, a seleção *in vitro* dos embriões com melhores chances de se desenvolverem é proibida, devendo ocorrer no útero materno.<sup>204</sup>

Mesmo entendimento possui a França, ao proibir a concepção *in vitro* de embriões humanos para fins de estudo ou experimentação, excepcionando os casos que possuem objetivos médicos, desde que cada membro do casal autorize e que o estudo não seja prejudicial ao embrião (art. L 152-8, Código de Saúde Pública). Ademais, admite-se, excepcionalmente, o diagnóstico pré-implantatório para detectar presença ou ausência de doenças genéticas no embrião, devendo ser feita uma análise da possibilidade de o casal gerar um filho que sofra de uma enfermidade genética grave e sem cura.<sup>205</sup> Também comunga deste raciocínio a Noruega (art. 3.1 e art. 4.1 da Lei de 5 de agosto de 94), diferindo no tocante à não exigibilidade das imposições feitas pela lei francesa ao determinar que se faça uma análise das chances do casal gerar um filho acometido de doença genética.

Na Dinamarca, a experimentação biomédica com ovócitos fecundados só é permitida se tiver o objetivo de melhorar a técnica da Fertilização *In Vitro* (art.14). Por outro lado, permite-se a criação de embriões com o fim de utilizá-los em atividades de pesquisa legalmente aceitas [art. 14 (2)]. A permissão dada pela Dinamarca para realização de pesquisas em embriões humanos com o escopo de aperfeiçoar as técnicas de reprodução assistida está baseada no fato de a pesquisa ser inerente ao tratamento e a proibição seria deixar de fornecer o melhor tratamento possível aos beneficiários da técnica. No entanto, após a utilização do embrião em pesquisas, estes não poderão ser introduzidos no útero de uma

---

<sup>203</sup> ASTONIUK, Elisete. Clonagem Humana: Qual pessoa deve ser a medida da vida? In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC- ano 9, n. 37, out/dez 2001, p.135.

<sup>204</sup> ASTONIUK, Elisete, ob. cit., p.135.

<sup>205</sup> NYS, Herman, ob. cit., pp.179 - 181.



mulher, a não ser que não haja risco de transmissão de doenças hereditárias, de deformidades e etc.[art.14 (4)].<sup>206</sup>

A Suécia permite experimentação com fins de pesquisa ou tratamento, não podendo ser objeto de experimento o desenvolvimento de métodos que produzam efeitos genéticos herdáveis, sendo que o embrião não poderá ser posteriormente implantado, devendo ser destruído (art. 2).<sup>207</sup>

Diferentemente do que ocorre em outros países, a Espanha diferencia embrião viável de embrião não viável, sendo que neste podem-se realizar pesquisas de qualquer gênero, enquanto que naqueles, apenas as que possuem caráter de diagnóstico ou por razões terapêuticas ou preventivas, não podendo haver alteração no patrimônio genético normal ou patológico do embrião (art. 15.2). Estabelece ainda, a lei espanhola, que não se podem fecundar óvulos humanos para fim diverso à reprodução (art. 3) e que após dois anos de congelamento, os embriões que não forem reclamados pelos doadores, poderão ser utilizados em pesquisas [art.11(3)].<sup>208</sup>

Na Inglaterra, o Informe Warnock, documento datado de 1984, trata das questões suscitadas pelas técnicas de reprodução assistida. Estabelece este documento que os embriões podem ser congelados por 10 anos, havendo a possibilidade de serem usados em pesquisas, doados ou mesmo descartados. Para a utilização em pesquisa, o art. 14 reza que não deve ser feita sem autorização daqueles que o geraram. Ademais, não se pode implantar no útero um embrião que tenha sido objeto de pesquisa (art. 45).<sup>209</sup>

Já em 1990, aprovou-se a Lei de Fertilização Humana e Embriologia, regulamentando a reprodução assistida e os aspectos atinentes aos embriões humanos. Tal lei criou o Conselho de Fertilização Humana e Embriologia, que tem o poder de emitir licença para pesquisa, permitindo a criação de zigotos para experimentos autorizados, bem como de possibilitar a utilização de embriões excedentes para este fim. Há o investimento em pesquisas para o avanço no tratamento de esterilidade, bem como para conhecer as causas dos erros ocorridos durante o processo de reprodução. Além disso, é motivo legal para as

---

<sup>206</sup> NYS, Herman, .ob. cit., pp.179 - 182.

<sup>207</sup> Idem, pp 180 – 183.

<sup>208</sup> Idem, pp.178 – 182.

<sup>209</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de, ob. cit., pp.300 – 301.

pesquisas em embriões o desenvolvimento de métodos para detectar a presença de anomalias em um gene ou cromossomo de um embrião antes da implantação, o desenvolvimento de técnicas mais eficazes de contracepção e um melhor conhecimento sobre as causas das moléstias congênitas [anexo 2, §3 (2)]. Ressalte-se, oportunamente, que os embriões produzidos e/ou utilizados em pesquisas não poderão ser implantados no útero de uma mulher, excetuando-se os casos em que o estudo foi justamente para garantir o desenvolvimento de uma gravidez.<sup>210</sup>

No tocante a pesquisas em embriões, faz-se importante, ainda, tratar acerca da Resolução 1046 de 1986 do Conselho da Europa sobre o uso de embriões e fetos humanos<sup>211</sup>. Esta resolução traz um panorama acerca do desenvolvimento na área de biomedicina, incluindo os avanços obtidos pelas técnicas de reprodução humana assistida, por meio das quais o homem passou a intervir na vida humana e controlá-la desde suas primeiras fases (3). Estabelece ser necessário a definição de um *status* biológico do embrião, que não é definido em lei, visto que desde o momento da concepção, a vida humana se desenvolve de forma contínua, não havendo possibilidade de distinção entre as primeiras fases do desenvolvimento embrionário (5).

Dispõe o parágrafo 10 que os embriões e os fetos humanos devem ser tratados de forma a se respeitar a sua dignidade humana, devendo, inclusive, ser limitado o uso de seus materiais e tecidos para fins de diagnóstico e terapêuticos.

Recomenda-se, ainda, que se proíba a criação de embriões humanos por meio da FIV para fins de pesquisas durante a sua vida ou depois de sua morte (14, a, III); a clonagem de seres humanos; a implantação de embrião humano em outro animal ou vice-versa; a fusão de gametas humanos com os de outro animal; a produção de um embrião fora do útero materno, ou seja, em laboratório; a pesquisa de embriões humanos vitais; o experimento em embriões humanos quer vitais ou não, a escolha do sexo, senão em casos terapêuticos; a conservação de embriões *in vitro* além do 14º dia após a fecundação, etc. (14, a, IV).

---

<sup>210</sup> NYS, Herman, .ob. cit., pp.181 – 183.

<sup>211</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 266 – 272.

Por fim, tem-se a Recomendação n. 1100/89, também do Conselho Europeu, sobre uso de embriões e fetos humanos na pesquisa científica<sup>212</sup>. Tem o intuito de pôr em prática todos os itens da Recomendação 1046/86. Recomenda-se que haja o favorecimento de pesquisas que visem o aprimoramento das técnicas de fecundação assistida, o aprofundamento do conhecimento das estruturas e funções da célula humana - em especial as de reprodução - como também o desenvolvimento embrionário, a finalidade de diagnósticos e/ou terapêutica e a utilização industrial e farmacológica tendo por fim a produção suficiente de elementos úteis sob o aspecto médico (B4, a, b, c, d).

O anexo da Resolução trata das pesquisas científicas e/ou experiências em gametas, embriões e fetos humanos e doação de partes desse material humano. Sobre os **embriões vivos pré-implantados**, autoriza-se a pesquisa em embriões viáveis sob a condição de possuírem caráter de diagnóstico, preventivo ou terapêutico, além de não ser possível a interferência no patrimônio genético não patológico (B.4). No caso dos **embriões pré-implantados mortos**, a pesquisa e a experimentação para fins diversos devem ser previamente autorizadas (C.8).

Em **embriões implantados e fetos vivos no útero**, deve-se proibir a extração de células, tecidos ou órgãos, da placenta ou de suas membranas, para qualquer pesquisa que não tenha a finalidade de diagnóstico e o objetivo de prevenção ou terapia (D.9). No caso de **embriões pós-implantados ou em fetos vivos fora do útero**, os fetos expulsos prematuramente, sendo julgados viáveis, podem ser objetos de intervenção clínica apenas para que se favoreça o seu desenvolvimento e a sua existência autônoma, além de ser necessário o consentimento escrito e prévio dos pais (E. 12, 13).

Observa-se que as Resoluções do Conselho da Europa propõem um tratamento diferenciado ao embrião *in vitro*, desde sua concepção, posto que a vida se inicia neste momento. *A contrario sensu*, o Informe de Warnock possui uma postura bastante permissiva quanto às pesquisas em embriões, desde que realizadas até o 14º dia após a fecundação, pois acredita ser aí o momento em que se origina a vida humana. Os países que permitem experiências de maneira geral em embriões, normalmente, são adeptos do disposto no Relatório de Warnock.

---

<sup>212</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, ob. cit., pp. 273 – 284.

Do exposto, conclui-se que há uma tendência na legislação de todo o mundo no tocante a se proibir a criação de embriões com fins alheios a reprodução, além de haver um consenso quanto ao tempo possível de desenvolvimento de um embrião *in vitro*, costumando ser de 14 dias. No entanto, cada legislação possui a sua peculiaridade, sendo ora mais permissível, ora mais proibitiva quanto à utilização dos embriões excedentes para pesquisas.

#### **4.3. A Bioética e seus Paradigmas: A Busca de uma Solução<sup>213</sup>.**

A bioética é uma disciplina ética, bastante recente, tendo sua origem há aproximadamente 30 anos. O surgimento do neologismo bioética deu-se a um cancerologista norte-americano chamado Van Rensselaer Potter que publicou *Bioethics: Bridge to the Future*, em 1971, sendo este o marco inicial para os estudos sobre a matéria. Há que se ressaltar, ainda, a participação de André Hellegers, que foi o primeiro a utilizar o neologismo de forma institucional com o fim de designar uma nova área de atuação.<sup>214</sup>

Esta disciplina surge face aos problemas levantados pela biotecnologia e pela biomedicina, possuindo uma natureza necessariamente interdisciplinar, pois se situa entre o saber científico – especialmente no ramo biológico – e as ciências humanas como a sociologia, a filosofia, a ética e a política. Há de se falar, também, acerca da abrangência da disciplina, que não se reduz ao campo da medicina humana, mas engloba todas as formas de vida e meio ambiente.<sup>215</sup>

Um dos grandes desafios existentes é o de pensar uma ética que dialogue com a tecnociência e vice-versa. Até meados do século XX, a ética caracterizava-se por possuir uma abstração metafísica, independente da vida cotidiana dos homens e, acima de tudo, por distanciar-se das realidades do mundo, da evolução da tecnociência. Os cientistas passaram a ver a ética com um certo temor, pois a viam como algo que se referia apenas a vida privada, sendo um abuso a sua intromissão nas atividades de pesquisas. Por isso a tecnociência fez um caminho à parte.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> O intuito deste tópico não será fazer uma análise profunda dos paradigmas que serão apresentados, mas apenas situar o leitor no contexto bioético atual.

<sup>214</sup> DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002, pp 10 – 11.

<sup>215</sup> PEGORARO, Olinto A. **Ética e Bioética: da subsistência à existência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, pp.75 e 79.

<sup>216</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., p. 21.

Depois de meados do século XX, começaram a surgir questionamentos e problemas como clonagem humana, natureza do embrião, patenteamento de genes, dentre outros, que ainda não foram objetos de avaliação do judiciário, mas possuem uma carga de conflitos muito grande. Tais conflitos estão diretamente ligados a princípios como o direito à liberdade científica, direito ao sigilo dos doadores, direito à identidade, bem como à dignidade humana. A resolução destes conflitos, no entanto, sai da alçada dos cientistas, passando, estes, a serem problemas éticos. Assim, faz-se necessária a presença de um balizador, algo que possa elucidar estas questões antes mesmo que elas cheguem ao judiciário, pois, como já foi visto, o direito não acompanhou o avanço da biotecnologia, não havendo, aqui no Brasil e em muitos outros países, legislação específica sobre o tema. Eis a importância da bioética: resolver os conflitos existentes decorrentes do avanço da biotecnologia e da biomedicina, impedindo o abuso das práticas pelos cientistas e não permitindo que eles atuem sem limitações.

O intuito não é destruir o progresso tecnológico. Mesmo porque, a nossa existência está marcada pela tecnociência. Quer-se, apenas, traçar caminhos existenciais e éticos que levem a uma convivência com a tecnologia e com parâmetros que não sejam apenas tecnológicos. Essa é a aliança que a ética e a ciência podem selar.<sup>217</sup>

Para responder as questões impostas pela tecnociência e pela biomedicina, como visto, surgiu a bioética, uma disciplina ética. Surgiram, então, paradigmas da bioética com o intuito de resolverem os conflitos entre a bioética e a ciência.

O problema bioético trazido por este trabalho está no fato de se definir a natureza do embrião humano para que, então, possa-se determinar quais destinos poderão ser dados aos embriões criopreservados. Para tanto, antes de se prosseguir ao estudo de alguns paradigmas bioéticos, é mister que se estabeleçam as três concepções éticas a respeito da pessoa humana<sup>218</sup>.

A primeira concepção ética considera o embrião humano como pessoa plena, possuidora de todos os direitos, sendo, dessa forma, intocável. Assim, a

---

<sup>217</sup> Idem, pp. 23 – 25.

<sup>218</sup> No item 3.2.2 já foi feita uma abordagem acerca da pessoa humana. O intuito, aqui, é fazer um breve resumo, orientando o leitor, para que se possa alcançar uma solução a ser dada no tocante ao problema da destinação dos embriões excedentes diante de cada paradigma que será apresentado.

experimentação científica em embriões o reduziria a qualidade de objeto de pesquisas, o que seria eticamente inaceitável. Esta concepção não é apenas ética, mas também metafísica e teológica, pois considera a pessoa um ser dotado de alma espiritual e transcendente, originária de um plano sobrenatural, divino. É a tese da intocabilidade do ser humano embrionário.<sup>219</sup>

A segunda concepção é oposta à primeira, pois defende que o embrião não passa de um material biológico igual ao de qualquer outro animal, podendo ser feita qualquer experiência sobre ele. Aqui, nivelam-se eticamente todos os embriões humanos e não-humanos.<sup>220</sup>

A terceira e última opção encontra-se no meio termo entre a primeira e a segunda. Não é tão transcendente a ponto de proibir todo e qualquer tipo de experimento com embriões, mas também não é estritamente científica a ponto de reduzir o embrião humano a um amontoado de células. Aceita-se, aqui, a potencialidade do embrião de vir a ser pessoa, devendo ser respeitado eticamente em seu nível de existência. Defende-se uma existência potencial e relacional do embrião, daí dizer que deve ser respeitado conforme o seu nível de sua existência.

Diante destas três distinções éticas de pessoa, passa-se a trabalhar quatro paradigmas<sup>221</sup> bioéticos: secular, confessional, principialista e fenomenológico.

O paradigma **secular**, também denominado de “libertário”, possui como maior expoente Tristram Engelhardt e sua obra *The foundation of bioethics*.<sup>222</sup> Situando-se, essencialmente na área de saúde, Engelhardt propõe uma bioética que não seja arraigada de princípios absolutos, com conteúdo global a ser imposto a todas as sociedades. Isto porque as sociedades de todo o mundo encontram-se em um contexto culturalmente pluralista, com convicções distintas. Assim, as decisões éticas a serem tomadas passariam pelo crivo de cada

---

<sup>219</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., p.50.

<sup>220</sup> Idem. Ibidem.

<sup>221</sup> Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine descrevem dez tipos de paradigmas da bioética. Vide: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de: **Problemas atuais de bioética**. 6ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Ed. Loyola, 2002, pp.34-38.

<sup>222</sup> PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de: **Problemas atuais de bioética**. 6ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Ed. Loyola, 2002, p.35.

comunidade, conforme a sua cultura. Dessa sorte, defende-se uma ética mínima e pluralista, aplicando-se dois princípios: autonomia e beneficência.<sup>223</sup>

A autonomia significa que ninguém poderá intervir na esfera pessoal de outra pessoa sem o seu consentimento prévio e a beneficência, por sua vez, ordena que seja feito o bem aos outros. Estes princípios são harmônicos, mas podem entrar em conflitos diante da possibilidade de que alguém queira fazer o bem a outra pessoa que recusa baseado na sua autonomia. Assim, deve-se entender o princípio da beneficência como fazer o bem aos outros desde que eles entendam ser este o seu bem. É o que se denomina respeito mútuo.<sup>224</sup>

Para este paradigma, as pessoas são seres da espécie humana que possuem razão, sendo livres para escolher. Logo, excluem-se os embriões e os fetos “por não possuírem consciência de si”.<sup>225</sup> Ademais, traz-se a idéia de propriedade. “O indivíduo é dono daquilo que produz. Aqui poderíamos citar tanto os animais como as crianças pequenas. Por serem ambos produtos da engenhosidade e das energias das pessoas, podem ser consideradas posses”.<sup>226</sup> Apesar de o embrião não estar incluído na categoria de pessoa, aplica-se a ele o princípio da beneficência, fazendo-lhe o bem.<sup>227</sup>

O paradigma **confessional**, também denominado antropológico personalista, afirma que não há como “fazer bioética de forma séria sem uma fundamentação antropológica”. Procura-se estabelecer e enumerar as características essenciais da pessoa humana como tal.<sup>228</sup> Portanto, confere-se valor ao homem em si mesmo. Possui forte influência de valores cristãos, procurando a existência de uma ética universal, que possa ser aplicada a todos. Aqui, o embrião humano é visto como pessoa, logo, um ser ético e transcendental, devendo ser defendida a sua vida, não podendo retirá-la, inclusive, para salvar a vida da mãe.

O paradigma **principialista**, por sua vez, é o mais divulgado. O código de Nuremberg foi um documento elaborado em 1947, logo após a II Grande Guerra, que tinha como escopo estabelecer regras e princípios de condutas em decorrência das práticas de

---

<sup>223</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., pp.79-82

<sup>224</sup> Idem, pp.83-84.

<sup>225</sup> PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, ob cit, p.35.

<sup>226</sup> ENGELHARDT, H. Tristam. **Fundamentos da bioética**. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p.199.

<sup>227</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., p.85.

<sup>228</sup> PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, ob cit, pp.37-38.

médicos nazistas que chocaram o mundo. Aproximadamente 30 anos depois, em 1978, foi publicado o Relatório Belmont, sendo fruto da necessidade de se controlar as pesquisas em seres humanos nos Estados Unidos, face aos abusos<sup>229</sup> que estavam sendo cometidos pelos pesquisadores. Assim, por meio deste relatório foram articulados três princípios que seriam os balizadores das pesquisas em seres humanos, quais sejam: respeito às pessoas, beneficência e justiça.<sup>230</sup>

Influenciados pelas idéias contidas no Relatório Belmont, Tom Beauchamp e James Childress escreveram *Principles of biomedical ethics*, propondo quatro princípios para nortearem as atividades biomédicas: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, sendo que não há hierarquia entre eles. Na ocorrência de conflitos entre si, o caso concreto é que será o indicador de qual princípio deverá ter preferência.<sup>231</sup>

A autonomia, também chamada de respeito às pessoas, impõe o respeito às vontades do paciente, posto que “ele é um fim em si mesmo e nunca um instrumento para outros fins, como experiências e pesquisas”.<sup>232</sup> Para a aplicação deste princípio, faz-se necessário que o paciente seja informado a respeito dos procedimentos e de todas as suas consequências para que sua vontade não seja viciada. Então, pode-se dizer que este princípio está diretamente ligado à liberdade individual, pois a pessoa, tendo acesso às informações corretas, poderá decidir o que é melhor para si. No caso de o paciente ser incapaz, a vontade deverá vir do representante legal.<sup>233</sup>

A beneficência, por sua vez, preza pelo bem estar do paciente, ou seja, os resultados decorrentes de qualquer intervenção médica devem ser para benefício direto do

---

<sup>229</sup> Exemplificando, tem-se o caso Tuskegee que se refere a pesquisas sobre a sífilis nos anos 70. A pesquisa era conduzida pelo Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos e tinha por fim o acompanhamento do ciclo de evolução natural da sífilis em sujeitos infectados. De 1930 até meados de 1970, mais de 400 pessoas negras foram deixadas sem tratamento para que se pudesse identificar o curso natural da doença. Isto porque a penicilina na época já havia sido descoberta e era medicamento fundamental para o tratamento da doença. Os pacientes não foram avisados que estavam sendo submetidos a uma experiência, não tendo lhes sido oferecida oportunidade de escolha. In: DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002, pp.17-18.

<sup>230</sup> DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. ob.cit, pp. 21-22.

<sup>231</sup> PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, ob cit, pp. 34-35.

<sup>232</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., p. 98.

<sup>233</sup> ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 06



paciente. Deve-se analisar o risco – benefício de determinadas intervenções técnicas para o paciente com o intuito de não fazê-lo sofrer sem que se obtenha resultado algum.<sup>234</sup>

O princípio da não-maleficência é um princípio negativo, contrapondo-se a beneficência. Significa dizer que, independente de qualquer situação, não se deve causar danos.<sup>235</sup>

Por último, tem-se o princípio da justiça que requer a igualdade de tratamento entre os pacientes, a não ser que a situação exija um tratamento distinto, bem como a distribuição equitativa dos recursos para que todos tenham acesso a cuidados médicos de qualidade.<sup>236</sup> Assim, este princípio propõe a justa distribuição dos benefícios dos serviços de saúde para que todos tenham tratamento igualitário de acordo com o seu estado clínico.<sup>237</sup>

Para os principialistas, o embrião é pessoa e não poderia ser submetido a pesquisas, a não ser que as pesquisas sejam para o bem do embrião, o que é determinado pelo princípio da beneficência. Por outro lado, não há que se falar em autonomia do embrião. Neste caso, como foi falado, a vontade deverá ser expressa pelos seus responsáveis legais.

O último paradigma trazido por este trabalho é o **fenomenológico**. Este paradigma tem uma visão aberta a respeito da ética que é contrária a visão da ética como um conjunto de princípios. “Assim, é da ética: nunca chegamos a alcançar a meta, o rumo traçados. Nem há caminho aplainado para chegar lá: em cada situação há que inventar, descobrir, criar o caminho.”<sup>238</sup>

Ademais, o seu conceito de pessoa não é em relação à essência dada pela natureza, mas sim, em relação à existência temporal, relacional e potencial. Aqui, o conceito de pessoa constrói-se pela trajetória de cada ser humano. Se for permitida a sua evolução, o ser humano virá a ser pessoa. Caso contrário, continuará sendo uma potencialidade.

---

<sup>234</sup> Idem, p.07.

<sup>235</sup> DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. ob.cit, p.31.

<sup>236</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., p.99.

<sup>237</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e Biodireito In: BARBOZA, Heloísa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.89.

<sup>238</sup> PEGORARO, Olinto A. ob. cit., p.108.

Para o paradigma fenomenológico, não há objeção quanto à clonagem terapêutica, nem mesmo quanto ao destino dos embriões para pesquisas, desde que sejam de cunho terapêutico. Isto porque o embrião não possui articulação orgânica, nem mesmo forma psíquica. É apenas uma pessoa em potencial. Observe que o embrião já é um ser humano com seu código genético definido. No entanto, não passa de uma pessoa em processamento, de um conjunto de células-tronco.<sup>239</sup>

Face ao exposto, nem mesmo no tocante à bioética pode-se alcançar uma solução ímpar, face aos inúmeros paradigmas bioéticos existentes. Não se pode, portanto, chegar a conclusões absolutas. O que se pode afirmar, no entanto, é que, dependendo do paradigma adotado, as possibilidades de destinação dos embriões são variadas: descarte, pesquisa ou doação a outro casal, não sendo possível estabelecer uma verdade ética universal.

---

<sup>239</sup> Idem, pp.123-124.

## CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, vários foram os assuntos abordados. Em breves linhas, buscar-se-á indicar as principais conclusões alcançadas:

Impressionantes são os avanços da ciência, principalmente no tocante às técnicas de reprodução artificial. Como o Direito não consegue acompanhar a evolução científica, vários problemas têm surgido, como a situação do embrião *in vitro*, ponto central deste estudo.

A CF/88 trouxe consigo uma nova realidade jurídica. A dogmática constitucional moderna trabalha a norma jurídica em duas grandes categorias: regras e princípios. Mais ainda, atribui grande importância aos princípios que passam a ter eficácia jurídica.

As regras são objetivas e, por isso, não há possibilidade de convívio entre duas ou mais regras. Ou elas regulam um caso concreto ou não. Dessa sorte, em caso de conflito, utilizam-se os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos de normas.

Os princípios, por sua vez, possuem um elevado grau de abstração, o que permite que um princípio seja aplicado em diversos casos. Isso faz com que princípios distintos coexistam e, em caso de colisão, o exegeta deverá aplicar o critério da ponderação.

Diante dessa importância adquirida pelos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, pôde-se observar uma constitucionalização do Direito Privado, uma vez que houve uma reestruturação no sistema pátrio voltada a novos padrões valorativos, fundados em princípios gerais e regras estabelecidos pela Constituição.

Os direitos fundamentais tiveram grande destaque na CF/88 pois vieram como forma de dar concretude ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com tamanha responsabilidade, foram erigidos ao patamar de princípios, tendo sido considerados cláusulas

pétreas. Assim, como ocorrem com os princípios, direitos fundamentais também podem colidir, devendo ser aplicada, também, a técnica da ponderação.

O maior de todos os princípios constitucionais é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda, é o que gera mais discussões quando se fala em qualquer outra destinação de embriões *in vitro* que não seja o implante em uma mulher.

Uma das principais mudanças na leitura do Código Civil atual foi a atribuição de grande importância à pessoa humana em detrimento de seu patrimônio, como ocorria com o CC/16. E essa releitura, fundada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, está diretamente ligada às soluções que serão dadas às questões trazidas com o progresso científico e tecnológico. A pessoa humana passa a ser o centro da ordem jurídica.

Importante ressaltar que o princípio, ora estudado, está intimamente ligado ao direito à vida. Dessa forma, não há que se falar apenas em vida por si só. Deve-se atrelar a ela o viver com dignidade.

O direito à vida é um direito fundamental, inato à natureza humana e de onde decorrem todos os direitos da personalidade, sendo, então, considerado um “pressuposto lógico dos direitos da personalidade”. Além do mais, viver com dignidade é um dos objetivos do poder público.

Por outro lado, o entendimento de que ele é absoluto é discutível, pois a própria lei penal infraconstitucional prevê a possibilidade de se matar alguém em legítima defesa. Ademais, têm-se as exceções ao crime de aborto (gravidez decorrente de estupro e que cause risco de vida a mulher).

Ainda, em decorrência do direito fundamental de se ter uma vida digna, tem-se o direito de gerar que é uma garantia constitucional cabendo ao Estado propiciar recursos para o exercício deste direito. Questiona-se, entretanto, se é direito fundamental ou direito privado garantido pela CF. Por ser derivado de outros direitos como o direito à vida, à liberdade e à saúde, o Estado deverá dar condições de acesso às técnicas de RHA àqueles que possuem problemas de esterilidade.

Diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, quando se fala em direito a liberdade científica, parece que não há possibilidade de se fazer valer tal direito. Entretanto, ele também é uma garantia constitucional que deve ser promovida e incentivada pelo Estado. Ocorre que como os demais, este direito não é absoluto, devendo ser limitado.

Com os avanços da biotecnologia, cientistas têm utilizado embriões humanos com intuito diverso de desenvolver trabalhos terapêuticos. Ou seja, pesquisas para desenvolvimento de seres híbridos, gestação de embriões humanos no ventre de uma vaca, dentre outros absurdos.

No Brasil, com a aprovação da L 11105/05, passou-se a permitir pesquisas em células-tronco embrionárias, o que em muitos países da Europa já ocorria.

Para se poder determinar, no tocante ao destino dos embriões *in vitro*, quando os princípios e garantias constitucionais deverão ser aplicados, surgiu a necessidade de um estudo acerca do início da vida, do início da personalidade jurídica e das concepções dadas aos embriões humanos.

Existem, como visto, basicamente duas correntes que tratam do início da vida. Para a **corrente concepcionista**, a vida humana começa desde o momento da fecundação do óvulo com o espermatozóide, ocorrendo *in vitro* ou *in útero*, pois já se tem um ser com matéria genética própria, bem como com individualidade autônoma.

A **corrente desenvolvimentista**, por seu turno, acredita que a vida se inicia após certo grau de desenvolvimento do embrião. Assim, não há um consenso entre os adeptos desta teoria quanto ao momento exato em que o embrião já possui este desenvolvimento capaz de lhe dar a vida. Uns acreditam que com 14 dias após a fecundação, outros com a nidação e há também os que defendem que a vida se dá com o nascimento.

Após se tentar estabelecer quando se inicia a vida, enfrentou-se outro problema: quando se inicia a personalidade? Importante, antes de tudo, é estabelecer que com a nova ordem jurídica instaurada pela CF/88, conceituar personalidade como a aptidão para

ser sujeito de direitos e obrigações é insuficiente, devendo ser vista, também como valor máximo do sistema jurídico privado.

Não há consenso quanto ao início da personalidade apesar de o código civil brasileiro ter estabelecido, claramente, que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, sendo esta a idéia defendida pelos **natalistas**. Para eles, o nascituro não é pessoa, ainda, mas já possui proteção legal por estar em situação de pendência que só se perfaz com o nascimento.

Para os adeptos da **teoria da personalidade condicional**, o início da personalidade ocorre com a concepção, sob a condição de o concebido nascer com vida. E, para os **concepcionistas**, a personalidade inicia desde a concepção, sendo, o conceito, pessoa.

Por estarem em uma situação diferente, ainda não prevista em lei, vez que não podem ser considerados nascituros, os embriões humanos *in vitro* são visto de três formas distintas: como pessoa, como amontoado de células, como pessoa em potencial.

Dizer que o **embrião *in vitro* é pessoa** significa dizer que não será permitido qualquer tipo de pesquisas utilizando-o como objeto de estudo, devendo ter seu direito à vida resguardado. Equipara-se o embrião humano *in vitro* a qualquer outra pessoa já nascida, sendo esta postura muito radical.

Dizer que o **embrião *in vitro* é um amontoado de células** significa que ele não tem a mínima capacidade de ser sujeito de direito, sendo, portanto, objeto, podendo ser disponibilizado para qualquer destinação.

Entre as duas posições acima descritas, há a que vê o **embrião *in vitro* como pessoa em potencial**. O embrião ainda não é pessoa, mas possui potencialidade de se tornar a ser pessoa, não sendo apenas um monte de células disponíveis. Quanto à disponibilidade, não são todas as pesquisas que poderão utilizar embriões *in vitro*. Apenas as de caráter preventivo, terapêutico e de diagnóstico. Também não há que se falar em destruição dos embriões, mas permite-se e incentiva-se a doação para outros casais.

Apesar de o Brasil já admitir pesquisas em embriões *in vitro*, desde que respeitados alguns critérios legais, ainda não há uma solução definitiva para o problema da

destinação dos embriões excedentários. Por isso, busca-se na bioética uma solução. No entanto, esta ciência possui paradigmas que estabelecem possibilidades distintas. Como exemplo, foram trazidos os paradigmas secular, confessional, principialista e fenomenológico. Não há, portanto, nem no tocante à Bioética, uma solução ímpar para o problema exposto. Havendo a necessidade de normas legais atinentes a questão.

A tendência legislativa brasileira para o destino dos embriões excedentes caminha no sentido de se proibir a pesquisa que não seja de caráter terapêutico, de diagnóstico ou preventivo. No tocante a doação, a tendência também é permiti-la. Agora, quanto ao descarte, não há ainda uma tendência firmada. O que se observa na legislação internacional é uma visão mais liberal quanto à destinação dos embriões, muitos permitindo o descarte e as pesquisas, mas receosos quanto à doação para outro casal.

Enfim, a teoria que vê o embrião humano como pessoa em potencial, aliada ao paradigma fenomenológico da bioética que conceitua pessoa por meio de uma relação temporal, relacional e potencial trouxeram a solução mais viável para a o problema do destino a ser dado aos embriões excedentes. Isto porque o embrião *in vitro* não passa de uma potencialidade, não possuindo articulação orgânica e nem forma psíquica, sendo um conjunto de células-tronco até o momento em que começa a diferenciar-se.

Dessa sorte, defende-se que busque uma legislação que trate o embrião humano não o equiparando a uma pessoa já nascida, mas que o respeite como ser capaz de vir a ser pessoa, sendo necessário a elaboração de um estatuto próprio do embrião humano concedendo-lhe dignidade própria, distinta da dignidade da pessoa humana e garantindo-lhe o direito à vida, quando houver viabilidade.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução** . 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ASTONIUK, Elisete. Clonagem Humana: Qual pessoa deve ser a medida da vida? In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC- ano 9, n. 37, out/dez 2001.
- BARBOZA, Heloísa Helena: **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 1999.
- \_\_\_\_\_. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BERNARDO, Karla. Células-Tronco: **O Brasil a um passo da criação de órgãos em laboratório**. Disponível em <[http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos\\_radovan.htm](http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos_radovan.htm)> Acesso em 22/03/2004.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. rev. e atual. Por Prof. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: F.Alves, 1976.



BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 4. ed., 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, **Resolução 1358/92** do Conselho Federal de Medicina. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa\\_resolucoes.php](http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php)>

BRASIL, Luiz Moreira. **Projeto de Lei 3638/93**. Institui normas sobre a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br> > Acesso em 18/03/2004

BRASIL, Confúcio Moura. **Projeto de Lei 2855/97**. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br> > Acesso em 18/03/2004.

BRASIL, Lúcio Alcântara. **Projeto de Lei 90/99**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: < <http://www.ghente.org> > Acesso em 18/03/2004.

BRASIL, Roberto Requião. **Substitutivo do Projeto de Lei 90/99**. Autoria do Senador Lúcio Alcântara, dispõe sobre Reprodução Assistida. <<http://www.ghente.org>> .Acesso em 18/03/04.

BRASIL, Tião Viana. **Substitutivo do Projeto de Lei 90/99**. Autoria do Senador Lúcio Alcântara, dispõe sobre Reprodução Assistida <<http://www.ghente.org> > .Acesso em 18/03/04.

BRASIL, Pinotti. **Projeto de Lei 1135/03**. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br> > Acesso em 18/03/04.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 1184/03**. Dispõe sobre Reprodução Assistida < <http://www.camara.gov.br> > .Acesso em 18/03/04.

BRASIL, Maninha. **Projeto de Lei 2061/03**. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em

serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências <<http://www.camara.gov.br>> .Acesso em 18/03/04.

BRASIL. **Projeto de Lei 2401/03**. 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 a Política Nacional de Biossegurança e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> .Acesso em 19/04/04.

BRASIL. **Lei n. 11105/05**. Lei de Biossegurança. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 26/06/06.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina. Células da Esperança. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, ed. 1846, ano 37, n. 19, 24 de março de 2004.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana: ética e direito**. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina: 2003.

CARTA ENCÍCLICA Evangelium Vitae. Do Sumo Pontífice João Paulo II aos Presbíteros e Diáconos, aos Religiosos e Religiosas, aos fiéis leigos e todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, 1995. Disponível em: <[http://www.vatican.va/edocs/POR0062/\\_INDEX.HTM](http://www.vatican.va/edocs/POR0062/_INDEX.HTM)> Acesso em 05/04/2004.

COELHO, Luiz Fernando. Clonagem Reprodutiva e Clonagem Terapêutica: Questões Jurídicas. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n.16, jan – mar, 2002.

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Disponível em: <<http://oas.org>> Acesso em 14/04/04.

- DALLARI, Dalmo de Abreu: Bioética e Direitos Humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores): **Iniciação à Bioética**. Brasília: CFM, 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito e Ciência. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n.16, jan – mar, 2002.
- DEGOS, Laurent. **Os critérios biológicos da presença de uma pessoa humana**. Disponível em: <[http://www.terravista.pt/ancora/2254/apoio/pessoab.htm](http://www.terraviva.pt/ancora/2254/apoio/pessoab.htm)>
- DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- DINIZ, Maria Helena: **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- FABRIZ, Daury Cesar: **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil – Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções Fetais – uma visão bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo e MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira e SORDI, Sandra. Aspectos Atuais do Projeto Genoma Humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia: dono da vida, o homem é também dono da sua própria morte?** Disponível em : <<http://www.geraldoprado.com/eutanasia.html>> Acesso em: 23 de outubro de 2003

GUILHEM, Dirce. **Novas Tecnologias Reprodutivas, Ética e Legislação no Brasil: Um Debate Adiado**. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/serie/artigos>> Acesso em: 23 de outubro de 2003

HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de Reprodução Assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**. vol. 9. n°2 – 2001. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do Embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito** da UFPR. Curitiba. N. 29, 1996.

\_\_\_\_\_. O Direito, as Ciências e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.188.

MARINHO, Josaphat. O homem, as Experiências Científicas e o Direito Positivo. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n.16, jan – mar, 2002, p. 19.

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

\_\_\_\_\_. Bioética e Biodireito In: BARBOZA, Heloísa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloísa Helena;

- BARRETTO, Vicente de Paulo e MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I**. 2ª ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 36ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MOORE, Keith L. e PERSAUD, T.V.N. **Embriologia Básica**. 5. ed. Tradução de : Ithamar Vugman e Mira de Casrilevitz Engelhardt. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_ **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/artigos.html>> Acesso em 23 de junho de 2006.
- NYS, Herman. Experimentações com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.
- PEDROSA NETO, Antônio Henrique e FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores): **Iniciação à Bioética**. Brasília: CFM, 1998.
- PEGORARO, Olinto A. **Ética e Bioética: da subsistência à existência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- PEREIRA, Micheli Meneguelli P. **Reprodução Assistida – Aspectos Éticos**. Disponível em <<http://www.ghente.org>> Acesso em: 16/03/04
- PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 3. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1996

- \_\_\_\_\_. **Problemas atuais de bioética**. 6ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAFFUL, Ana Cristina. **A Reprodução Artificial e os Direitos da Personalidade**. Ed. Themis. São Paulo, 2000.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites Éticos e Jurídicos do Projeto Genoma Humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 200.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª ed., rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SÈVE, Lucien. Para uma crítica da razão bioética. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Lédus, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil – constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXV.
- \_\_\_\_\_. **Normas Constitucionais e Direito Civil**. Disponível em <<http://www.fdc.br/revista/docente/10.pdf>> Acesso em 23 de junho de 2006.

\_\_\_\_\_ **Cidadania e Direitos da Personalidade.** Disponível em  
<<http://www.fdc.br/revista/docente/10.pdf>> Acesso em 23 de junho de 2006

TRÍAS, Encarna Roca i. Direitos de Reprodução e Eugenia. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito comparado.** Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

ZATZ, Mayana. **Células-Tronco: Esperança Renovada.** Disponível em:  
<[http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos\\_mayana.htm](http://www.ghente.org/temas/clonagem/artigos_mayana.htm)> Acesso em 22/03/2004.