

**CENTRO UNIVERSITÁRIO – CATÓLICA DE SANTA CATARINA
CURSO DE DIREITO
PESQUISA EM CIÊNCIA JURÍDICA – TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
ALINE GOBBI**

**O CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA
PERSONALIDADE FRENTE À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3510**

**JARAGUÁ DO SUL
2015**

ALINE GOBBI

**O CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA
PERSONALIDADE FRENTE À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3510**

Monografia apresentada como requisito parcial para aprovação na disciplina Pesquisa em Ciência Jurídica – Trabalho de Conclusão de Curso, e obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário – Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul(SC).
Orientador(a): Profa. Msc. Luiza Landerdahl Christmann

**JARAGUÁ DO SUL
2015**

ALINE GOBBI

**O CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA
PERSONALIDADE FRENTE À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3510**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso Graduação em Direito do Centro
Universitário – Católica de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Daniel de Mello Massimino
Centro Universitário – Católica de Santa
Catarina

Profa. Msc. Luiza Landerdahl Christmann
Centro Universitário – Católica de Santa
Catarina

Prof.
Centro Universitário – Católica de Santa
Catarina

Jaraguá do Sul, __ de _____, de 2015.

Aos meus pais Afonso Gobbi e Marlinda Maria Ruon Gobbi por terem me proporcionado o dom da vida, além de todo o carinho, amor, zelo e dedicação que a mim foram oferecidos.

Ao grande amor da minha vida, Gustavo Bitencourt, por todo o amor, carinho, paciência e incentivo diários.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela graça da vida.

Aos meus pais por todo o apoio, carinho, paciência e por todo o incentivo nos estudos que tenho recebido desde a minha infância. Em especial, por proporcionarem a realização deste sonho e por embarcarem comigo nele.

Ao meu amor, Gustavo Bitencourt, por todo o amor, dedicação e cumplicidade durante esses quase quatro anos de namoro.

Ao Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

E por fim, sou imensamente grata à minha Orientadora Luiza Landerdahl Christmann pelos conselhos, orientações, e correções tão minuciosas e também, por incentivar a pesquisa e leitura constante.

Entre o céu e a terra há
muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia.
Willian Shakespeare

RESUMO

Este trabalho aborda a problemática que envolve a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510, julgada improcedente pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo objetivo geral era analisar em que medida as teorias que versam sobre o início da personalidade civil, quais sejam, as teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicionada, bem como o conceito de nascituro sofrem modificações no contexto das novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510. Adota-se como hipótese de pesquisa a possível necessidade de alteração na conceituação de nascituro e/ou a sua extinção. Quanto as teorias sobre o início da personalidade, verifica-se a possível necessidade de revisão do entendimento das teorias natalista, da personalidade condicionada e na teoria concepcionista. A metodologia utilizada baliza-se no método dedutivo hipotético. O referencial teórico que norteou a pesquisa compõem em cinco obras Lei de Introdução e Parte Geral, do autor Flávio Tartuce, sobre os princípios bioéticos, O Estado Atual do Biodireito, da autora Maria Helena Diniz, Curso de Bioética e Biodireito, da autora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, Pesquisas com Células-Tronco Implicações Éticas e Jurídicas, do autor Asdrubal Franco Nascimbeni, no que tange as teorias da cariogamia e do pré-embrião, Introdução do Biodireito Investigações Político-Jurídicas Sobre o Estatuto da Concepção Humana, do autor Reinaldo Pereira e Silva. Nesse sentido aborda-se ao direito fundamental à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, trata ainda acerca dos princípios bioéticos, da beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça, na fronteira com os direitos humanos. Na sequência aborda-se sobre as teorias da personalidade civil, natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, bem como acerca dos princípios que norteiam o início da vida humana, da cariogamia, e do pré-embrião, para em seguida abordar acerca das Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA. Por fim, analisa-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, seus aspectos gerais, o direito à vida em contraponto ao direito à vida digna, para posteriormente, serem realizadas as considerações gerais acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade, n.º 3.510, onde ficou concluído que o conceito de nascituro merece uma nova conceituação, assim como as teorias da personalidade civil também tendem a demandar de alguma revisão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida. Embriões *in vitro*. Nascituro. Técnicas de Reprodução Humana Assistida. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS: A PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA	13
2.1 O DIREITO À VIDA COMO FUNDAMENTO DA TUTELA JURÍDICA.....	14
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA.....	21
2.3 BIOTECNOLOGIA, BIOSSEGURANÇA E BIOÉTICA: OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS NA FRONTEIRA DOS DIREITOS HUMANOS	28
3 O CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL FRENTE ÀS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	46
3.1 AS TEORIAS NATALISTA, DA PERSONALIDADE CONDICIONADA E CONCEPCIONISTA	46
3.1.1 Das teorias sobre a personalidade civil	51
3.2. O MOMENTO DA CONCEPÇÃO: AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	61
3.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UM NOVO CONCEITO DE NASCITURO	68
3.3.1 Inseminação artificial	73
3.3.2 Transferência intratubária de gametas - GIFT	74
3.3.3 Transferência intratubária de zigoto – ZIFT	75
3.3.4 Fertilização <i>in vitro</i> - FIVETE	75
3.3.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI	77
4 O CONCEITO DE NASCITURO FRENTE À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADIN Nº 3510: ALGUMAS REFLEXÕES	81
4.1 AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3510: ASPECTOS GERAIS	81
4.2 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADIN Nº 3.510: DIREITO À VIDA X DIREITO À VIDA DIGNA.....	92
4.3 O EMBRIÃO NÃO POSSUI DIREITO AO ÚTERO: UM NOVO CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL APÓS ADIN 3.510.....	101
5 CONCLUSÃO	105
6 REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre temas polêmicos como o início da vida e o início da personalidade de um indivíduo será sempre controvertido, haja vista a correlação do tema com outras áreas de erudição humana, como a sociologia, a biologia, a filosofia, a bioética e a religião. Diante dessa complexidade, pretende-se abordar tal discussão sob o prisma das ciências jurídicas e do biodireito.

Inobstante as conceituações hermenêuticas, faz-se mister a reflexão sobre o início da personalidade para o ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque do surgimento e aprimoramento das biotecnologias, das novas experiências relacionadas à pesquisa científica e biológica que estão em constante transformação.

Os avanços na área biotecnológica vêm causando grande impacto no cotidiano das pessoas, tanto com relação à vida no campo privado, quanto no campo social. Assim, com o avanço da biotecnologia e dos experimentos científicos que envolvem a vida humana, a discussão sobre o início da vida e da personalidade do indivíduo impacta direta e significativamente na coletividade, tendo em vista a influência desses conceitos sobre muitos aspectos, inclusive jurídicos.

A partir daí, surge a discussão a respeito da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, cuja interpretação julgou constitucional a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, sem que ocorra violação do direito à vida. Os embriões utilizados nas pesquisas científicas terapêuticas, autorizadas pela Corte Superior Brasileira mediante previsão expressa na Lei 11.105/2005, em seu artigo 5º, são aqueles excedentários ou ainda, os que preparados para implantação estão congelados há mais de três anos, entrando no período de descarte por “não mais servirem”. Porém, não se pode olvidar que a carga genética criada a partir dos materiais doados, permanecerá inalterável até o fim da vida do indivíduo, e que tal carga genética, junto a outros aspectos, é a responsável pela criação da personalidade daquele ser.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o nascituro é considerado como aquele que foi concebido, porém, ainda não nascido, ou simplesmente como feto. Sob este enfoque, será realizada uma análise sobre embrião pré-implanto, ou “*in vitro*”, tendo em vista que este, uma vez dotado de carga genética própria, está

preparado para se tornar uma pessoa, dotada de direitos e deveres. A partir desse enfoque, vários questionamentos serão realizados, uma vez que o embrião também pode ser um “ente” ou uma “criatura” dotada de direitos. Os questionamentos a serem realizados quanto ao embrião estão intimamente relacionados com o direito ao útero, uma vez que sem o útero ele nunca terá a oportunidade de vir a ser uma pessoa; ao descarte dos embriões após certo período congelados, etc.

Abordar-se-á também sobre os estudos referentes às Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA -, também conhecidas por fertilização artificial, podem acarretar problemas globais, pois a ciência em conjunto com a medicina em diversos momentos acaba por ignorar certos aspectos legais, buscando soluções para outros aspectos, passando por cima daquilo que a sociedade acha correto.

Assim, diante de todas as questões que a temática alcança, tendo em consideração as reflexões que a bioética nos oferece no que concerne à vida humana, nota-se que é de primordial importância o acompanhamento do Direito nesse processo, vez que ambos buscam a pacificação dos conflitos, qual seja, determinar quando inicia a vida e os direitos de personalidade do ser humano.

Frente a isso, o problema de pesquisa deste trabalho foi verificar a necessidade de rever os conceitos de nascituro e das teorias natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, tendo em vista a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 do Supremo Tribunal Federal.

Diante deste cenário, a hipótese que se vislumbrou foi de que quicá, a necessidade de alteração na conceituação de nascituro e/ou a sua extinção. Sendo que, no tocante as teorias sobre o início da personalidade, verificou-se a possível necessidade de revisão do entendimento das teorias natalista, da personalidade condicionada e concepcionista.

Com a finalidade de nortear a pesquisa, o objetivo geral foi definido na medida de analisar as teorias da personalidade civil, quais sejam, a teoria natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, bem como do conceito de nascituro, indicando em que medida esses conceitos sofrem modificações no contexto das novas técnicas de reprodução humana assistida, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

Constituíram os objetivos específicos dessa pesquisa, o estudo a respeito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos

garantidos pela Constituição Federal de 1988, entre os quais se destacam o direito à vida, à saúde e o direito de personalidade, a reflexão acerca dos quatro princípios basilares da bioética, quais sejam, princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência e princípio da justiça, a análise das teorias da personalidade, entre elas, teoria natalista, concepcionista e da personalidade condicionada, conceituando de forma aprofundada nascituro, o conhecimento acerca dos elementos técnicos e conceitos da reprodução humana assistida – RHA, mencionando acerca dos embriões excedentários, a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, e seus impactos nas teorias da personalidade, de modo a identificar e compreender elementos de possibilidade de revisão na conceituação de nascituro e/ou sua possível extinção, bem como quanto à possibilidade de revisão no entendimento das teorias natalista, da personalidade condicionada ou mista e concepcionista.

No escopo de buscar respostas ao problema de pesquisa formulado, este trabalho norteou-se pelo método hipotético dedutivo, na medida em que primeiramente buscou abordar os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, a fim de justificar a importância do direito fundamental à vida, bem como a sua inviolabilidade, ainda buscou os fundamentos dos princípios bioéticos, bem como os fundamentos e os procedimentos das técnicas de reprodução humana assistida, para ao final fazer relação desses conceitos e fundamentos com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510.

Para uma adequada apresentação dos resultados de pesquisa, o trabalho desenvolveu-se em três capítulos, em concordância com os objetivos específicos anteriormente delimitados. O primeiro capítulo discorreu acerca do direito fundamental à vida, bem como do princípio da dignidade humana como corolário do direito à vida, tendo ainda sido destacados princípios bioéticos que regem a ética médica e a importância de cada um deles frente aos direitos humanos.

O segundo capítulo teve como abordagem principal as teorias sobre a personalidade civil, natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, uma rápida abordagem acerca das teorias da cariogamia e do pré-embrião, as quais traduzem de forma distinta o seu entendimento sobre o momento inicial da vida humana, para posteriormente abordar acerca das técnicas de reprodução humana assistida, ou seja, seus aspectos gerais e procedimentais.

Por fim o terceiro e último capítulo, debruçou-se sobre a ADIN 3.510, tendo em primeiro momento adentrando acerca de seus aspectos gerais, para posteriormente, relacionar a Ação Direita de Inconstitucionalidade com o direito à vida e contraponto ao direito à vida digna, e ao final poder debater acerca da necessidade de uma nova conceituação de nascituro, assim como se este possui o direito a um útero, e ainda explicar acerca das teorias da personalidade, se há ou não a necessidade de uma revisão pela Lei Civil Brasileira.

Finalmente, cumpre destacar que o referencial teórico que subsidiou a presente pesquisa trouxe: Sobre as teorias da personalidade civil, Lei de Introdução e Parte Geral, do autor Flávio Tartuce, sobre os princípios bioéticos, O Estado Atual do Biodireito, da autora Maria Helena Diniz, Curso de Bioética e Biodireito, da autora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, Pesquisas com Células-Tronco Implicações Éticas e Jurídicas, do autor Asdrubal Franco Nascimbeni, no que tange as teorias da cariogamia e do pré-embrião, Introdução do Biodireito Investigações Político-Jurídicas Sobre o Estatuto da Concepção Humana, do autor Reinaldo Pereira e Silva.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS: A PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA

Vida, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, inerente à pessoa humana e indispensável para a formação das sociedades e também para o exercício dos demais direitos. A Magna Carta de 1988 assegura a vida em duas acepções, negativa e positiva, ou seja, relacionam-se com o direito de estar vivo e o direito de viver uma vida digna, respectivamente, sendo vedada a violação da vida humana dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A presente discussão apresentará os múltiplos conceitos para o termo dignidade, porém, sem conseguir conceituá-lo com precisão, vez que referida expressão agrega inúmeros significados, tendo os doutrinadores e pesquisadores tentado abranger a definição como um todo, porém, sem ter conseguido chegar a uma conclusão concreta sobre a definição real do termo.

Então a partir desse viés será discutido o que é viver com dignidade e o que é uma vida digna, bem como a relação que o princípio da dignidade da pessoa humana possui com os demais direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história das constituições brasileiras a regulamentar a dignidade da pessoa humana como princípio de direito.

No último tópico deste capítulo, far-se-á a diferenciação entre os conceitos de moral e ética, buscando relacionar esses conceitos com a bioética, bem como definir a importância da ética nas relações entre médico, paciente e sociedade, haja vista os avanços biotecnológicos na área da medicina e as implicações e benefícios que os mesmos podem trazer quando utilizados para tratamento em seres humanos. Sob este mesmo viés, serão abordados os quatro princípios da corrente principialista, quais sejam: da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça, relacionando-os com o Código de Nuremberg, a Declaração de Helsinque e o Código de Ética Médica de 2009.

Demonstrar-se-á que os avanços tecnológicos refletem nos mais diversos ramos de atuação, mas principalmente, na biomedicina, momento em que a biotecnologia toma destaque com a criação dos Organismos Geneticamente Modificados – OGM's, principalmente no que diz respeito às pesquisas biomoleculares, sendo ao final tecidos breves comentários acerca da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005.

2.1 O DIREITO À VIDA COMO FUNDAMENTO DA TUTELA JURÍDICA

O termo vida geralmente é considerado em sua forma mais singela como um ciclo vital que se inicia com o nascimento, perpassando pela fase do desenvolvimento e findando com a morte. Sob este aspecto Moraes (2008, p. 504) expõe em sua obra que “a vida humana é defendida como complexo de propriedades e qualidades graças às quais as pessoas naturais se mantêm em contínua atividade funcional, que se desenvolve entre o nascimento e a morte”. Reputada como elemento de valor inestimável, a vida humana é fundamental para a existência de tudo o que existe no universo, inclusive o próprio direito. Sob este prisma Silva (2005, p.197) sustenta que:

Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Sendo a vida humana essencial para a formação das sociedades e indispensável para o exercício dos demais direitos, o Estado previu a necessidade de proteção deste bem maior, sendo atribuído a ele mesmo – próprio Estado - o dever de assegurar o direito à vida “em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”. (MORAES, 2012, p. 34). A primeira acepção mencionada é a negativa, que defende o direito a não interferência da existência humana por parte do Estado ou de terceiros. Em contrapartida, a segunda acepção é definida como positiva, cuja defesa permeia o amplo acesso às utilidades indispensáveis para que o ser humano viva com dignidade, como alimentação, saúde, moradia, etc.. Nesse sentido, Novelino (2014, p. 462) expressa que “na acepção positiva há uma íntima relação do direito à vida com a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e com outros direitos fundamentais”. Em suma o direito à vida não pode ser avaliado sob a perspectiva individual de proteção, mas sim, sob o ponto de vista comunitário, que

impõe aos poderes públicos e à sociedade o dever de tomar as medidas cabíveis de proteção contra a prática de ações que atentem contra a vida de outrem.

Assim, diante da imprescindibilidade de preservação da vida humana, não apenas sob a perspectiva individual, mas também social, é que a garantia de proteção à vida foi instituída de forma genérica no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz em sua redação a garantia da inviolabilidade do direito à vida aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Conveniente é a transcrição do artigo em sua redação original: “art. 5º. 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 [...]” (BRASIL, 2015a). Referido dispositivo remete ao entendimento de que o direito à vida resulta da compreensão de que a todo ser humano deve ser dado tratamento igualitário, em respeito à sua dignidade, que se expressa, primeiramente, pelo respeito à sua existência.

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer este dispositivo legal, logo no primeiro artigo do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, concedeu maior ênfase a ideia de que o direito à vida, dentre os demais direitos fundamentais, é o que possui maior grau de importância, sustentando, deste modo, o entendimento de que os demais direitos advêm do direito à vida.

A respeito do assunto, Maria Helena Diniz [s.d] utiliza como embasamento para a sua obra a seguinte afirmação:

O respeito a ela e aos demais bens jurídicos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela condicional ao direito à vida, que, por ser decorrente da norma de direito natural é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do Direito Positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade [...] A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco, o direito de uma pessoa sobre si mesma. (*apud* ROCHA, 2008, p.111)

O direito à vida para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não é um direito absoluto, porquanto, prevê isoladamente a possibilidade de pena de morte em casos de guerra declarada, nos termos do artigo 5º, XLVII, alínea

a¹. Ainda sob o prisma do não absolutismo do direito fundamental à vida, destaca-se que em muitos casos o direito à vida colide frontalmente com outros direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal de 1988, podendo ser citado como exemplo clássico o direito à liberdade.

Para ilustrar a explanação supra, é imprescindível transcrever um trecho da citação de Thomson (1971) que fez uso de um caso hipotético para exemplificar a colisão entre os direitos fundamentais, baseando-se no fato de:

[...] uma pessoa ter sido sequestrada e, ao acordar, ver-se na cama de um hospital, com seu rim conectado ao de outra pessoa, a qual depende dessa conexão para sobreviver. Se a pessoa sadia for desconectada, a doente morre. Em se prevalecendo sempre o direito à vida, como “direito maior”, a vítima do sequestro estaria condenada a permanecer conectada enquanto necessário, ao indivíduo adoentado, mesmo contra a sua vontade, pois é o direito à vida de um em colisão com a liberdade de outro, dentre outros valores”.² (*apud* FERRAZ, 2009, p. 16)

Com a incidência de choque entre os direitos fundamentais, muitas vezes é preciso que um direito seja violado para que outro seja respeitado. De tal modo, estando a vida em conflito com qualquer outro direito fundamental, “o direito à vida poderá sofrer restrições no seu âmbito de proteção” (NOVELINO, 2014, p. 463), visto que referido direito não é pleno.

Apesar do direito à vida não ser absoluto, ele é considerado como primordial para que os demais direitos fundamentais sejam exercidos pela sociedade de forma livre e plena. Posto isto, tem-se que o direito à vida é um direito natural, sendo atrelado necessariamente à própria existência do indivíduo e, portanto, de ordem anterior aos demais direitos, denominados como direitos civis.

Nesse sentido preleciona Norberto Bobbio que:

[...] o homem, antes de ter direitos civis que são o produto da história, tem direitos naturais que os precedem; e esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis. Mais precisamente: “São direitos naturais os que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, os direitos da mente, e também todos os direitos de agir como indivíduo, para o próprio bem-estar e

¹ Outra hipótese são as causas excepcionais de realização de aborto previstas pelo Código Penal de 1940, cujo assunto será abordado em momento oportuno.

² A divergência acerca da preponderância do direito à vida não será objeto de estudo do presente trabalho. A referência tem como objetivo engrandecer o trabalho e ampliar os elementos de reflexão.

para a própria felicidade que não sejam lesivos aos direitos naturais dos outros”. (BOBBIO, 1992, p. 88)

Compreendido como o primeiro de todos os direitos, não apenas no sentido cronológico, mas também no sentido axiológico, ou seja, valorativo, o direito à vida, é fonte de direito natural, vez que o direito positivo não possui condições de criar esse direito. Além disso,

O direito à vida funda todos os direitos constitutivos da pessoa humana: o direito de ser respeitada em sua própria identidade, o direito de não ser instrumentalizada e o direito de ser considerada como portadora de uma dignidade específica que não se reduz à dignidade de qualquer outra pessoa humana. [...] Todavia, ela constitui o valor fundamental, exatamente porque sobre a vida fundam-se e se desenvolvem os demais valores da pessoa humana. (SILVA, 2002, p. 200).

A partir dessa premissa nota-se que o direito à vida é tido como prioritário frente aos demais direitos elencados pela Constituição Brasileira de 1988. Sob este aspecto, (MORAES, 2007 *apud* FERRAZ, 2009, p. 14), confirma a citação supra transcrita ao dizer que o direito à vida “é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. Não faria sentido declarar qualquer outro direito, se antes, não fosse assegurado o direito de estar vivo para usufruí-lo.

Diante do grau de importância dos direitos e garantias fundamentais para a Constituição Brasileira de 1988, o Estado atribuiu maior proteção a esses direitos, que ficaram sob o amparo das cláusulas pétreas. Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet salienta que

Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. (SARLET, 2015, p. 68)

Os direitos fundamentais constantes no artigo 5º da Magna Carta de 1988 e seus 78 (setenta e oito) incisos estão sob a proteção das cláusulas pétreas, conforme a redação do artigo 60, § 4º, IV, do mesmo diploma legal, não sendo permitida alteração em sua redação nem mesmo por Proposta de Emenda Constitucional (PEC), mantendo assim os direitos fundamentais em posição de superioridade quanto aos demais direitos salvaguardados pela Constituição.

Tutelado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, o direito à vida consiste em um direito personalíssimo que acompanha o ser humano durante toda a sua existência. Embora a legislação constitucional não tenha deixado claro em seu texto original o marco inicial para a tutela do direito à vida, Silva (2002, p. 204) assevera que “outro, aliás, não é o norte principiológico da Constituição Federal de 1988 ao assegurar a todos a inviolabilidade do direito à vida, já que a vida, enquanto direito humano existe desde a concepção³”, ou seja, inerente ao ser humano. Sob outra ótica, (Novelino, 2014, p. 469) afirma que:

a inexistência de uma resposta científica consensual sobre o tema não impede a fixação legislativa de diferentes graus de proteção do direito à vida de acordo com o estágio de desenvolvimento do feto, desde que a medida seja constitucionalmente adequada.

Em contraponto à Constituição Federal de 1988, a qual não esclarece explicitamente a partir de que momento a vida passa a ser tutelada pelo Estado, para as legislações infraconstitucionais como o Código Civil Brasileiro de 2002, é certo que a vida humana recebe proteção legal desde a concepção, conforme redação do artigo 2^a a seguir transcrita: “art. 2^o. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas **a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (BRASIL, 2015b, grifos nossos).

Importa mencionar que não apenas a Constituição Brasileira de 1988, mas também outros diplomas legais internacionais assinados pelo Brasil dão ênfase à tutela do direito à vida, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a qual que dispõe sobre o direito à vida em seu artigo 3^o, com a seguinte redação: “art. 3^o - Todo indivíduo tem direito à vida”. (BRASIL, 2015c). Posteriormente, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4^o contempla que “[...] 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”. (BRASIL, 2015d). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, estabelece no artigo 6^o: “o direito à vida é

³ É importante esclarecer que o início da vida humana será abordado com ênfase no segundo capítulo deste trabalho, motivo pelo qual não serão tecidos comentários acerca do assunto.

inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. (BRASIL, 2015e).

Pela transcrição do artigo 5^a da Magna Carta de 1988, observa-se que foi basilaramente instituído pelo legislador o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida, o que significa que a vida humana deve ser respeitada, impondo à sociedade a proibição da prática de atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano, sob pena de responsabilização criminal. A inviolabilidade do direito à vida consiste “na proteção do direito à vida contra violações por parte do Estado e de terceiros”. (NOVELINO, 2014, p. 461). Por violação do direito à vida entende-se a provocação voluntária do fim do ciclo vital do ser humano, ou seja, a morte.

A inviolabilidade do direito à vida nada mais é do que a proibição da interrupção vital, podendo se dar de diversos modos; destaca-se aqui principalmente as práticas de aborto e da eutanásia⁴. Primeiramente, quanto ao aborto, tem-se que o direito brasileiro, sob a ótica do Código Penal de 1940 prevê excepcionalmente a possibilidade da sua realização em duas situações específicas: a) aborto terapêutico ou necessário, previsto no artigo 128, I do referido dispositivo legal, ocorre quando houver risco de morte da gestante; b) aborto sentimental, previsto no artigo 128, II do Código Penal, pode ocorrer quando a gestante tenha sido vítima de estupro. Frisa-se que apenas nessas duas situações mencionadas é que a prática do aborto é permitida pela legislação brasileira, de modo que, se realizada sob qualquer outra motivação, é considerada crime, conforme dispõem os artigos 124 a 127 do Código Penal Brasileiro. Ainda sobre o aborto, a Suprema Corte através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 – ADPF – decidiu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo⁵ não deve ser considerada crime, por ser

⁴ Apenas a título de informação a eutanásia é a morte provocada em paciente vítima de sofrimento ou doença terminal grave, sua prática é motivada pela compaixão em relação ao doente. A conceituação da eutanásia pode ser melhor explicada nas palavras de (BARROSO, [s.d] *apud* NOVELINO, 2014, p. 473) que a define como sendo “uma ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontra em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos”.

⁵ De acordo com o próprio texto da ADPF nº 54 “a anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como ‘ausência de cérebro’, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição,

o feto cientificamente incompatível com a vida extra-uterina, visto que a sua expectativa de vida é de apenas algumas horas após o parto, não caracterizando, portanto, o aborto. Porém, antes da realização do procedimento é necessário que se comprove através de laudos médicos, com 100% (cem por cento) de certeza, que o feto não é possuidor de cérebro e que não há perspectiva de sobrevivência. (LENZA, 2012).

Sob outro prisma, no que diz respeito à eutanásia, o regramento jurídico vigente no Brasil não aceita que referido procedimento seja realizado, de modo que a sua prática é reputada como crime passível de responsabilização criminal. Apesar de a legislação brasileira não fazer referências específicas acerca da prática da eutanásia e, conseqüentemente, da pena pela prática desse crime, a doutrina brasileira entende que a eutanásia está inserida no Código Penal vigente, no Título I - Dos crimes contra a pessoa, no Capítulo I – Dos crimes contra a vida, em seu artigo 121, §1º, *in verbis*: “Art. 121. Matar alguém: [...] § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, [...] o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 2015f). Conforme se depreende do artigo 121, §1º do Código Penal de 1940, a pena pela prática do crime de eutanásia está sujeita à atenuação quando o mesmo for cometido por relevante valor moral ou sentimental. Entende-se por relevante valor moral ou sentimental, por exemplo, a prática motivada pela compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima, acreditando-se que se está agindo em prol do enfermo. É importante frisar que em alguns países como Estados Unidos, Holanda, Bélgica e Suíça a prática da eutanásia é permitida (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008).

Por fim, nota-se que ao direito à vida sempre foi atribuído grande importância, não apenas para a ordem jurídica brasileira, mas também para os demais diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, já que a vida é a base para a existência e gozo de todos os demais direitos, conforme demonstrado neste tópico.

Deste modo, evidenciado de forma consistente a importância da proteção à vida na ordem constitucional brasileira, passa-se à abordagem de um dos princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal”. (STF, 2015)

2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA

Em primeiro momento, antes de iniciar a abordagem acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso explicar o que são princípios, e para qual finalidade servem.

Inicialmente, o termo princípio remete à ideia de início ou começo, constituindo a base ou o fundamento para disciplinar os objetivos da ciência, qualquer que seja ela, jurídica, intelectual, etc. Miguel Reale conceitua os princípios como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”. (REALE, 2002, p. 60).

Os princípios são proposições básicas de valor fundamental que devem ser respeitados para a construção de um sistema jurídico sólido, considerados como normas superiores dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Canotilho (1992, p. 82) afirma que os princípios “começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

Os princípios fazem parte da Carta Magna de 1988, formando o alicerce na constituição do respeitado diploma legal. Para o direito constitucional, os princípios conquistaram “status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2003, p. 337); ou seja, os princípios estão positivados dentro do texto constitucional, logo, são normas jurídicas que, assim como as regras, possuem aplicação direta com força de lei. Em vista disso, é importante fazer a distinção entre regras e princípios, cuja diferenciação é bem interpretada por Barroso (2003, p. 338)

Normalmente, as regras contêm (sic) relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição.

A diferença entre regras e princípios é clara; enquanto as regras se dirigem a situações específicas, os princípios podem ser aplicados em casos diversos, principalmente quando não há lei que regule determinada circunstância. Porém, os

princípios não determinam uma decisão a tomar sobre o assunto, apenas direcionam o caminho a ser trilhado. Os princípios ainda devem ser utilizados na interpretação dos diplomas legais infraconstitucionais.

Conforme as palavras acima transcritas de Luís Roberto Barroso, não há hierarquia entre normas e princípios constitucionais, porém, é previsto no ordenamento jurídico brasileiro a existência de hierarquia entre princípios constitucionais e infraconstitucionais, sendo predominante sempre o princípio constitucional, vez que previsto na Constituição Federal de 1988, lei maior do Estado.

Apesar de não haver hierarquia entre normas e princípios constitucionais, tanto um quanto outro instituto apresenta antinomias “que significa o conflito entre duas normas jurídicas, integrantes do mesmo ordenamento jurídico, incompatíveis entre si, podendo, assim, ocorrer entre duas regras, dois princípios ou uma regra e um princípio de Direito.” (GARCIA, 2015, p.106).

A antinomia fica caracterizada quando venha a ocorrer a possibilidade de aplicação de duas normas conflitantes que sejam válidas e referentes ao mesmo caso concreto, porém que prevejam recursos diversos e que, mesmo após a sua interpretação por parte do aplicador da lei, continue persistindo a incompatibilidade entre elas. Para resolver este conflito de normas, utilizam-se de três critérios fundamentais, quais sejam: critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade.

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. [...] O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*. [...] O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. (BOBBIO, 1995, p. 92/96)

É comum haver ainda antinomia entre os próprios critérios; nesses casos, deve-se utilizar para a solução do conflito normativo “o *princípio supremo da justiça*. Desse modo, deve prevalecer aquela mais justa”. (GARCIA, 2015, p. 108). Ou seja, havendo conflito entre os critérios, deve prevalecer a norma mais justa para o beneficiário do direito, ou ainda, a utilização da lei mais favorável.

Deste modo, feitas as considerações necessárias acerca da conceituação de princípios, passa-se a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana em sua essência.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui íntima relação e vinculação com as noções de dignidade, vida e humanidade. Sarlet (2008, p. 29) afirma que “a dignidade encontra-se latente em tudo que diz com a essência do ser humano”.

A dignidade da pessoa humana criou raízes no pensamento clássico e na ideia cristã, partindo da premissa de que “o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, ele não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”. (PEREIRA, 2012, p. 65).

Anna Kleine Neves Pereira (2012) comenta em sua obra que na antiguidade clássica a dignidade da pessoa humana estava intimamente relacionada com a posição social que cada indivíduo ocupava. A desvinculação da ideia de dignidade da pessoa humana relacionada à posição social só ocorreu em Roma, através das formulações de Cícero. Na verdade, nessa época ainda não se dava tamanha importância à dignidade da pessoa humana, eram poucos os livros que continham algum escrito e que efetivamente abordavam sobre o dever de se preservar a dignidade humana, como era o caso do Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria, e o Código de Manu, da Índia.

Na primeira fase do Cristianismo, o Papa São Leão Magno sustentou que “os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus” (PEREIRA, 2012, p. 66). Neste mesmo sentido, Comparato (2005) é citado na obra de Anna Kleine Pereira (2012, p. 66): “[...] inspirados na filosofia cristã, passou-se a buscar, como expressão de respeito à dignidade, a igualdade entre os seres humanos. Apesar das múltiplas diferenças, o ser humano passa a ser considerado em sua igualdade essencial”.⁶

Conforme se observa, há muito tempo os povos já vêm demonstrando a necessidade de proteção à dignidade humana, sendo difícil inclusive encontrar uma conceituação aceitável para a expressão. Sobre a avaliação da dignidade humana

⁶ A abordagem histórica sobre a dignidade da pessoa humana não é objeto deste estudo, porém, a acadêmica apresentou superficialmente as passagens históricas mais importantes para a elucidação da temática.

Martins; Schlink (2014, p. 59) acentuam que a conceituação da dignidade humana “sempre causou certo constrangimento teórico, mas, principalmente, jurídico-dogmático. Cogitou-se, logo no início da década de 1950, de se desistir de qualquer tentativa de definição, alegando que o conceito simplesmente não é passível de ser definido”. Ainda sob a mesma temática, aduz Sarlet (2008, p. 41-42): “É mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é”.

Conceituar dignidade humana não é fácil, pois exige um amplo conhecimento acerca da temática, abarcando todos os seus significados e todos os elementos que o ser humano necessita para viver com dignidade. Mesmo com toda a dificuldade em conceituar a dignidade humana, Sarlet, (2015, p. 55) a descreve como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para complementar a conceituação de dignidade dada por Ingo Wolfgang Sarlet, é essencial ressaltar o entendimento de Silva (2004, p. 90-91) que atribui a dignidade como “atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade estranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”. Em outros termos, a dignidade é qualidade intrínseca do ser humano, ou seja, está na sua essência, não podendo ser considerado como algo relativo, vez que contemplada como atributo absoluto do homem.

Joaquín Herrera Flores (2009) entende que a dignidade humana é resultado das lutas travadas pela sociedade em busca de direitos. Esses direitos aos quais se reputa Herrera Flores são os bens materiais e imateriais que a sociedade precisa para sobreviver, os quais possuem acesso facilitado a uns e mais dificultoso a outros. O acesso à educação, moradia, saúde, lazer e emprego pode ser tornar mais difícil se uma pessoa é originária de classe social menos favorecida ou se mora no subúrbio, por exemplo.

As lutas referidas são travadas em prol da busca pelo acesso igualitário aos bens, objetivando a derrubada da hierarquia que existe entre os bens e a sociedade, bens estes necessários para que a sociedade viva uma vida com dignidade.

Mas o que é viver com dignidade? O que deve ser considerado como uma vida digna?

Acredita-se que viver com dignidade, é ter as condições básicas existenciais ao alcance da comunidade, sem haver discriminação ou hierarquia para a conquista desse direito, que é inerente ao ser humano. Flores (2009, p. 28) explica que os bens exigíveis para que se possa viver com dignidade compreendem “expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico, etc.”, os quais devem ser assegurados pelo poder público. A atual Constituição Federal nomeia em seu artigo 6º os direitos e garantias sociais que devem garantir a subsistência da sociedade.

A dignidade humana não deve ser reconhecida apenas onde o direito é reconhecido, a dignidade é inerente à pessoa humana, sendo, inclusive, preexistente ao direito. O direito apenas se encarregou de positivizar a dignidade da pessoa humana em suas bases legais, pois é do Estado o dever de assegurar à sociedade condições para que se viva a vida de forma minimamente digna. Ainda sob este mesmo aspecto, Flores (2009, p. 73) menciona que “os direitos humanos não podem ser entendidos separados do político”, mesmo porque ao poder político é dado o dever de criação das possibilidades para o desenvolvimento das potencialidades humanas. Nessa perspectiva, Flores (2009, p. 31) entende que “a dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida”.

A positivação da dignidade humana junto à Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948, traz em seu artigo 1º: “art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros em espírito de fraternidade”. (BRASIL, 2015e).

Flávia Piovesan (2003) esclarece o sentido internacional da expressão dignidade humana, que nada mais é do que:

O valor maior que inspirou a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, acenando a universalidade e a indivisibilidade dos Direitos Humanos. Como já apreciado, o valor da dignidade humana, incorporado pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Todos eles introjetam, no marco do Positivismo internacional dos Direitos Humanos, a dignidade humana como valor fundante. (*apud* PEREIRA, 2012, p. 70-71).

Em linhas gerais, foi a necessidade de se regulamentar a dignidade humana como norma jurídica a responsável pela efetivação e criação das Declarações Internacionais e demais normas de direitos.

A positivação da dignidade da pessoa humana no Brasil é relativamente recente, tendo sido reconhecida expressamente nas Constituições apenas após a consagração desse princípio na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Constituição Federal de 1988 é a primeira a tratar o princípio da dignidade humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, tendo estabelecido título próprio para o princípio constitucional, dada a importância que representa para a ordem legal brasileira. Asdrubal Franco Nascimbeni confirma a afirmação acima ao mencionar que a atual Constituição Brasileira foi a primeira na história das constituições

“[...] a instituir título próprio para os princípios fundamentais, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes mesmo dos direitos fundamentais. De se ressaltar, ainda, que é a primeira vez, em nosso país, que aparece positivado o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito.” (NASCIMBENI, 2008, p. 71).

Por esse motivo, a dignidade da pessoa humana recebeu posição de princípio e valor fundamental, estando prevista no referido dispositivo legal logo no artigo 1º, III, *in verbis*: “art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 2015a). O princípio da dignidade da pessoa humana possui grande destaque dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois além de ser o fundamento da República Federativa do Brasil, deve ser utilizado em conjunto com os direitos fundamentais, como meio de interpretação das normas jurídicas. Destaca Pereira (2012, p. 80) que “na Constituição brasileira observa-se que o valor fonte do sistema constitucional consolida-se na dignidade humana, principalmente, pelos

Direitos Fundamentais instituídos e protegidos pela Constituição”. Pode-se dizer, então, que a dignidade humana é a essência da Constituição, vez que a sua finalidade é propiciar condições para que as pessoas sejam dignas, e a finalidade do Estado é realizar o bem comum do povo. Novelino (2014, p. 361/362) refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana como:

núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.

Percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana foi de grande relevância e apreço para o constituinte original, visto que ao longo do texto é possível deparar-se, ainda que indiretamente, com menções ao referido princípio, como é o caso do artigo 5º e de seus incisos, do artigo 6º que cuida dos direitos sociais ou ainda do artigo 225 que trata acerca da necessidade de manter um meio ambiente equilibrado. Assim como o direito fundamental à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana nasce com o indivíduo, permanecendo com ele até a morte, pois inerente à pessoa humana. Ainda é destaque de Novelino (2014, p. 362)

A consagração da dignidade humana no texto constitucional reforça, ainda, o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma *presunção a favor do ser humano e de sua personalidade*. O indivíduo deve servir de “limite e fundamento do domínio político da República”, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

O princípio da dignidade humana revela-se como um verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário aos cidadãos independentemente da condição social que ocupam na sociedade; seu papel é forçar os cidadãos a respeitar à integridade física, psíquica e moral de seus semelhantes, assim como respeitam a própria integridade.

Sob esta perspectiva, nota-se que a Constituição foi planejada de modo a implementar satisfatoriamente o princípio da dignidade da pessoa humana na sociedade. Diante de todos os apontamentos realizados acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial o tratamento dos princípios bioéticos.

2.3 BIOTECNOLOGIA, BIOSSEGURANÇA E BIOÉTICA: OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS NA FRONTEIRA DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, é importante refletir sobre todos os avanços que a ciência tem proporcionado à sociedade, em especial, os avanços relacionados à área tecnológica e da saúde, os quais vêm acompanhados de novos estudos, novas técnicas e também de novas tecnologias, cujo crescimento é concreto, visível e palpável. Referidas tecnologias vem ganhando cada dia mais espaço e com isso diversificando segmentos, sejam eles industrial, tecnológico ou científico. Com foco principal nas ciências biológicas, a biotecnologia vem ganhando destaque, revolucionando a vida das pessoas e de toda a sociedade, buscando proporcionar qualidade de vida, saúde, bem-estar e, ainda, oportunidade de prolongamento da vida humana aos seres humanos. Porém, é fácil perceber que as novas tecnologias tomam grandes dimensões e refletem não apenas no meio científico, mas no econômico, político e jurídico. Assim, como todos os rumos que a biotecnologia vem tomando, Pereira (2012, p. 90-91) assevera que:

De forma interdisciplinar, especialmente os juristas têm pouco a pouco reformulado conceitos, revisando comportamentos e posicionamentos, preocupando-se com o Estado e com os meios cabíveis de legitimar estas pesquisas, matérias que já nascem com grandes lacunas e em curtos lapsos temporais tornam-se ultrapassadas, diante do desenfreado ritmo de desenvolvimento alcançado pela ciência biológica e biomédica.

O Estado está há bastante tempo em busca da legitimação das pesquisas realizadas pela ciência, vez que é fator importante para que se cumpra com o estabelecido como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988, no que concerne ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A biotecnologia marca presença no ramo científico desde o século XII, quando os antigos se utilizavam de técnicas “para fabricarem vinhos, cerveja ou queijos expunham macerados de uva ou de cevada, derivados de leite e outros produtos básicos à ação de microorganismos presentes no ar” (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 75). Porém, acabou sendo conceituada pela ciência apenas em 1919, referindo-se às técnicas que se utilizam de matérias-primas com o auxílio de organismos vivos para a produção de substâncias.

Foi em 1992, na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) da Organização das Nações Unidas – ONU, que 168 países se reuniram com a

finalidade de adotar um conceito padrão para a biotecnologia, o qual é reproduzido por (CDB, 1992 *apud* MITRE, 2011, p. 69): “a biotecnologia engloba qualquer aplicação tecnológica que se utiliza de sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para fabricar ou modificar produtos ou processos para uso específico”. Apesar da conceituação adotada pela CDB, é importante frisar que a biotecnologia vai muito além de técnicas que se utilizam de organismos vivos, porquanto muito embora a manipulação genética ocupe lugar de destaque na biotecnologia moderna, ela não é condição necessária para se falar em novas tecnologias, que englobam as áreas de atuação da informática, robótica, técnicas imunológicas, bioquímicas, etc. (MITRE, 2011).

Com foco nas ciências biológicas, a biotecnologia apresenta inúmeras conceituações, sendo comumente qualificada por Diniz (2014, p. 560) como “a ciência da engenharia genética que visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais”. Foi através da biotecnologia que organismos vivos passaram a ser manipulados geneticamente, possibilitando a criação dos Organismos Transgênicos ou Geneticamente Modificados – OGM's, que se desenvolveu consideravelmente com o avanço da ciência médica. Sob este mesmo enfoque, a biotecnologia pode ser entendida como “o desenvolvimento de técnicas para a aplicação de processos biológicos para a produção de materiais de uso na medicina e na indústria” (MARTIN, [s.d] *apud* PEREIRA, 2012). Assim, a biotecnologia pode ser interpretada como a identificação, o exame, o isolamento e a manipulação de material genético nas células através da tecnologia.

Vários experimentos com seres humanos foram realizados a partir da década de 70, com o desenvolvimento da chamada técnica do DNA recombinante (DNAr)⁷. Sob este aspecto menciona Jasanoff 2007, *apud* Mitre (2011, p.72)

técnicas da biologia molecular foram aplicadas nos anos de 1970 para criar embriões fora do útero, o que abriu caminho, por exemplo, para a fertilização *in vitro*, as pesquisas com células-tronco, a clonagem e o diagnóstico pré-implantação. Tais procedimentos requerem um

⁷ A tecnologia do DNA recombinante ou a engenharia genética segundo Diniz, (2014, p. 560) “é um conjunto de técnicas que possibilita a identificação, o isolamento e a multiplicação de genes dos mais variados organismos”. Em outros termos é uma tecnologia utilizada laboratorialmente, na qual o cientista pode modificar o genoma de uma célula viva para a produção de novos seres, ou seja, de OGM's, sendo conceituado ainda no art. 3º, V, da Lei 11.105/2005.

conhecimento sofisticado do material genético humano, mas não necessariamente a manipulação genética, e muito menos a transgenia.

Na engenharia genética incluem-se noções de manipulação genética, reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica e clonagem, vez que tende a modificação do patrimônio hereditário do ser humano. Isso porque, a engenharia genética compreende a totalidade de técnicas dirigidas a alterar ou modificar a carga genética com o objetivo de superar moléstias hereditárias – técnica conhecida como terapia genética - ou ainda, de produzir modificações com a finalidade de obter a concepção de um indivíduo com características inexistentes na espécie - manipulação genética.

De todo modo, a técnica utilizada para a criação de embriões fora do útero faz parte da biotecnologia humana. As tecnologias vêm sendo aprimoradas, utilizando-se de equipamentos cada vez mais avançados e de novas técnicas de manipulação desses materiais. Ainda na década de 70, vários foram os debates de como seriam controlados esses experimentos, a fim de trazer maior segurança e de minimizar os riscos que o manuseio destes materiais poderiam trazer à sociedade, vez que através da biotecnologia é possível “lesar alguém ou alterar sua qualidade de ser único e irrepetível e até mesmo modificar seu patrimônio genético, transformando sua identidade e das gerações presentes e futuras.” (DINIZ, 2014, p. 561).

Diante da gravidade que a situação apresenta, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, §1º, II, atribuiu ao Estado a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, bem como a fiscalização das entidades que se dedicam a pesquisa e a manipulação genética. (BRASIL, 2015a) Todas as implicações éticas voltadas para a área da biotecnologia referem-se, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, que deve servir como diretriz ao cientista. A preocupação que a ciência deve ter ao manipular os materiais genéticos se estende a “evitar que situações de alto risco sejam geradas em laboratórios, como, por exemplo, o aparecimento de um novo vírus que dizime o gênero humano”. (DINIZ, 2014, p. 562)

Foi, porém, com base na necessidade de cuidados quanto à manipulação genética e, diante da ausência de regulamentação estatal acerca do assunto, que a primeira Lei de Biossegurança nº 8.974/1995 foi criada, com o aval dos próprios cientistas do país. Segundo Mitre (2011, p. 129), “ela assumiu, em parte, o antigo discurso da segurança nacional – desta vez, representado pela ideia da preservação

da diversidade genética”. Foi a partir dessas coordenadas que ficou estabelecido debate sobre a matéria, o qual inicialmente manteve-se em torno da autonomia da chamada Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), a fim de definir acerca da Biossegurança de atividades envolvendo OGM's.

Referida lei continuou em vigência até 2005, quando a nova Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 foi criada, revogando expressamente a antiga Lei de Biossegurança nº 8.974/1995, bem como bem como a Medida Provisória nº 2.191-9/2001, passando a estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM's e seus derivados, além de regulamentar os incisos II, IV e V do §1º do artigo 225 da Constituição Federal, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB (MALUF, 2013).

Em sentido amplo Maluf (2013, p. 33) menciona que:

O fundamento básico da Biossegurança é estudar, entender e tomar medidas para prevenir os efeitos adversos da moderna biotecnologia, sendo prioritário proteger a saúde humana, animal e o meio ambiente, para assegurar o avanço dos processos tecnológicos, que avança no cenário nacional.

A Lei nº 11.105/2005, em seu artigo 5º, permite ainda a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento, para fins de pesquisa terapêutica, dispositivo legal inclusive julgado constitucional pela Ação direta de Inconstitucionalidade nº 3510 do Supremo Tribunal Federal⁸.

Apesar da Lei de Biossegurança estabelecer as normas de segurança para fiscalização das atividades que envolvam os organismos geneticamente modificados, não há no Brasil lei específica que regule a manipulação de material genético humano, havendo tão somente a proibição de modificação genética das células germinais humanas e embriões humanos.

Exauridas as questões voltadas às áreas da biotecnologia e da biossegurança, faz-se necessário a abordagem de alguns conceitos básicos da bioética para um melhor aprofundamento da temática que será debatida neste

⁸ A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510 será objeto de discussão no terceiro capítulo deste trabalho de conclusão de curso.

tópico. Entretanto, antes de adentrar especificamente na conceituação da bioética é necessário avaliar outros aspectos da temática.

O termo bioética, como o próprio nome sugere, refere-se a uma preocupação ética que se atenta para o progresso das ciências da vida. Referido termo exige uma reflexão sobre o que vem a ser ética para a sociedade e para a ciência médica, porém, é impossível falar de ética sem deixar de mencionar a moral, pois ambas possuem o mesmo grau de importância para o direito brasileiro.

Segundo Pereira (2012, p. 98), “a palavra ética vem do grego (*éthos*) e se refere aos costumes, à conduta da vida, às regras do comportamento”. A ética representa um conjunto de regras que determinam como se deve agir em relação ao indivíduo e à sociedade, ou seja, a ética tem por objetivo conduzir o homem através de um sistema de valores que trazem a ele referências do caminho correto a ser seguido. A ética abrange a coletividade como um todo, visto que as normas responsáveis pelo direcionamento da sociedade envolve toda a coletividade.

É necessário também conceituar a moral, pois em algumas situações os termos ética e moral podem levar o intérprete a erro, por serem semelhantes e levarem a dúvida interpretação. Para isso é necessário conceituar ambos os termos, que não devem ser considerados como sinônimos:

A palavra ‘moral’ tem sua origem no latim (*mos, moris*) e designa ‘os costumes, a conduta da vida, as regras do comportamento. Etimologicamente há, então, um sentido muito amplo. Ela se refere ao agir humano, aos comportamentos cotidianos, às opções existenciais. Ela faz pensar de maneira espontânea em normas, regras do comportamento, princípios, valores. (DURANT, 1995, *apud* PEREIRA, 2012, p.97)

A moral designa os padrões de conduta do indivíduo à coletividade, determinando a forma que devem se portar frente à sociedade. “A moral explica e é explicada pelos costumes. A moral pretende enunciar as regras, normas e leis que regem, causam e determinam os costumes, inclusive muitas vezes, enunciando-lhes as consequências. A moral é prescritiva”. (KORTE, 1999, *apud* PEREIRA, 2012, p. 98). Logo a moral relaciona-se diretamente com o agir humano, o bem e o mal, estabelecendo normas de conduta de cada indivíduo.

Entende-se que a moral é instituída na sociedade através das culturas de cada povo, sendo que uma mesma sociedade pode possuir várias morais. Chauí (2000, p. 437) menciona que “somos formados pelos costumes de nossa sociedade,

que nos educa para respeitarmos e reproduzirmos os valores propostos por ela como bons e, portanto, como obrigações e deveres”. Os costumes geralmente ficam enraizados na sociedade e são tidos pelos seus membros como absolutos, sagrados e que devem ser seguidos fielmente por toda a sociedade.

Quando a sociedade e a cultura de um povo determina o que é bom e mau na conduta do ser humano, concomitantemente, apontam os valores positivos de ética que a sociedade deve seguir. Deste modo, a ética pode ser entendida como condição normativa, vez que tem por objetivo impor limites e controle para a sociedade.

Para que haja conduta ética é preciso que exista o agente consciente, isto é, aquele que conhece a diferença entre bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício. A consciência moral não só conhece tais diferenças, mas também reconhece-se como capaz de julgar o valor dos atos e das condutas e de agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e seus sentimentos e pelas consequências do que faz e sente. Consciência e responsabilidade são condições indispensáveis da vida ética. A consciência moral manifesta-se, antes de tudo, na capacidade para deliberar diante de alternativas possíveis, decidindo e escolhendo uma delas antes de lançar-se na ação. Tem a capacidade para avaliar e pesar as motivações pessoais, as exigências feitas pela situação, as consequências para si e para os outros, a conformidade entre meios e fins (empregar meios imorais para alcançar fins morais é impossível), a obrigação de respeitar o estabelecido ou de transgredi-lo (se o estabelecido for moral ou injusto). (CHAUI, 2000, p. 433)

Nesse sentido a moral nada mais é do que a orientação do comportamento do homem, frente às normas instituídas pela ciência, enquanto à ética é a forma pela qual se designam a regulamentação dessas regras, impondo respeito ao próximo, inclusive quanto às suas crenças.

Dados os conceitos de ética e moral, é necessária a abordagem da bioética, que é o reconhecimento de obrigações éticas médicas para com o ser humano, indicando os caminhos a serem trilhados pela ciência, em respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Amaral, (1999, p.36) define a disciplina da bioética como aquela que “examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de respeitar os valores da pessoa humana.” Não se pode falar em bioética sem ter em mente que a ciência se ocupa da vida humana para a realização de seus experimentos, e que, diante deste fato, a medicina deve realizar seus ensaios, porém sem transgredir os limites em respeito à ética que a profissão exige.

Como visto, a bioética remete aos problemas éticos provenientes das descobertas e da aplicação das ciências biológicas, com enfoque principal na vida humana, e, portanto, na saúde física e mental. Com a abordagem da bioética na vida humana, um de seus principais enfoques, esta acaba estudando também a morte, que é consequência natural do ser humano.

O objetivo de estudo da bioética também abraça as recentes descobertas científicas e a forma como devem ser utilizadas, nestes termos Pessini (1994, p.11) aduz que

A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levantados pelas ciências biológicas, os quais não são primeiramente de ordem médica.

A bioética deve se preocupar com a conduta dos profissionais de saúde frente às questões humanas, vez que a conduta médica deve ir ao encontro da ética profissional que a profissão exige, priorizando sempre a proteção do ser humano. Seu estudo vai muito além da medicina, abrangendo outras áreas de estudo como a biologia, a psicologia, a filosofia, a sociologia. Assim como os demais ramos da ciência, a bioética é composta por princípios que priorizam “[...] a proteção ao ser humano e sua dignidade, na medida em que a ciência deve existir como esperança e não como uma ameaça à vida” (LOUREIRO, 2009, p. 4). Em outros termos, a ciência deve existir em benefício do ser humano, não podendo ser utilizada para prejudicá-lo, vez que o seu objetivo principal é proteger a espécie humana das dificuldades da vida com responsabilidade e consciência, cujo dever é servir unicamente como auxílio em problemas que evidentemente enfraqueçam o homem como pessoa.

Ademais, a bioética preocupa-se com o ser humano como pessoa, transferindo valor fundamental ímpar à sua vida, de modo a visar pela preservação da sua integridade física e moral, evitando qualquer intervenção em seu corpo que se julgue desnecessária, primando sempre pela sua dignidade. Aliás, a ética médica deve se atentar e saber distinguir quão longe pode chegar com as suas intervenções artificiais no corpo do ser humano, sem transgredir a sua integridade.

Deste modo, julga-se necessário que o direito regulamente limites para a bioética diante dos estudos científicos, primando sempre pela dignidade da pessoa

humana, vez que as suas normas e seus princípios não são coercitivos. Neste caso, é o direito que tem a obrigação de determinar as regras para a ciência, normatizando suas ações, porém, sem estagnar os estudos científicos, o que se faz extremamente necessário, pois a ciência precisa saber quais são os limites a serem respeitados antes de avançar em seus estudos (MITRE, 2011).

Sendo a bioética um ramo do conhecimento preocupado com a saúde e bem estar do paciente e com o respeito à ética médica, e ainda, por ser necessário intervenções médicas diretamente no ser humano para o teste das novas técnicas biotecnológicas da medicina, é necessário o consentimento voluntário do paciente antes da sua submissão aos tratamentos e experimentos médicos, sendo esse consentimento de extrema importância. Para dar o consentimento para a realização do tratamento, o paciente deve ser capaz de exprimir sua vontade, sem qualquer tipo de coação. A exigência do consentimento por parte do paciente que se submete ao tratamento transcorre da observância aos parâmetros éticos da pesquisa com seres humanos, os quais são ditados principalmente pelo Código de Nuremberg de 1947, pela Declaração de Helsinque de 1964 e pelo Código de Ética Médica Brasileiro de 2009.

Pensando em restringir os estudos científicos de forma que não pudesse causar mal ao ser humano, o direito internacional instituiu, após o período da Segunda Guerra Mundial, em 1947, o Código de Nuremberg. Foi nesse período que surgiram pesquisas com os seres humanos, pesquisas essas que extrapolaram todos os limites da responsabilidade ética. A partir dessas pesquisas irresponsáveis é que surgiu a necessidade de implementação de um Código que tutelasse a relação entre o ser humano e o pesquisador, impondo a necessidade do consentimento voluntário do ser humano para os experimentos realizados em seu corpo. Na melhor interpretação de Diniz (2014, p. 535)

O Código de Nuremberg (1947) estabeleceu padrões de conduta ou procedimentos éticos a serem seguidos em experiências científicas com seres humanos, dando ênfase ao consentimento livre do participante e vedando pesquisa que tenha objetivos políticos, bélicos ou eugênicos.

Assim, o Código de Nuremberg foi elaborado objetivamente com a finalidade de determinar que a submissão a tratamentos de saúde experimentais se dê através de voluntário capaz de exprimir sua vontade, obrigando o médico a fornecer

informações ao voluntário acerca da técnica aplicada com médico responsável pelo tratamento, vez que o conhecimento acerca do procedimento é indispensável para a tomada de decisão do voluntário, que não poderá sofrer qualquer tipo de coação. Ao pesquisador são necessários os conhecimentos sobre a intervenção realizada, bem como preparo para suspender o procedimento em qualquer estágio, caso a intervenção venha a causar algum mal ao ser humano submetido ao experimento.

Posteriormente, no ano de 1964, a Associação Médica Mundial instituiu a chamada Declaração de Helsinque, cuja 7ª revisão foi realizada no Brasil no ano de 2013, que aprovou normas disciplinadoras da pesquisa clínica combinada com o tratamento, diferenciando-a da experimentação não terapêutica. Foi a partir de então que surgiram várias leis e acordos internacionais que regulamentaram as pesquisas envolvendo seres humanos, por envolver questões de difícil solução, como o respeito à integridade física do voluntário, por exemplo. Assim, como o Código de Nuremberg, a Declaração de Helsinque, além de estabelecer diretrizes éticas para pesquisas envolvendo seres humanos, cuida ainda da relação entre médico/pesquisador e paciente, consagrando como princípio básico da Declaração o consentimento do voluntário e o acesso à informação acerca da pesquisa e procedimento, principalmente da pesquisa médica não-terapêutica.

Silva (2002, p. 247/248) sobre a Declaração de Helsinque argumenta que:

A Declaração, após estabelecer uma distinção fundamental entre a pesquisa médica cuja meta é essencialmente diagnóstica, profilática ou terapêutica para um paciente e a pesquisa médica cujo objeto essencial é puramente científico e não implica um valor diagnóstico ou terapêutico direto para a pessoa submetida à pesquisa, enuncia quatro diretrizes quanto a este último procedimento: 1) o médico tem o dever de continuar sendo o protetor da vida e da saúde daquela pessoa na qual a pesquisa biomédica é realizada; 2) os participantes devem ser voluntários – pessoas saudáveis ou pacientes para os quais o desígnio do estudo não tem relação com sua própria doença; 3) o investigador ou a equipe de investigadores devem interromper a pesquisa se, em seu julgamento, ela puder ser nociva ao sujeito da pesquisa; e 4) em pesquisas envolvendo seres humanos, os interesses da ciência e da sociedade nunca devem ter precedência sobre considerações relativas ao bem-estar do sujeito da pesquisa.

Referido trecho faz referência às imposições que a Declaração de Helsinque traz em seu bojo e que possuem direta relação com a corrente principialista que será posterior objeto de estudo. Nota-se ainda, através da transcrição alhures que na Declaração de Helsinque o interesse individual se sobrepõe ao coletivo, ou seja, “os interesses do indivíduo devem prevalecer sobre os aspectos da ciência e da

sociedade”. (SANTOS, 2001, p. 218), isso porque é o próprio paciente que deve decidir o que é melhor para ele mesmo, e não a sociedade. Silva (2002, p. 248) ainda menciona que “embora a Declaração não tenha o *status* (sic) de um tratado internacional, é considerada pela comunidade científica como uma Declaração Universal dos Direitos do Homem no âmbito da pesquisa”. Importa mencionar que nem o Código de Nuremberg ou a Declaração de Helsinque fazem referência aos direitos do ser humano concebido e não nascido.

No Brasil, o Código de Ética Médica de 2009 contém as normas que os médicos e demais profissionais da área da saúde devem respeitar, o qual em termos gerais delimita os princípios fundamentais relativos à profissão, entre eles o dever de atendimento a todos os pacientes sem qualquer tipo de discriminação; estabelece os direitos e as responsabilidades do médico; veda a violação aos direitos humanos inerentes aos pacientes, como o poder de escolha ou a intervenção de tratamento médico sem a colheita de seu consentimento, além, é claro, das tratativas entre médicos e pacientes.

Porém, a bioética não se restringe apenas aos enfoques médicos, vez que possui ampla aplicação, tratando de estudar ainda de “situações persistentes (racismo, aborto, eutanásia, distanásia...) e de situações emergentes (terapia gênica, clonagem, Medicina a distância, direitos humanos e da cidadania, direitos fundamentais...) decorrentes do progresso biotecnológico”. (MEIRELLES, 2011, p.35). A abrangência nos estudos da bioética revela-se de grande valia para a sociedade e para a ciência, pois abre novos horizontes para modernas técnicas da medicina, com enfoque nos problemas que até agora continuam sem solução.

Ainda em uma abordagem histórica sobre a bioética, é importante trazer à baila que, entre os anos de 1971 e 1978, foi publicada uma enciclopédia da bioética. No ano seguinte, mais precisamente em 1979, um livro, chamado “Princípios da Ética Biomédica” foi publicado, cuja intenção era elaborar uma “espécie de paradigma ético voltado para quem trabalha na área de saúde, com o fim de fornecer uma referência prático-conceitual que os pudesse orientar nas situações concretas” (SGRECCIA, 1996, p. 166). Referido paradigma foi constituído pela formulação do sistema principialista⁹, que abrange quatro princípios bioéticos que

⁹ Além da corrente principialista existem outras correntes, como libertário das atitudes, casuístico, fenomenológico e hermenêutico, narrativo do cuidado, do direito natural, contratualista e antropológico personalista, instituídas por outros doutrinadores que não serão abordadas no presente

atuam como orientadores de uma conduta ética em relação à vida. Segundo Loureiro (2009, p. 12), esses princípios

Devem ser observados pelos cientistas na prática da ciência e da medicina, principalmente no que diz respeito ao direito à vida do embrião, a fim de que a sua dignidade seja resguardada para que não seja utilizado como meio, mas considerado como um fim em si mesmo.

Em outros termos, não é apenas a vida do ser humano que se submete à pesquisas e tratamentos que merece resguardo, mas também a vida do embrião que constantemente é alvo de pesquisas e submetido a novos experimentos, sendo que o fim natural do embrião sempre foi o de adentrar ao útero materno, que é meio apropriado para manter a sua integridade.

Os mencionados princípios constituem a base da matéria em questão, quais sejam: a) Princípio da beneficência; b) Princípio da não maleficência; c) Princípio da autonomia e; d) Princípio da justiça¹⁰.

O princípio da beneficência tem como escopo principal realizar ações que beneficiem outras pessoas e a própria sociedade, constituindo-se na ação moral de agir em benefício do próximo, promovendo seus legítimos interesses. Para Sgreccia (1996, p. 167) o princípio da beneficência “corresponderia ao fim primário da medicina, numa visão naturalista, que é o de promover o bem, em relação ao paciente ou à sociedade, e de evitar o mal”, objetivando assim, a qualidade de vida para a sociedade através de todo o conhecimento, acompanhado de tratamentos médicos e medicamentos que a medicina oferece.

Para Maluf (2013, p. 11), o princípio da beneficência

trabalho. Ademais, é importante aqui esclarecer que tamanha é a importância da referida corrente principialista que a mesma foi adotada inclusive pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos pela UNESCO em 2005. (DINIZ, 2014)

¹⁰ Alguns doutrinadores mencionam a existência de mais dois princípios bioéticos na corrente principialista, quais sejam, o princípio da alteridade e da qualidade de vida (PQV). O princípio da alteridade segundo Loureiro (2009, p. 15) “significa respeito pela outra pessoa, de modo que o homem deve agir em relação aos outros como quer que os outros se comportem em relação a ele mesmo”. Logo, o respeito ao próximo é dever de todos, independentemente de qualquer situação, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Referido princípio possui aplicação *erga omnes*. Em contrapartida o princípio da qualidade de vida (PQV), o qual aduz que “viver só tem sentido se a pessoa possuir capacidade de viver autonomamente e com dignidade. Logo, é lícito que alguém decida por não continuar vivendo ou decida interromper os meios artificiais de prolongamento da vida humana” (MIGNON [s.d] *apud* LOUREIRO, 2009, p. 15). Ora, conceber referido princípio na corrente principialista representa afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à vida, vez que a todo ser humano é garantido o direito à vida.

Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça. No que concerne às moléstias, deverá ele criar na práxis médica o hábito de auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente.

A beneficência possui como lema o dever de utilizar-se da ciência em benefício do outro e da sociedade no geral, de modo a melhorar a qualidade de vida das pessoas. Apesar das implicações que a medicina apresenta, é imprescindível que a ciência aja de forma responsável e coerente sem expor a vida humana ao perigo. É o que prescreve o inciso VI do capítulo I do Código de Ética Médica de 2009, a seguir transcrito:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. (CFM, 2015)

O termo beneficência é originário do latim *bonum facere*, ou seja, fazer o bem, consistindo em um termo bastante antigo para a ética médica, vez que se origina no juramento de Hipócrates, *in verbis*:

Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça. (CREMESP, 2015)

O princípio da beneficência tem como objetivo basilar realizar os tratamentos médicos de forma eficiente e segura, primando pelo bem estar dos enfermos e, principalmente, pela sua integridade física e psicológica. As máximas da beneficência são, segundo (FABRIZ, 2003 *apud* PEREIRA, 2012, p. 107), “fazer o bem; não causar dano; cuidar da saúde; favorecer a qualidade de vida; manter o sigilo médico”; referidas máximas constituem o mais antigo critério da ética médica. Na mesma perspectiva, os médicos devem agir em rigoroso respeito às normas éticas e jurídicas em todos os casos e tratamentos, mas, principalmente, no que diz respeito aos procedimentos e diagnósticos terapêuticos a serem adotados.

O princípio da beneficência foi consagrado nos artigos 4º e 15 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, os quais advertem que os benefícios a pacientes afetados por pesquisa científica devem ser maximizados e que qualquer dano possível deve ser minimizado, principalmente quando se tratar de avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e demais tecnologias associadas. Referidos avanços quando positivos tem o dever de serem compartilhados com a sociedade e com a comunidade internacional. A Declaração ainda assevera que os benefícios não devem consistir em indução inadequada para estimular a participação em pesquisas, ou seja, a participação deve se concretizar de forma voluntária, livre de qualquer coação. (UNESCO, 2015).

Para a beneficência, a medicina deve ser muito mais do que apenas a relação entre médico e paciente como ser individual, mas sim, deve abranger a toda sociedade, pois a finalidade das pesquisas não beneficia apenas um indivíduo de modo específico, mas sim a coletividade. Nesse sentido, aduz Sgreccia (1996, p. 167) que “a relação entre médico e paciente e entre médico e sociedade não pode ter uma única dimensão horizontal que esgote a própria relação: a referência última para todos (médico, paciente, sociedade), deve ser posta fora deles, deve transcendê-los”, portanto, essa relação deve ser transparente ao ponto de que todos os sujeitos estejam integrados. Ademais, a beneficência se baseia no fundamento da confiabilidade, ou seja, o médico deve passar confiança ao paciente em qualquer etapa do tratamento.

Em contrapartida, o princípio da não maleficência impõe a proibição médica de transgredir as normas éticas, obrigando o profissional a agir com prudência, para evitar a ocorrência de danos intencionais aos seus pacientes. Para Loureiro (2009, p. 13), no âmbito do tratamento do embrião, “o princípio da não-maleficência

significa que jamais se deve praticar algum mal ao paciente. É a garantia de que danos previsíveis serão evitados ao embrião”. Aludida doutrinadora resguarda os direitos embrionários assim como resguarda os direitos dos seres humanos, ressaltando a importância de não prejudicá-los. Tal princípio deriva da máxima da ética médica *primum non nocere*, ou seja, primeiro não prejudicar, a qual corresponde à obrigação de não causar dano intencional ao outro.

Assim como a beneficência, a não maleficência também se baseia no juramento de Hipócrates, o qual ainda é realizado pelos profissionais da medicina.

O princípio da não maleficência é considerado universal, pois tem por objetivo evitar e/ou reduzir as reações adversas nos procedimentos e diagnósticos médicos, trazendo segurança ao paciente de que danos previsíveis poderão ser evitados. Beauchamp; Childress, 2002 *apud* Pereira, (2012, p. 111), qualificam o princípio da não-maleficência da seguinte maneira: “são proibições negativas de ações, que devem ser obedecidas de modo imparcial e que servem de base a proibições legais de certas formas de conduta”. Em linhas gerais, o princípio da não-maleficência traz em seu bojo a proibição médica de causar mal ao ser humano, seja através de qualquer tipo de tratamento, seja por meio de realização de pesquisa, ou ainda, por omissões realizadas pelos profissionais de saúde.

Quanto ao princípio da autonomia, sua regência circunda pela máxima de respeito à vontade do paciente - ou de quem o representa, quando por justo motivo estiver em estado de vulnerabilidade, impossibilitado de exprimir sua vontade, como é o exemplo dos menores de idade, dos ébrios, dos pacientes terminais em estado vegetativo, portadores de deficiência mental, entre outras situações de incapacidade civil – levando sempre em consideração seus valores morais e religiosos, reconhecendo a ele o direito de decidir a sua própria vida em respeito à sua intimidade e integridade. Ao mencionar acerca da autonomia, Loureiro (2009, p. 13) lembra que “o embrião não tem consciência para decidir qual é o melhor tratamento ou a forma de terapia gênica adequada, logo, seu responsável legal deve decidir o melhor”, pois não é capaz de exprimir sua vontade.

Nesse sentido Cohen e Marcolino, (1995) afirmam que:

O *princípio da autonomia*, denominação mais comum pela qual é conhecido o *princípio do respeito às pessoas*, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. Esse princípio requer, por exemplo, que o médico respeite a vontade do paciente, ou do seu representante, assim como seus valores morais e

crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. Emerge da relação médico-paciente, considerando-a uma *relação entre sujeitos* (médico e paciente). (*apud* SANTOS 1998, p. 43)

Percebe-se, portanto, que o princípio da autonomia protege o direito à liberdade de escolha do paciente, principalmente quanto à destinação que o paciente quer dar à sua vida, desde que sua ação não seja prejudicial a outras pessoas. Referida liberdade encontra-se tutelada pelos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como pelos artigos 3º, 5º e 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Os artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão merecem ser transcritos, na sua integralidade:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. [...]

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene (FRANÇA, 2015)

É importante asseverar que para que o paciente possa exercer a sua liberdade, é preciso que o mesmo esteja informado acerca dos riscos, benefícios e possibilidade ou não de cura que o tratamento poderá lhe proporcionar. Para a decisão de submissão ao tratamento por parte do paciente, ao médico é instituído o dever de instruir o paciente com todas as informações que lhe sejam necessárias para poder livre e conscientemente expor suas vontades. Referidas determinações encontram-se pautadas no Código de Ética Médica de 2009, no capítulo IV, que estabelece proibições aos médicos e que trata dos direitos humanos, em seu artigo 24, *in verbis*: “Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. (CFM, 2015) Porém, ao médico é vedado compelir o paciente a realizar os procedimentos contra a sua própria vontade, exceto se a moléstia que acomete o paciente pode trazer risco à coletividade, como é o caso das doenças contagiosas, situação em que o médico possui o dever de forçar o paciente ao tratamento, conforme artigo 22, do Código de Ética Médica/2009.

Por fim, tem-se o princípio da justiça; porém, antes de adentrar neste princípio bioético, faz-se necessário conceituar justiça. São vários os conceitos existentes

para justiça, Anna Kleine Pereira (2012, p. 112) reproduz a conceituação de Osvaldo Melo (2000).

1. A ordem nas relações humanas; 2. Conformidade da conduta a um sistema de normas morais e jurídicas; 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica; 4. Virtude da norma jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses; 5. Aplicação do princípio de igualdade na distribuição de direitos e deveres; 6. Uma organização judiciária ou o aparelhamento destinado à aplicação do Direito.

Dentre os diversos conceitos acima descritos, nota-se que a justiça é valor fundamental do direito, motivo pelo qual se torna alvo de amparo estatal, cuja proteção é efetivada pelo Judiciário que direciona a aplicação das leis criadas, a fim de compelir a sociedade ao seu cumprimento, com a finalidade uma de obter a justiça. Sob este aspecto Santos (1998, p. 45) aduz que “a justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade”, todo ser humano nasce com o sentimento de justiça dentro de si, a justiça está em sua essência.

Aristóteles fazia referência à justiça como sendo equidade, nos seguintes termos: “a equidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, “ajustada” à particularidade de cada fato ocorrente” (REALE, 2002, p.98). Nesse sentido, Aristóteles entendia que para que a justiça fosse feita, era necessário que fosse aplicada a equidade, que nada mais é do que a imparcialidade ou ainda, a igualdade, interposta na medida de suas necessidades.

Por sua vez, aduz Pereira (2012, p. 113) que “na filosofia aristotélica a justiça é definida como a principal das virtudes, um bem maior”. Isso porque, para Aristóteles, todas as coisas visam um bem, sendo que o bem maior é a justiça. Aristóteles desdobrou a justiça em dos tipos: justiça distributiva e corretiva, cuja diferenciação segue:

A justiça distributiva é exercida pelo legislador, ou seja, na distribuição da honra, riqueza e demais bens da comunidade. Essa justiça parte da premissa de que se deve tratar os desiguais de forma desigual. Assim, o justo é uma das espécies do gênero proporcional. A justiça corretiva é desempenhada pelo juiz a aplicar sanções aos delinquentes após a solução de litígios. O desenvolvimento de seu pensamento filosófico encontra fundamento na ideia de igualdade proporcional, uma vez que não existe igualdade nem na natureza e nem entre os homens. (ARISTÓTELES, 1985 *apud* PEREIRA, 2012, p. 113).

Em sentido amplo, a justiça distributiva nada mais é do que a distribuição de direitos e responsabilidades pelo legislador para a sociedade, como os direitos civis e políticos. O domínio da justiça distributiva inclui políticas de distribuição de diversos benefícios e também encargos, quais sejam, propriedades, recursos, taxas, etc. Em contraposição, a justiça corretiva é aplicada pelo juiz e possui como papel na sociedade a aplicação de sanções para os atos delinquentes e quebra de conduta praticados pela sociedade. Logo, tanto a justiça distributiva, como a corretiva visam o bem da sociedade, seja para distribuir bens e direitos, seja para punir os ilícitos cometidos.

Ainda sobre a conceituação de justiça, Reale (2002, p. 98) a conceitua como “uma expressão ética do princípio de igualdade”, ou seja, tratar as pessoas com isonomia, garantindo a elas o que é certo, justo, sem qualquer tipo de discriminação. A justiça é considerada como um valor fundamental do direito, que motiva as pessoas a fazerem o bem, o correto e o justo.

A partir dessas premissas, é importante fazer o seguinte questionamento: o que é justo? Jaeger (1995) *apud* Pereira (2012, p. 114) assegura que “o conceito platônico do justo está acima de todas as normas humanas e remonta a sua origem na alma mesma. É na natureza mais íntima desta onde deve ter seu fundamento o que o filósofo chama o justo”.

Como mencionado alhures, todo ser humano nasce com um sentimento de justiça dentro de si, e ser justo é ser adequado; praticar o correto. Ciccone (2006), *apud* Bonamigo (2012, p. 98) afirma que “uma pessoa é tratada com justiça quando recebe o recurso de modo devido e correto”.

Frente ao exposto, o princípio da justiça para a bioética determina que todos os pacientes devem ter garantido tratamento isonômico, independentemente de suas diferenças raciais, sociais ou étnicas. Sob esta ótica, Loureiro (2009, p.14) aduz que “todas as pessoas, independentemente da condição social, cultural e econômica, devem ter ampla liberdade de optar entre os tratamentos que lhe são oferecidos, e todas devem ser tratadas igualmente pela lei, inclusive o embrião”.

Neste mesmo sentido, Maluf (2013, p.11) acrescenta que o princípio da justiça “requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, pelos profissionais da área da saúde, procurando evitar a discriminação”. Em respeito ao estatuído na Constituição Federal de 1988 e em consideração ao

princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano merece tratamento médico, bem como tem direito de escolher o procedimento que deseja realizar.

Consagrado nos artigos 10 e 14 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, referido princípio visa garantir uma distribuição justa e equânime das novas tecnologias, medicamentos e serviços de saúde. Referido princípio deve ser analisado em conjunto com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, sob o aspecto geral de que ninguém, em qualquer circunstância da vida, pode ser privado de tratamento médico, independentemente de suas diferenças,

Porém, o princípio da justiça não se traduz em tratar a todos de forma igualitária, “pois são diferentes as situações clínicas e sociais” (SGRECCIA, 1996, p. 167), mesmo porque em situações biomédicas todos são desiguais, ou seja, cada paciente apresenta uma particularidade em suas moléstias. Diante das possibilidades criadas pela evolução da medicina, o princípio da justiça é decisivo sob dois aspectos: “devido ao direito fundamental à igualdade de respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde, e também em relação à necessária equidade na distribuição dos benefícios” (JUNGES, 1999 *apud* PEREIRA, 2012, p. 115). Por fim, Bonamigo (2012, p. 98) expõe que a “justiça por definição é dar a cada um aquilo que é seu; escolher equitativamente o sujeito da pesquisa e beneficiá-lo com os resultados obtidos; distribuir corretamente os recursos em saúde”. Logo, o princípio da justiça se traduz em distribuir de forma proporcional os benefícios médicos e sociais a sociedade, dando a todos o mesmo acesso ao tratamento e a saúde, vez que é direito fundamental estampado na Constituição Federal de 1988.

Foi em razão da emergência dos avanços da medicina que foram criados os princípios bioéticos, com o objetivo principal de guiar os médicos e profissionais da saúde a exercerem eticamente seu trabalho, de acordo com os procedimentos proclamados em seus códigos de conduta, proporcionando a todos que da medicina precisarem tratamento digno e eficaz.

Assim, diante de todo o até aqui exposto, é imperiosa a análise da conceituação de nascituro, bem como das teorias sobre o início da personalidade civil o início da vida diante das técnicas de reprodução humana assistida, o que se fará minuciosamente no capítulo seguinte.

3 O CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL FRENTE ÀS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Conceituar nascituro na atual conjectura do direito brasileiro não é tarefa fácil, principalmente quando há três teorias que falam sobre o início da personalidade civil que divergem integralmente uma da outra. Atualmente o direito brasileiro possui três teorias que tratam acerca do tema, quais sejam: teoria natalista, da personalidade condicionada e concepcionista. A relevância dessas teorias para esse trabalho se mostra no sentido de que o início da personalidade civil é o marco para definir quem é sujeito de direito – e a partir de que momento isso ocorre. Logo, dependendo da perspectiva apresentada por cada teoria, o nascituro pode ou não ser compreendido como legítimo e acabado sujeito de direito.

Igualmente, esse capítulo se propõe a compreender e refletir em torno das novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, de modo a identificar as principais consequências decorrentes da sua utilização – em especial, o embrião *in vitro*. Esse trabalho parte da premissa de que essas técnicas exigem um repensar a respeito das teorias de início da personalidade, na medida em que a concepção – elemento para proteção do nascituro, conforme artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 – passa a ocorrer em laboratório, fora do útero da mulher.

3.1 AS TEORIAS NATALISTA, DA PERSONALIDADE CONDICIONADA E CONCEPCIONISTA

Em primeiro momento, antes de adentrar especificamente nas teorias sobre o início da personalidade civil, faz-se necessário realizar conceituações básicas acerca de alguns institutos do Direito Civil que irão acompanhar o presente trabalho a partir desse momento.

O direito afirma que ao nascer com vida o ser humano adquire direitos e também obrigações, tornando-se a partir do nascimento com vida um sujeito de direitos. Sobre o assunto Amaral (2003, p. 138) confirma que “são sujeitos de direito as pessoas físicas ou naturais isto é, os seres humanos, e as pessoas jurídicas, grupos de pessoas ou de bens a quem o direito atribui titularidade jurídica”. O primeiro elemento que aparece na relação jurídica é o sujeito ou a pessoa, sem a qual o direito inexistente, conforme artigo 1º do Código Civil Brasileiro de 2002, o qual é

enfático ao dispor que: “Art.1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. (BRASIL, 2015b).

Contudo, é imprescindível que se atribua significado à pessoa para o direito brasileiro, cuja palavra possui origem latina – *persona* – sendo reconhecida pelo direito moderno como “sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica”. (GONÇALVES, 2015, p. 98). Pela ordem jurídica reconhecem-se dois tipos de pessoas, quais sejam: a pessoa natural e a pessoa jurídica ou moral. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 81) explicam que: “a pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações”; em termos práticos, pessoa natural é o ser humano enquanto ser vivo. No entanto, contrapondo à pessoa natural, tem-se a pessoa jurídica, que se constitui através de um agrupamento de pessoas naturais (ou de patrimônio, no caso de fundação), com o objetivo de alcançar fins de interesse comum (GONÇALVES, 2015). Portanto, a pessoa jurídica pode ser entendida como “entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direito e obrigações na vida civil”. (GARCIA, 2015, p. 57).

Assim, enquanto a pessoa natural é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro como o ser humano, físico, dotado de massa humana, a pessoa jurídica é um conjunto dessas pessoas naturais (e, por vezes, outras pessoas jurídicas) que objetivam conquistar propósitos comuns que sozinhas não conseguiriam alcançar¹¹. Porém, para que o sujeito ou a pessoa possa participar de uma relação jurídica, é necessário que seja dotado de personalidade, que é a qualidade inerente ao ser humano.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 80) classificam a personalidade jurídica como sendo “a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”. Os direitos os quais se reputam à personalidade são subjetivos e tem por objeto os elementos que compõem a personalidade física, moral e intelectual do titular e visam proteger a pessoa em face de todos os demais direitos particulares, podendo ser oponível *erga*

¹¹ À título de informação, efetivamente de acordo com o artigo 45 do Código Civil Brasileiro de 2002, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado inicia-se a partir da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

omnes; nesse sentido, são chamados de direitos de personalidade. Diniz (2002) *apud* Tartuce (2010, p.166) explica que

os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Os atributos físicos da personalidade da pessoa consistem basicamente na proteção jurídica não somente relacionada à vida, mas também ao corpo humano em si (integridade física), englobando o cadáver, e à liberdade pessoal de se submeter, ou não, a exames e tratamentos médicos, conforme redação dada pelo artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 2002. Já os atributos moral e intelectual da pessoa estão relacionados à proteção da liberdade de pensamento, bem como ao direito autoral, ou seja, o poder que as pessoas têm de vincular seu nome às produções de espírito, tendo a garantia de poder publicá-las, reproduzi-las e explorá-las, havendo o dever de indenização por todos aqueles que se apropriarem indevidamente das produções (NASCIMBENI, 2008).

Fazem parte ainda do direito a integridade moral à proteção à honra, à liberdade, ao recato, à imagem (imagem-retrato – reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e imagem-atributo – soma de qualificações de alguém ou repercussão social da imagem) (DINIZ, 2005 *apud* TARTUCE, 2010, p.167), e ao nome da pessoa, cuja proteção específica consta nos artigos 16¹² e 19¹³ do Código Civil Brasileiro de 2002, bem como na Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos). Pois bem, os direitos da personalidade “são, em suma, aquelas qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça” (TARTUCE, 2010, p. 169). O exercício dos direitos de personalidade não pode ser alvo de limitação voluntária, pois são intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme reza o artigo 11 do Código Civil Brasileiro de 2002.

¹²Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

¹³ Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Quando o artigo 1º do Código Civil Brasileiro vigente menciona em sua redação que toda a pessoa é capaz de direitos, é comum que se confunda o instituto da capacidade com o instituto da personalidade, vez que ambos, apesar de não serem sinônimos, complementam-se, por ser a personalidade qualidade subjetiva do ser humano e significa “a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas. E portanto, o pressuposto dos direitos e dos deveres (sic)” (AMARAL, 2003, p. 140). Logo, a personalidade é o que garante a possibilidade do ser humano ser titular de relações jurídicas contraindo direitos e obrigações. Como complemento da conceituação alhures transcrita, Tartuce (2010, p. 142) define a personalidade como “a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa”. A pessoa enquanto dotada de personalidade deve ser entendida exatamente da forma que ela é, tanto nos domínios corpóreos, quanto no social.

Deste modo, tem-se que “o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano” (GONÇALVES, 2015, p. 94). Em outros termos, a personalidade é a qualidade ou o valor intrínseco ao ser humano que, conforme o entendimento da legislação pátria acompanha o ser humano desde o nascimento com vida¹⁴, de modo que “afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos” (GONÇALVES, 2015, p.95).

Em contraposição à personalidade, tem-se a capacidade que é a “aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. [...] Assim, capacidade é elemento da personalidade” (MONTEIRO, 2007, p. 64).

A capacidade é conferida aos seres humanos como forma de atribuir competência ou aptidão para a realização dos atos da vida civil, e é atribuída pelo ordenamento jurídico como forma de realização da personalidade, sendo caracterizada como uma extensão do exercício da personalidade, bem como um elemento dela (GARCIA, 2015). A capacidade é então a medida jurídica da personalidade, cujo marco inicial ocorre a partir do nascimento com vida. Contudo,

¹⁴ Apesar de o Código Civil Brasileiro de 2002, dispor em seu artigo 2º que a personalidade civil se dá a partir do nascimento com vida, há teorias sobre o início da personalidade que divergem deste entendimento, como as teorias concepcionista e da personalidade condicionada que serão abordadas a diante.

personalidade não pressupõe existência de capacidade, vez que a personalidade pode existir sem que necessariamente a capacidade esteja presente, como é o caso, por exemplo, do nascituro que ainda não é possuidor de capacidade.

Partindo deste ponto, faz-se necessária a diferenciação das duas espécies de capacidade: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de exercício ou de fato.

A capacidade de direito ou de gozo consiste na atribuição para que o ser humano seja sujeito de direitos e deveres, conforme preleciona o artigo 1º do Código Civil Brasileiro de 2002, transcrito anteriormente. A capacidade de direito ou de gozo “se distingue da *legitimação* (sic), a qual consiste em saber se uma pessoa, em face de determinada relação jurídica, tem ou não autorização para praticar o ato jurídico, tendo em vista sua posição especial quanto a certos bens, pessoas ou interesses” (GARCIA, 2015, p. 51). Importa deixar claro que embora possam se confundir, a capacidade e a legitimação são institutos distintos e possuem conceitos diferenciados.

A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica que a lei determinar. [...] Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um *plus* que se agrega à capacidade em determinadas situações. (VENOSA, 2004, p. 116)

Em sendo a legitimidade uma forma de capacidade para que o ser humano possa exercer de forma independente determinados atos da vida civil e, visto que tanto a legitimidade quanto a capacidade possuem conceitos diferenciados, é importante falar que nos direitos de gozo, quem desfruta do bem é titular do direito, diferentemente da capacidade de fato, que consiste na aptidão para o exercício dos direitos. Em contrapartida, a capacidade de exercício ou de fato é a capacidade para que se possa atuar pessoalmente na esfera jurídica. Garcia (2015, p. 51) menciona que “a capacidade de exercício ou de fato é vinculada por certos fatores objetivos, envolvendo a idade e o estado ou condição mental”. Através da capacidade de fato é possível distinguir os capazes dos incapazes¹⁵ para exercer seus direitos. Os

¹⁵ Os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002, ambos recentemente alterados pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), cuja alteração está prevista para entrar em vigor

incapazes podem exercer seus direitos por intermédio de seus representantes legais, que devem ser pessoas aptas para a prática de todos os atos da vida civil, cujo objetivo é resguardar o melhor interesse daqueles que não podem exprimir sua vontade, por meio dos institutos da representação e da assistência.

De forma genérica, tem-se que, enquanto a personalidade configura um valor intrínseco ao ser humano, a capacidade é compreendida como uma projeção desse valor que se transforma em quantidade, justificando Amaral (2003, p. 140) que: “pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade”. Assim, em sendo a personalidade um valor ético inerente à pessoa humana, tem-se a capacidade como aptidão para a realização desse valor.

Apesar de todos os conceitos norteadores da personalidade, a doutrina brasileira não é uníssona ao falar do início da personalidade civil, vez que há grande divergência sobre o exato momento da existência humana em que ela é adquirida, motivo pelo qual referido assunto é marcado por muitas controvérsias, de modo que a doutrina discute qual das teorias sobre o início da personalidade civil melhor se amolda ao atual contexto jurídico. Considerando-se que não existe até o momento consenso, passam-se a abordar as principais teorias em torno do tema: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicionada e a teoria concepcionista.

3.1.1 Das teorias sobre a personalidade civil

O Código Civil Brasileiro de 2002 exara na primeira parte do seu artigo 2º que o início da personalidade civil se dá por meio do nascimento com vida do neonato, cuja transcrição de sua redação é de extrema importância para o estudo: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (BRASIL, 2015b). O entendimento adotado pela lei brasileira acerca do início da personalidade civil, por

no final do mês de dezembro de 2015, delimitam quem são incapazes e absolutamente incapazes para o exercício dos atos da vida civil nos seguintes termos: Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis anos). Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

meio de uma interpretação literal, está apoiado na teoria natalista, “segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p. 83), que será a primeira a ser abordada. Assim, ao nascer com vida, a pessoa adquire personalidade, cuja atribuição é inerente ao ser humano, o que caracteriza a capacidade para que o nascido seja um sujeito de direitos e deveres. Porém, a partir dessa seara, é necessário observar dois pontos específicos, quais sejam: o nascimento e o nascimento com vida, já que são pontos que merecem distinção para a análise da temática em questão.

É preciso esclarecer que a doutrina não é unânime ao discorrer sobre o nascimento, pois enquanto Monteiro (2007, p. 64): entende que “para que ocorra o nascimento, ponto de partida da personalidade, preciso será que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada pelo cordão umbilical”. Outros doutrinadores, assim como Carlos Roberto Gonçalves entende que a separação do ventre materno através do corte do cordão umbilical não é fator relevante para que se caracterize o nascimento.

Ocorre o *nascimento* (sic) quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou medidas de intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. (GONÇALVES, 2015, p. 101)

Apesar da divergência doutrinária que circunda o nascimento, mais precisamente a separação do recém-nascido do corpo da mãe, é certo que há unanimidade quanto à forma do nascimento, seja ele natural ou artificial. Sob este prisma, inclui-se o entendimento de Monteiro (2007, p. 64): “Não importa que o parto tenha sido natural, ou haja exigido intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora do tempo. Também é irrelevante a forma pela qual se deu a concepção, ou a gestação”. Entretanto, o simples fato de ter ocorrido o nascimento não dá ao recém-nascido a titularidade da personalidade civil, pois conforme preconizado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, o neonato¹⁶ deve ter nascido com vida.

A teoria natalista defende que a constatação do nascimento com vida no neonato é importante, pois, apesar de não ter sobrevivido, o simples fato de ter

¹⁶ A expressão neonato refere-se ao recém-nascido.

passado ar pelos seus pulmões uma única vez, já implica na titularidade da personalidade jurídica, com a consequente aquisição e transmissão de direitos civis. Acrescentam Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 81) que:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de GALENO¹⁷, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.

Ou seja, para a teoria natalista mesmo que o neonato venha a falecer após o parto, consideram-se adquiridos os direitos para todos os efeitos, protegendo-se assim os direitos do recém-nascido. Portanto, “se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos. Se nasce com vida, ainda que efêmera, recobre-se de personalidade, adquire e transfere direitos” (MONTEIRO, 2007, p. 65). Em linhas gerais, a teoria natalista exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Em países como a França e a Holanda não basta que a criança tenha nascido viva, é preciso que seja viável, isto é, com aptidão para a vida. Em contrapartida, o direito espanhol exige que o recém-nascido tenha figura humana, ou seja, que não seja um monstro¹⁸, fixando ainda um prazo de pelo menos 24 (vinte e quatro) horas de vida, cujo corpo deverá estar separado do ventre materno, para que assim, possa adquirir personalidade. O direito português é o que mais se assemelha a legislação civil pátria no que concerne à personalidade do neonato, que ao contrário das demais suso mencionadas, deixa de fixar critérios de viabilidade ou forma humana ao recém-nascido (GONÇALVES, 2015).

Vários são os autores que adotam a teoria natalista como a principal conjectura em torno do início da personalidade civil, sendo eles: Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, bem como Silvio de Salvo Venosa, os quais são considerados defensores e seguidores desta teoria. Referidos doutrinadores partem da tradução literal e simplificada da legislação ao defender a tese de que o nascituro

¹⁷ Docimasia hidrostática de Galeno é o exame clínico utilizado para a realização da constatação do nascimento com vida do neonato. “Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro”. (GONÇALVES, 2015, p. 102)

¹⁸ A expressão monstro neste contexto, quer retratar anomalias como os vários tipos de deficiências e outros problemas de saúde que possam deformar a figura humana.

não é pessoa, vez que adquire essa denominação tão logo se constate o nascimento com vida.

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é um sujeito de direitos. (PEREIRA, [s.d] *apud* GONÇALVES, 2015, p. 103)

A teoria natalista, então, descarta completamente a possibilidade de o nascituro ser considerado pessoa, pois, segundo ela, o nascituro não é dotado de personalidade, por ainda não ter nascido com vida, porquanto, não possui garantia dos direitos de personalidade. Além disso, afirma Tartuce (2010, p. 144) que “a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade”. Partindo desse pressuposto, é possível notar que a teoria natalista recusa ao nascituro qualquer proteção aos direitos fundamentais relacionados com a sua personalidade, como o direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, e os demais direitos decorrentes. Com a negativa desses direitos, a teoria natalista esbarra em dispositivos do próprio Código Civil Brasileiro, que consagram direitos aos que ainda não nasceram, porém, que já foram concebidos no ventre materno. Essa negativa de direitos, segundo Tartuce (2010), sustenta a tese de que a teoria natalista está superada pelo direito.

Porém, conforme dito anteriormente, o início da personalidade civil é alvo de controvérsias, havendo o entendimento de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, ou seja, seus direitos ficam suspensos até que ocorra o seu nascimento com vida: essa é a Teoria da Personalidade Condicionada. Referida teoria é entendida como sendo uma divisão da teoria natalista, vez que também parte da premissa de que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida. Para essa teoria, o nascituro é tido como uma expectativa de vida humana, de modo que os direitos que decorrem da personalidade só se confirmam após o nascimento com vida; até que a vida seja constatada, os direitos permanecem reservados. Acrescenta Gonçalves (2015, p. 104): “antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção.

Nascendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento da sua concepção”.

Desta forma, defendem os adeptos dessa teoria, como é o caso de Washington de Barros Monteiro, que os direitos aos quais se reputam o ser humano devem ficar suspensos até que a vida se confirme. Sob este prisma Monteiro (2007, p. 66) afirma que:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. (sic) Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que 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.

Para a teoria da personalidade condicionada, o nascituro é uma expectativa de vida, de modo que os seus direitos permanecem suspensos sob a condição de nascer com vida. Contudo, é necessário compreender o significado da expressão condição suspensiva para o direito civil brasileiro. Gonçalves (2015, p. 380/381) define que a “condição é o acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Da sua ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito”, no presente caso, o evento futuro e incerto é o nascimento com vida do nascituro. Outra conceituação de grande valia é dada por Espínola Filho [s.d], cuja obra foi citada por Gonçalves, (2015, p. 381) “condição é a cláusula, derivada exclusivamente da vontade dos declarantes, que subordina a eficácia ou a resolução do ato jurídico a acontecimento futuro e incerto”. Porém, a conceituação dada por Espínola Filho, foi simplificada pelo Código Civil Brasileiro de 2002 em seu artigo 121 que trata da condição. “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” (BRASIL, 2015b). Por fim, tem-se a conceituação dada Ráo [s.d] *apud* Tartuce (2010, p. 353) que a reproduz da seguinte forma: “modalidade voluntária dos atos jurídicos que lhes subordina o começo ou o fim dos respectivos efeitos à verificação, ou não-verificação, de um evento futuro e incerto”.

A condição para o direito civil brasileiro é classificada sob duas formas: resolutiva e suspensiva. A condição resolutiva segundo Gonçalves (2015, p. 392) “é a que extingue, resolve o direito transferido pelo negócio, ocorrido o negócio futuro e incerto”, ou seja, o negócio jurídico vigora até a ocorrência do evento futuro e

incerto, após essa ocorrido o evento o negócio se desfaz. A condição resolutive pode ser expressa ou tácita, e são ambas dependentes de interpelação judicial. Em contraponto, a condição suspensiva, é aquela que “impede que o ato produza efeitos até a realização do evento futuro e incerto”. (GONÇALVES, 2015, p. 392). A condição suspensiva está prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 125, nos termos que seguem: “Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa” (BRASIL, 2015b). A condição suspensiva subordina o ato jurídico ao acontecimento do evento futuro e incerto, ou seja, enquanto a condição não se verificar não serão adquiridos os direitos por ele almejados. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 407) examinam que:

De referência à condição suspensiva, é preciso que se esclareça que a aposição de cláusula desta natureza no ato negocial subordina, não apenas a sua eficácia jurídica (exigibilidade), mas, principalmente, os direitos e obrigações decorrente do negócio.

Na condição suspensiva os direitos só serão adquiridos após o acontecimento do evento futuro e incerto. É o caso do nascimento com vida para a teoria da personalidade condicionada, o nascituro é mera expectativa de pessoa e, portanto, adquire personalidade jurídica apenas após a constatação do nascimento com vida, antes disso, seus direitos ficam suspensos.

Desta feita, diante dessa condição suspensiva - o nascimento com vida - que envolve o nascituro, faz-se necessário mencionar o artigo 130 do Código Civil Brasileiro de 2002, o qual prevê ao titular de direito eventual - no presente contexto ao nascituro - nos casos de condição suspensiva ou resolutive, o exercício de atos destinados a conservá-lo. Como exemplo deste artigo, Gonçalves (2015), cita a possibilidade de a gestante, representando o nascituro (ainda no ventre materno), requerer a suspensão de processo de inventário, em caso de morte do pai quando não há outros descendentes, ficando a suspensão condicionada até o nascimento da criança, e ainda, a possibilidade da proposição de medidas acautelatórias, em casos que houver dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados em testamento. Sob este aspecto, Arnold Wald [s.d] destaca que “a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não

chegar o feto a viver” (*apud* GONÇALVES, 2015, p. 104), sendo o nascimento a causa para que a personalidade se consolide, e não necessariamente para que ela exista.

A partir desta seara, é importante a reflexão acerca dos alimentos gravídicos, os quais possuem regulamentação legal através da Lei n.º 11.804 de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a sua forma de cumprimento, além de dar outras providências. O artigo 1º da referida lei é claro ao definir que: “Art. 1º. Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido” (BRASIL, 2015g) A partir da leitura deste artigo alguns questionamentos se fazem necessários, como por exemplo: de quem efetivamente são os direitos aos alimentos, da mãe ou do nascituro? E, em sendo adotada a teoria da personalidade condicionada pelo direito civil brasileiro, teria direito o alimentante de reaver os valores dispensados à título de alimentos gravídicos no caso de o nascituro nascer sem vida?

Os alimentos gravídicos servem de apoio para ajudar a gestante a custear as despesas adicionais no período de gestação, sendo essa contribuição devida pelo genitor durante todo o período gestacional, ou seja, da concepção ao parto. Contudo, referida contribuição não é devida apenas para o custeio de alimentos, mas inclusive, para a manutenção de medicamentos, exames médicos e demais despesas que ocorrerem neste período, destinadas à saúde da mulher e do nascituro, conforme detalhado pelo artigo 2º da Lei 11.804/2008. Penha (2012, p. 95) explica que “o ‘bem maior’ que a Lei dos Alimentos Gravídicos tutela é a vida do nascituro, daquele que está por nascer. Indiscutível o fato de que a lei protege primordialmente o direito à vida, mesmo em face de outros bens também juridicamente protegidos”. Percebe-se que os alimentos gravídicos não se destinam subjetivamente à gestante e sim ao nascituro, a fim de que este tenha a sua vida protegida, ainda que sequer nome tenha. Nesta seara, Chinellato, 2009 *apud* Tartuce, (2010, p. 149) reflete que:

A recente Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher - desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo da premissa errada, o que repercute no teor da lei.

Ora, como visto os alimentos gravídicos destinam-se indiretamente à gestante, vez que diretamente quem será beneficiado é o nascituro, cujo objetivo é garantir o seu desenvolvimento sadio e que possa gozar de todos os direitos da pessoa natural. Sendo assim, há de se concluir que, em sendo a verba gravídica de natureza alimentar, em caso de ocorrer o nascimento sem vida do nascituro o valor não necessariamente deve ser satisfeito ao alimentante, pois

se o legislador estabeleceu que os alimentos gravídicos são devidos até o momento do nascimento, não cabe interpretação extensiva no sentido de que o nascimento deve ser de criança com vida, já que no parágrafo primeiro do artigo sexto diz que o nascimento com vida apenas condicionará a rediscussão da paternidade ou não e da conversão automática desses alimentos gravídicos em pensão alimentícia. (PENHA, 2012, p. 111)

Assim, em resposta aos questionamentos realizados, conclui-se que os alimentos gravídicos destinam-se diretamente ao nascituro, mesmo que, para a teoria da personalidade condicionada o nascituro seja considerado mera expectativa de pessoa, com os seus direitos suspensos, pois os alimentos objetivam, como dito acima, auxiliar nas despesas decorrentes da gravidez a fim de garantir saúde e bem estar à gestante e ao nascituro, pois, quanto mais saudável a gestante estiver, melhores serão as condições de saúde do nascituro. Em contraponto, pela teoria natalista é certa a conclusão de que os alimentos gravídicos deveriam ser por direito direcionados à gestante, vez que para essa teoria a personalidade jurídica se inicia após o nascimento com vida do neonato.

Por fim, tem-se a terceira e última teoria acerca da personalidade civil, conhecida pelo direito civil como concepcionista, cujo entendimento adotado é no sentido de que a personalidade civil deve ser reconhecida desde a concepção, tendo em vista a afirmação de que o embrião humano já é considerado como um sujeito de direitos, vez que juridicamente protegido. Assim, afirma Gonçalves (2015, p. 105):

mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou *status* sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a *certos e determinados direitos particularmente considerados*. Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe.

Os direitos de personalidade são divididos em formal e material, de modo que o primeiro se relaciona aos direitos de personalidade, os quais são inerentes ao nascituro desde a concepção, enquanto o segundo relaciona-se com os direitos patrimoniais, os quais o nascituro só adquire após o nascimento com vida. (DINIZ, 2014). A personalidade do nascituro não é condicional, vez que não são todos os direitos que dependem do nascimento com vida para produzirem efeitos. De pronto, é importante fazer referência a um trecho da obra de Almeida, 2000:

juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade. (*apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p. 84)

Isso porque, não se pode atribuir capacidade ao um ser humano sem que a ele seja atribuída personalidade. Nota-se que a segunda parte do artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 é extremamente concepcionista, porquanto, resguarda desde a concepção os direitos do nascituro. “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (BRASIL, 2015b) (Grifou-se). Os direitos resguardados desde a concepção pelo citado artigo 2º dizem respeito aos direitos patrimoniais. A exemplo disso, tem-se a possibilidade de o nascituro pleitear alimentos; além de ser a ele assegurado o direito de indenização em caso de falecimento do seu pai ou de sua mãe, possibilidade de ser instituído herdeiro em um testamento, bem como de receber doações, de modo que a ele seja instituído um curador a fim de zelar pelos seus direitos e interesses, possibilitando ao curador a tomada de decisões processuais em seu favor, além da administração dos bens que a ele pertencerão, se nascer com vida, defendendo em seu nome a posse e resguardando sua parte na herança, etc., sendo desta forma, respeitados todos os seus direitos desde a concepção. A partir disso, é importante transcrever as palavras de Gonçalves (2015, p. 108) ao dizer que “o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo”, o que significa que o nascituro possui os mesmos direitos patrimoniais e fundamentais de um neonato, em acordo com a teoria concepcionista, visto que possui personalidade.

Possuidora de vários adeptos à exemplo de Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes, Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Maria Helena Diniz, entre muitos outros, a teoria concepcionista é defensora da ideia de que o nascituro é pessoa, porquanto, adquire personalidade civil desde a concepção.

A teoria concepcionista já vem sendo inserida nos projetos jurídicos há muito tempo, objetivando ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro como o marco da personalidade civil. O jurista Augusto Teixeira de Freitas, em 1859 ao elaborar o esboço do Código Civil de 1916, embora inconcluso, já previa naquela época a adoção da teoria concepcionista em seu artigo 221 assim escrito: “desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas”. (FREITAS, 1952 *apud* SILVA, 2002, p. 238). É possível notar que desde aquela época os direitos de personalidade do nascituro já eram reconhecidos e defendidos por muitos juristas. Ainda nos comentários do artigo 53 do Esboço do Código Civil, Teixeira de Freitas defende que “quando as pessoas de existência visível são consideradas ‘ainda não existindo’, pode-se dizer que são pessoas por nascer. No entanto, pessoas por nascer existem, porque, suposto que não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno” (FREITAS, 1952 *apud* SILVA, 2002, p. 238). Ora, não se pode ignorar o fato de que o nascituro é uma pessoa em formação, permanecendo dentro do útero materno tempo suficiente e necessário para que consiga sobreviver sozinho fora dele, porém, independentemente da sua permanência no ventre materno, já possui vida biológica própria, e é um ser independente de sua mãe.

Acerca dos direitos de personalidade resguardados ao nascituro, Diniz [s.d] *apud* Tartuce (2010, p. 146) menciona:

uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro, e, além disso, no art. 1.597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga¹⁹. Com isso, protegidos estão os direitos de personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro.

¹⁹ A concepção artificial homóloga será conceituada adiante, vez que objeto de discussão da sessão 3.3 deste capítulo.

Após a análise de todas as teorias da personalidade civil, nota-se que o Código Civil Brasileiro de 2002 ao editar o seu artigo 2º, continuou na mesma linha do Código Civil de 1916, ao adotar a teoria natalista, vez que confere personalidade civil, tão somente após a constatação do nascimento com vida. Contudo, é possível verificar uma contradição no próprio artigo 2º da lei civil brasileira, pois ao mesmo tempo que confere personalidade civil após o nascimento com vida, põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, ou seja, há nesta segunda parte do artigo 2º um resquício da teoria concepcionista. Porém, diante de toda essa controvérsia, César Fiuza (2004) declara que:

O legislador parece um tanto quanto pleonástico (...). Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002. (*apud* TARTUCE, 2010, p. 143)

Através das palavras de Fiuza, é fácil notar o seu descontentamento com os rumos que o novo Código Civil de 2002 tomou ao deixar de reconhecer personalidade civil ao nascituro, mesmo porque, não há motivos para resguardar os seus direitos desde a concepção se ele não possui personalidade, pois a capacidade para ser titular de direitos, prescinde de personalidade para tanto, ou seja, sem personalidade não há capacidade.

Isto posto, diante dos desdobramentos das teorias da personalidade civil, faz-se importante analisar outras duas teorias que buscam estudar o exato momento em que a vida humana se inicia, quais sejam, as teorias da cariogamia e do pré-embrião, sendo que a primeira decorre da teoria concepcionista.

3.2. O MOMENTO DA CONCEPÇÃO: AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA

Em primeiro momento, antes de iniciar a explanação é preciso mencionar o início da vida humana é cercado por muitas controvérsias. Contudo, ainda não se sabe precisar exatamente em que momento se inicia a vida humana. Deste modo, o

direito, acompanhado da ciência apresenta as suas teorias, conforme serão demonstradas a seguir. Porém, antes de adentrar especificamente nas duas teorias, foco principal do trabalho, faz necessário explicar o desenvolvimento embrionário.

O desenvolvimento embrionário, inicia-se com a fecundação. Sendo que as características do novo indivíduo são determinadas pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe.

O zigoto, guiado pela sua informação genética única, inicia rapidamente a constante divisão, diferenciação e migração celular, que irão formar todos os tecidos do organismo de forma surpreendentemente precisa. Passará por sucessivas etapas de divisões celulares até formar o indivíduo propriamente dito²⁰. (Maluf, 2013, p. 152)

Na fecundação é que são determinados o sexo do embrião, vez que quando o par final de cromossomos sexuais é XX, o indivíduo é geneticamente feminino, entretanto, quando o par final de cromossomos sexuais é XY, o indivíduo pertence ao sexo masculino. Maluf (2013, p. 153) acrescenta que “um ser humano adulto tem mais de 30 trilhões de células, desempenhando inúmeras funções diferentes no cérebro, pele, ossos, coração, etc., todas derivadas do zigoto que resultou da fecundação”.

Protegida pela embriologia – ramo da ciência que se dedica ao estudo do desenvolvimento dos seres vivos - a teoria concepcionista defende a tese de que não se pode negar personalidade ao embrião humano, vez que possuidor de carga genética própria, ante a fusão entre duas células germinativas provenientes de organismos diferentes – masculino e feminino – devendo assim, ser aceita a existência de um novo ser, “sobretudo, por ser ele dotado de um sistema único e completamente distinto daqueles que lhe deram origem. A primeira célula desse novo ser recebe o nome de zigoto²¹”.

Desta forma, está claro que, para os adeptos da teoria concepcionista, o ciclo vital humano se inicia a partir da fertilização do óvulo pelo espermatozoide, sendo que, em seguida, através de um processo independente, o zigoto é formado, o qual

²⁰ “Para a medicina, o tempo que o óvulo fecundado gasta para atravessar a trompa é de 3 a 4 dias. No 6º dia fixa-se no útero. A reserva alimentar do embrião oriunda do vitelo é mínima, passando então a alimentar-se do material difusível do endométrio”. (MOORE, [s.d] *apud* MALUF 2013, p. 152).

²¹ Zigoto é a união da célula germinativa feminina com a célula germinativa masculina, com a associação dos cromossomos de ambos.

evolui gradativamente e naturalmente, de modo que todas as transformações pelas quais passa são conduzidas e governadas pelo próprio embrião. A partir dessa afirmação assinala Lejeune, 2006 *apud* Rocha, (2008, p. 76) “na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos femininos, todos os dados genéticos que definem um novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco da vida”.

Contudo é necessário expor que, embora sejam por muitos considerados como sinônimos, embrião e nascituro possuem significação diversa, sendo, deste modo, dignos de conceituação.

Sob o ponto de vista embriológico, caracteriza a fecundação como o processo através do qual um gameta masculino, se encontra com o gameta feminino, combinando-se e formando a partir de então o zigoto, o que poucas horas após a junção dá-se início ao desenvolvimento do embrião (FRAZÃO, 2000 *apud* MALUF, 2015). Para os juristas há uma grande preocupação quanto o status do embrião, ou seja, permeia uma grande discussão a ponto de se discutir se ele pode ser considerado pessoa ou não. Berchifontaine [s.d] *apud* Maluf (2013, p. 166) entende que “o embrião humano deve ser considerado como pessoa e pertencer à comunidade moral, não se reconhecendo assim, nenhuma diferença de estatuto moral em relação aos diferentes estados de desenvolvimento humano”. Ademais, é preciso mencionar que o embrião pode ter duas formas – *in vivo* e *in vitro* – os quais independente de sua forma devem ser preservados. Por fim, é importante mencionar que o embrião não pode ser coisificado, ou seja, não pode ser comercializado. Por outro lado, “nascituro é aquele ser que ainda vai nascer, porém, já foi concebido (nascituro provém do latim *nascitutu*, que significa aquele que há de nascer”. (MALUF, 2013, p. 159). A conceituação de nascituro é simples e não demanda de muitas explicações vez que é auto explicativa, sendo considerado o ser que, dentro do ventre materno aguarda o momento certo para vir ao mundo, através do nascimento. De forma biológica ou embrionária, Namba (2015, p. 22), complementa que “o nascituro é aquele que ainda vai nascer, após a nidação, ou seja, instalação do ovo, fruto da fertilização de um óvulo pelo espermatozoide, no útero ou nas trompas de Falópio da mulher”. O nascituro é o ser intrauterino pendente de nascimento, em outras palavras é o feto. Maluf (2013, p. 161) conclui que: “o nascituro corresponde ao ser já implantado, mas deve-se respeitar, à luz das novas técnicas de reprodução assistida, e dos ditames bioéticos, a garantia da pessoa

humana em sua natureza ontológica e biológica”, ou seja, não importa como o nascituro tenha sido implantado no útero materno, seja de modo natural ou artificial, o que realmente importa e o que deve ser levado em consideração é são os seus direitos enquanto ser dotado de vida.

Contemplada a fase embrionária e dados os referidos conceitos e explicações, faz-se necessário explicar as teorias sobre o início da vida humana, contudo, antes de adentrar especificamente em cada teoria, é necessário explicar que ambas as teorias apesar da complexidade da temática, buscam estudar o momento exato do nascer da vida humana. Engana-se quem acredita que são apenas essas duas teorias que buscam explicar e defender o surgimento da vida humana, pelo contrário, são inúmeras correntes, porém, grande maioria defendem critérios para identificação do início da vida humana sem qualquer respaldo científico. Contudo, apesar da variada gama de teorias sérias e comprometidas com o estudo sobre o início da vida humano, limitamo-nos a estudar duas que se mostram de extrema importância para o desenrolar do presente trabalho, quais sejam, a teoria da cariogamia e a teoria do pré-embrião.

A teoria da cariogamia decorre da teoria concepcionista²², com base no lapso temporal de doze horas entre a fertilização do óvulo e a concepção, cujo procedimento é explicado detalhadamente por Silva (2003, p. 114/115):

a concepção, que é o início do desenrolar de toda a jornada do homem, é precedida pela fertilização, que ocorre quando apenas um, de aproximadamente duzentos e seiscentos milhões de espermatozoides liberados na ejaculação, consegue atravessar a zona pelúcida do óvulo²³. Não se sabe ao certo quanto tempo os espermatozoides levam para atingir o sítio de fertilização. Calcula-se que o tempo de transporte varie entre cinco e quarenta e cinco minutos, No óvulo, que passa a se chamar ovo após a fertilização, desencadeiam-se duas importantes reações: uma imediata, na zona pelúcida, que impede a penetração de mais de um espermatozoide; e outra mediata, na estrutura metabólica do ovo, constituindo o ponto de partida da embriogênese. Ao mesmo tempo que a reação de zona se desdobra, ocorre a fusão das membranas plasmáticas do óvulo e do espermatozoide, assegurando que a cabeça, o colo e a cauda deste, liberados de sua membrana, ingressem no citoplasma daquele. Em seguida, no centro do ovo, o dote genético materno organiza-se em um etapa denominada pronúcleo. Também o dote genético paterno constante da cabeça do espermatozoide, após desembaraçar-se de seus colo e

²² A corrente concepcionista fora objeto de estudo da sessão 3.1 deste capítulo.

²³ Silva (2003, p. 114) explica que “antes de o espermatozóide penetrar na zona pelúcida, conforme acima descrito, ele passa através da corona radiata, constituída por camadas de células foliculares que circundam o óvulo.

cauda, que se degeneram no citoplasma do ovo, migra para o centro deste, organizando-se em pronúcleo. Ali os pronúcleos ficam lado a lado, cada qual circundado por uma membrana nuclear, e o paterno incha até alcançar o tamanho do materno. Os gametas masculino e feminino, porque são células da linhagem germinativa, possuem o complemento haploide ou n (23 cromossomos). Quando os pronúcleos materno e paterno se aproximam, perdem suas membranas e se fundem, compondo o complemento diploide ou $2n$ (46 cromossomos) do zigoto, é que se falar da concepção de um novo ser humano. Sabendo-se que do momento do encontro do espermatozoide com o óvulo até a geração do zigoto transcorre um período de tempo de aproximadamente doze horas, apenas após esse período é que se deve falar da concepção de uma vida humana geneticamente distinta dos genitores.

A teoria da cariogamia reconhece que o início da vida humana se inicia exatamente a partir da concepção, que ocorre especificamente quando há a fusão dos pronúcleos masculino e feminino, criando-se a partir daí um código genético próprio, individualizando-o de todo e qualquer ser humano existente.

Nesse sentido Reinaldo Pereira e Silva:

É sabido que a célula em estado de pronúcleos não contém ainda uma identidade completa e própria; ela é a soma de duas identidades parciais e alheias: a do espermatozóide e a do óvulo. A prova de que a célula constituída de dois pronúcleos não é um novo ser humano em ato é que se pode trocar um ou outro desses pronúcleos por um pronúcleo estranho do mesmo sexo e gerar assim um indivíduo diferente daquele que originalmente seria gerado. Somente a partir da fusão dos pronúcleos materno e paterno, isto é, com a cariogamia, é que tem início o ciclo vital humano. Assim, se o evento cariogâmico se caracteriza pela dissolução das membranas que cobrem os pronúcleos, permitindo a interação da informação genética contida em duas parcialidades com identidades diferentes para formar um todo novo, o zigoto²⁴ é então um indivíduo humano em ato que inicia o seu próprio desenvolvimento. (SILVA, 2002, p. 86/87)

A maior argumentação da teoria da cariogamia é de que a célula composta a partir da junção dos pronúcleos feminino e masculino distingue-se da célula de qualquer ser humano, simplesmente por haver a existência de material genético próprio e individualizado, o que caracteriza assim, um novo ser humano. Nesse sentido, Ângelo Serra, (1993), defensor da teoria da cariogamia, fundamenta o posicionamento dado por Reinaldo Pereira e Silva em quatro argumentos cientificamente comprovados, da seguinte maneira:

²⁴ No ano de 1987 foi aprovada instrução em que segundo Ratzinger, 1987 *apud* Silva (2002, p. 87) afirma que “no zigoto, logo após a fertilização, já está constituída a identidade biológica de um novo indivíduo humano, definindo o zigoto como ‘a célula resultante da fusão dos núcleos dos dois gametas’.

a) A fusão dos pronúcleos materno e paterno inicia a existência de uma nova célula, dotada de uma nova estrutura informacional, que lhe confere uma identidade específica e individual; b) essa nova célula humana começa imediatamente a agir como uma unidade individual, a qual, dadas as condições necessárias e suficientes, tende à gradual e completa expressão do plano organizado inscrito no seu próprio dote genético, mediante um complexo, contínuo e altamente coordenado processo de desenvolvimento; c) essa expressão se manifesta numa totalidade corpórea que se organiza autonomamente, isto é, por forças intrínsecas, até a formação de um organismo completo; e d) assim, a nova célula humana que se constitui na fusão dos pronúcleos materno e paterno representa a estrutura original de um novo homem, com o que começa o seu próprio ciclo vital. (*apud* SILVA, 2002, p. 87)

A partir desses quatro argumentos não se pode obstar que o conceito originado a partir de material genético feminino e masculino é possuidor de identidade humana própria, além da sua individualidade, vez que o material genético do conceito distingue-se do material genético de qualquer ser humano já existente, além de possibilitar através da doação de um programa genético a plena capacidade para o desenvolvimento de sua humanidade.

É importante esclarecer que quando o espermatozoide encontra o óvulo, ambos possuem o poder de dissolução de seus pronúcleos, para que a partir dessa dissolução ocorra a formação do zigoto, caso contrário, permanecendo separados, óvulo e espermatozoide não geram o zigoto. Pois como afirma Silva, (2002, p. 87):

os gametas masculino e feminino, e os cromossomos presentes em seus pronúcleos, que são apenas agentes do processo reprodutivo, devem morrer enquanto tais para dar origem a um todo novo e completo, capaz de converter-se em um homem ou em uma mulher. Em outras palavras, a cariogamia pode ser identificada com o processo de morte de dois genomas incompletos e de renascimento de um genoma completo.

Deste modo, é certo que a teoria cariogâmica marca o princípio da vida humana após a concepção, cuja ocorrência se dá a partir da fusão dos pronúcleos feminino e masculino, “dado que, na ausência de fusão dos pronúcleos, não se pode falar em desenvolvimento de um ser humano” (SILVA, 2002, p. 88), cujo desenvolvimento depende da existência de uma nova célula – zigoto – que seja única e irrepetível, já que não existem dois seres humanos dotados com a mesma carga genética.

Por outro lado, opondo-se à teoria da cariogamia, tem-se a teoria do pré-embrião, cuja origem decorre das teorias genético-desenvolvimentistas, a qual

relaciona o início da vida humana à eleição das fases que vão se impondo no decorrer do desenvolvimento embrionário. Para os partidários da corrente genético-desenvolvimentista, o embrião humano adquire status jurídico e moral gradualmente, à medida que seu desenvolvimento avança no tempo. (ROCHA, 2008). Deste modo, baseando-se nas fases de desenvolvimento do processo evolutivo embrionário, decorre dessa corrente, a teoria do pré-embrião²⁵, também conhecida como a teoria do décimo quarto dia ou do embrião precário, cuja defesa é no sentido de que a vida humana se inicia apenas após o décimo quarto dia da fecundação, momento em que, segundo essa teoria, ocorre a individualização do ser humano, já que, antes desse período era considerado apenas como um acumulado de material orgânico. A teoria do pré-embrião foi utilizada por diversos países, que a tomaram como base para a legislação que tratava da manipulação de embriões para fins de pesquisa realizadas a partir das suas células totipotentes até o décimo quarto dia, possibilitando a capacidade de transformar-se em quaisquer células humanas²⁶.

A teoria do pré-embrião, dentre as teorias genético-desenvolvimentistas, é que mais teve influência no cenário legislativo mundial, cujo surgimento se deu a partir de um parecer para assuntos de reprodução assistida, formulado no ano de 1984, na Inglaterra. A partir da elaboração do relatório restou consignado o entendimento de que até o décimo quarto dia após a concepção, o zigoto não dá indícios de existência de um ser humano, mas sim uma célula progenitora dotada de capacidade de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie, tendo a partir de então se pronunciado favoravelmente à experimentação científica em embriões humanos. Consequentemente, a partir desse entendimento foi aprovada a utilização de embriões humanos durante os primeiros quatorze dias após a concepção para pesquisas (ROCHA, 2008).

Dentre os argumentos de sustentação dessa teoria estão: o fato de que após o décimo quarto dia não é mais possível a formação de gêmeos monozigóticos (idênticos ou univitelinos), tendo em vista a perda de totipotência das células²⁷ que

²⁵ É importante destacar que outras teorias sobre o início da vida humana decorrem das teorias genético-desenvolvimentista, quais sejam: teoria da nidação do ovo, e a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, as quais não serão objeto de estudo.

²⁶ No Brasil, as pesquisas que utilizam células-tronco, permitidas pela lei de biossegurança, fazem uso de embriões crioconservados, frutos de fertilização *in vitro* com até quatorze dias pela capacidade que elas contêm. (SILVA, 2010, p. 37)

²⁷ Células totipotentes são extremamente poderosas, estando presentes nos embriões humanos nas fases iniciais, chamados de blastômeros, até o estágio da mórula, ou seja, quando atingem o

constituem o embrião, aparecendo após o décimo quarto dia a linha primitiva responsável pela estruturação do corpo embrionário, motivo pelo qual é nula a ocorrência de gêmeos.

Nota-se que o fato de a teoria do pré-embrião autorizar a realização de pesquisas científicas em embrião humano para fins experimentais até o décimo quarto dia após a concepção, demonstra de forma cristalina que ao embrião não é reconhecido caráter humano antes desse período, de modo que, só é reconhecido como ser vivo após o surgimento da linha primitiva, ou seja, após o décimo quarto dia da concepção. Ressalta-se contudo, que após o 14^o dia da concepção é que terminações nervosas começa a desenvolver.

Estudadas as duas teorias, nota-se que ambas possuem visões e conceitos muitos distintos acerca do exato momento em que vida humana se inicia. A partir desse estudo, é necessário a partir de agora estudar os métodos de reprodução artificial, cuja realização ocorre através das técnicas de reprodução humana assistida, para que no terceiro capítulo desse trabalho seja possível discutir as interferências resultantes do julgamento da ADIN nº 3.510 pelo STF para o conceito de nascituro e para as teorias sobre o início da personalidade, considerando a situação do embrião in vitro.

3.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UM NOVO CONCEITO DE NASCITURO

Historicamente até meados do século XVIII, a forma mais conhecida de procriação era a natural, que é promovida através do encontro sexual entre um homem e uma mulher, ambos em idade fértil. Contudo, já naquela época, o desejo de conceber nem sempre se concretizava, sendo as causas dessa irrealização na maioria dos casos desconhecida, e a responsabilidade por não conseguir engravidar atribuída à mulher, responsável por conceber e gerar a vida.

Paulatinamente, com o passar do tempo vários avanços na área de descobertas médicas de reprodução foram surgindo, e, com ela, a noção de

tamanho máximo de 16 células. A totipotência é, enfim, a capacidade da célula de transformar-se em qualquer outra para a formação do feto, tecidos e membranas extras, e efetivamente formar uma pessoa completa a partir dessa célula, caso haja o desenvolvimento completo (SILVA, 2010).

esterilidade do casal descoberta, o que de fato, passou a desencadear uma série de estudos a fim de solucionar esse problema que afetava tantas famílias já naquela época.

Sobre a evolução da ciência da área das Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA é importante mencionar que: a primeira experiência de inseminação artificial homóloga realizada e comprovada com êxito pela ciência ocorreu em 1791, por John Hunter, que inseminou a esposa de um lorde inglês utilizando o esperma deste. Em 1875 e 1890, concluiu-se através da observação de peixes e mamíferos que a fertilização é constituída através da união do núcleo do espermatozoide e do óvulo. Posteriormente, em 1945 Jean Rostand, percebeu que os espermatozoides quando submetidos ao frio e com a utilização do glicerol, conservavam-se por muito mais tempo sem alteração de sua viabilidade. A partir daí, foi possível pensar em “bancos de esperma”. Logo, em 1953 Smith obteve êxito no congelamento de embriões, tendo no mesmo ano, ocorrida a utilização bem-sucedida de esperma congelado nos Estados Unidos. Foi em 1969 que Edwards e Steptoe conseguiram criar embriões *in vitro* com capacidade para a reprodução, de modo que, a sua utilização para experiências com fertilização *in vitro*, com finalidade de reprodução humana passou a ganhar força apenas na década de 70, em alguns países, como Inglaterra, Austrália e Estados Unidos. Em 25 de julho de 1978 na Inglaterra, nasce Louise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta concebida em laboratório com os recursos da Fivete²⁸, seu nascimento significou o pleno êxito da fertilização assistida, também conhecida como Fertilização *in vitro*. Mais adiante, devido as dificuldade de algumas mulheres em levar a gravidez a termo, passou-se a conceber a ideia de empréstimo de útero – gestação de substituição - vulgarmente conhecido como barriga de aluguel²⁹, ideia essa que foi concretizada em 1963 no Japão. Logo em seguida, foram criados os depósitos de espermatozoides e óvulos, sendo

²⁸ Fivete é uma técnica de Reprodução Humana Assistida – TRHA – que consiste na transferência/implantação do embrião no útero materno, ou seja, “havia a coleta dos espermatozoides do homem e dos óvulos da mulher; realizava-se uma fusão artificial em um tubo esterilizado e implantava-se o embrião no útero da mulher”. (NAMBA, 2015, p. 125)

²⁹ O termo correto para o empréstimo do útero é o de gestação por substituição. O empréstimo do útero para conceber o filho de outrem deve ocorrer de forma gratuita, vez que essa prática não pode ser comercializada. As doadoras temporárias de útero devem pertencer à família de um dos parceiros cujo grau de parentesco não pode ultrapassar o 4º grau, sendo respeitadas a idade limite de 50 (cinquenta) anos. Toda e qualquer doação de útero deve estar dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina – CFM - em sua Resolução 2013/2013.

que a utilização desse material poderia ser utilizado sem que houvesse a autorização dos doadores. Além de todas essas descobertas, pode-se destacar ainda a descoberta do genoma humano³⁰, bem como a clonagem (NAMBA, 2015). Após todas essas conquistas, novos experimentos vêm surgindo, a fim de aprimorar ainda mais as Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA.

De forma conceitual a Reprodução Humana Assistida – RHA – consiste em uma técnica de fertilização artificial com o objetivo de proporcionar que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade possam exercer o seu direito de serem pais. Sobre o assunto, ressalta Maluf (2013, p. 193), que a Reprodução Humana Assistida – RHA – “é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. A Organização Mundial de Saúde considera a infertilidade e esterilidade doenças passíveis de tratamento, estando devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças – CID – CID N46 (infertilidade masculina) e N97 (infertilidade feminina). Embora possam parecer sinônimos e serem compreendidas e interpretadas como tal, a infertilidade e a esterilidade, possuem características e causas distintas, e são sabiamente diferenciadas por Maluf (2013, p. 194) da seguinte forma: “pode-se entender por infertilidade a impossibilidade de procriar quando há fecundação mas o feto não chega a termo; já a esterilidade se configura como a ausência de concepção em dois anos”, de modo que as causas para ambas podem ser tanto masculinas quanto femininas.

São inúmeras as complicações que podem ocasionar a esterilidade, entre elas: a ausência de ovulação, produção de óvulos resistentes à fertilização, bloqueio de trompas, aparelho reprodutor feminino agressivo ao esperma, baixa espermogênese, entre outras. Além, dessas causas, a esterilidade feminina pode decorrer de outros agentes como: malformações uterinas, lesões nas camadas do útero – mioma uterino, endometriose, adenomiose – malformações tubárias, processos infecciosos, além, é claro, de patologias de origem endócrina que podem comprometer a capacidade reprodutiva da mulher, e logo, do casal. Se as causas da

³⁰ Genoma Humano é o “código genético de cada pessoa, aquilo que herdamos de nossos ancestrais e como essas características se associam quando da formação da cadeia genética” (NAMBA, 2015, p. 126). A partir da descoberta do genoma humano, surgiu a Declaração dos Direitos ao Genoma, cuja declaração tem como objetivo impedir a clonagem.

esterilidade feminina são amplamente conhecidas, a infertilidade feminina ainda é desconhecida, sendo até o momento considerada como de natureza psicológica.

Em compensação, os fatores determinantes para a infertilidade masculina são: a oligospermia – baixa concentração de sêmen, astenozoospermia – baixa concentração de espermatozoide com motilidade normal, teratozoospermia – baixa concentração de espermatozoide com morfologia normal, azoospermia – ausência de espermatozoides ejaculados, ciptozoospermia – indica a ausência de espermatozoides, porém com presença reconhecida após o processo de centrifugação, aspermia – quando não há efetivamente a ejaculação (FONSECA, 2005 *apud* MALUF, 2013). A partir de todas as complicações decorrentes dos aparelhos reprodutores masculino e feminino, é que surgiram as Técnicas de Reprodução Assistida que são indicadas “quando existem defeitos – adquiridos ou congênitos – no sistema reprodutor masculino, baixa espermogênese, pseudo-hermafroditismo, má formação congênita, e para a mulher também problemas psíquicos”. (FRANÇA, [s.d] *apud* MALUF, 2013, p. 195). Cada complicação possui uma técnica distinta de reprodução a ser aplicada, a qual será avaliada pelo médico especialista em reprodução assistida, de acordo com o caso clínico particular de cada paciente.

A reprodução assistida implica em um conjunto de técnicas, dentre as quais se destacam: relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, que abrange a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide. Nota-se que a procura pelas práticas de Reprodução Humana Assistida – RHA – vêm crescendo de forma significativa, o que de certa forma é devido ao bom desempenho e resultado que as técnicas alcançam. A respeito disso, Maluf (2013, p. 195) menciona que “a taxa de sucesso para a avaliação dos resultados das técnicas de RHA implica na ocorrência de gravidez, seja ela bioquímica, gravidez clínica ou o nascimento de uma criança viva”.

É importante salientar que a Reprodução Humana Assistida no Brasil, não possui outra regulamentação, a não ser a Resolução 2.121/2015³¹ do Conselho Federal de Medicina, cujo objetivo foi adotar normas éticas para a utilização de

³¹ A Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução 2013/2013, publicada no D.O.U de 09 de maio de 2013.

técnicas de reprodução assistida, em defesa ao aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos (CFM, 2015). Contudo, apenas a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina não se mostra suficiente para regulamentar as técnicas de reprodução assistida, vez que o conteúdo da referida Resolução refere-se apenas às regras éticas que visam o aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos. Maluf (2013, p. 197) acrescenta que:

Essa falta de legislação no país, em especial relacionada ao número de pré-embriões transferidos, fez com que as gestações múltiplas, aumentassem exponencialmente no Brasil, gestações estas consideradas um problema de saúde pública, devido aos riscos causados às mães, às crianças e pelo alto custo imposto ao sistema público de saúde.

Apesar dos inúmeros Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional há anos, ainda não há legislação específica acerca da reprodução assistida. Assim, os debates bioéticos que permeiam os procedimentos de reprodução assistida continuam em alta, em vista dos aspectos epidemiológicos, obstétricos e perinatais, que devem ser discutidos não apenas pela ciência, mas também pela sociedade em geral, visto que a prática da reprodução assistida é alvo de muita discussão e controvérsias.

Por fim, antes de adentrar especificamente nas Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA – faz-se necessário fazer referência aos novos conceitos da bioética que surgem em conjunto com essas técnicas, quais sejam: a redesignação dos laços parentais, o acesso às mulheres solteiras às técnicas, o acesso aos homossexuais e transgênicos às técnicas, a viabilidade de reprodução heteróloga, a questão da reprodução assistida *post mortem*, entre os diversos temas de debates que acometem o embrião. Barchifontaine [s.d] *apud* Maluf (2013, p. 197) complementa que “a reprodução assistida deve: buscar a cura da esterilidade e ter por objetivo principal a concepção de um ser que o casal quer assumir e criar”, seguindo sempre o modelo basilar da dignidade da pessoa humana em face dos progressos científicos da área da saúde.

Adentrando especificamente nas Técnicas de Reprodução Assistida – TRA – é importante ressaltar que a sua aplicação consiste na orientação e assistência para a prática reprodutiva quando os métodos tradicionais não estão atingindo o resultado

desejado, ou seja, quando a reprodução humana natural – que se materializa com o ato sexual entre homem e mulher – não conseguir atingir o fim desejado, qual seja, a fertilização do óvulo, daí sim, é possível recorrer às Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA. Em suma a TRHA tem por objetivo a diminuição da incapacidade de concepção natural.

Podem ser realizadas técnicas de fertilização intracorpórea ou *in vivo*; técnicas de fertilização extracorpórea ou *in vitro* ou ainda *post mortem*³², de modo que cada técnica reprodutiva é indicada para casos diversos e específicos, conforme verificar-se-á a seguir. Diniz (2014, p. 679) conceitua a reprodução humana assistida como “um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA – mais conhecidas são: inseminação artificial intrauterina – IUI; a transferência intratubária de gametas – GIFT; a transferência intratubária de zigoto – ZIFT; a fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões – FIVETE e, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide –ICSI; cujas técnicas serão explicadas a seguir.

3.3.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial intrauterina – IUI ou fertilização intracorpórea ou *in vivo* é a prática mais simples de todas as técnicas de reprodução assistida, pois referido método consiste na introdução de forma artificial do espermatozoide no interior do canal genital feminino através da utilização de uma cânula. Após a inserção do material no órgão reprodutor feminino, ou em outro local que seja apropriado, o processo segue fisiologicamente. “Pode-se considerar a IA como um auxílio dentro do processo natural de fecundação humana” (SAUWEN, HRYNIEWICZ, 2008, p. 89). No processo de inseminação artificial, assim como ocorre no processo natural de reprodução, também pode ocorrer ou não a fecundação do óvulo. As causas médicas que levam a utilização da técnica de

³² A fertilização *post mortem* consiste na implantação de material genético no útero da mulher, com material de doador falecido. A técnica de fertilização *post mortem* se torna possível a partir das modernas técnicas de criopreservação do material genético do doador.

inseminação artificial, segundo Diniz (2014, p. 685) são a impossibilidade procriar por haver obstáculo ao acesso de elementos fertilizantes pelo ato sexual como “esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.”. E ainda acrescenta que a inseminação:

será *homóloga* se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e *heteróloga* se o material fecundante for de terceiro de que é o doador, desde que não seja o médico responsável pela clínica ou pelo serviço, nem qualquer dos integrantes da equipe multidisciplinar que atua no programa de reprodução assistida. (DINIZ, 2014, p.685/686)

Em resumo, a reprodução homóloga ocorre quando o material fornecido para a técnica de reprodução é do casal (homem e mulher) diferente da reprodução heteróloga³³ que se utiliza de material genético de terceira pessoa, ou seja, de doador, que não é parte da relação conjugal para se reproduzir, como é o caso por exemplo, dos casais homossexuais que dependem de material genético de terceiro (homem ou mulher) para poder ter filhos.

3.3.2 Transferência intratubária de gametas - GIFT

Outra técnica de inseminação artificial é também conhecida como transferência intratubária de gametas, ou método GIFT (*Gamete intra fallopian transfer*) e “consiste na inseminação de espermatozoides diretamente nas trompas. Tem a finalidade de propiciar a reprodução evitando os problemas éticos da reprodução *in vitro*”. (BONAMIGO, 2012, p. 174). Referida técnica é utilizada sem que haja qualquer tipo de manipulação externa de óvulo ou de embrião. Maluf (2013, p. 199) explica a transferência intratubária de gametas, como sendo “transferência de espermatozoides e oócitos, previamente captados, que são aproximados para a tuba uterina, dando margem para a fertilização natural nessa região. Portanto, refere-se à fertilização *in vivo*”. Referida técnica é indicada para os casos em que a mulher tenha ao menos um trompa saudável. Silva (2002, p. 59) elucida que:

³³ As técnicas de reprodução assistida que consistem na utilização de material de doador, ou seja, heterólogos, podem acarretar em diversos problemas jurídicos para o doador e para o receptor do material.

nesta modalidade, após a estimulação da ovulação, os óvulos são aspirados e, com a ajuda de um fino cateter onde já se encontram os espermatozoides, previamente coletados e preparados, são transferidos para as trompas de falópio. Habitualmente, são transferidos quatro óvulos, dois em cada trompa ou três em uma trompa e um na outra com 100 mil a 1 milhão de espermatozoides.

As condições oferecidas nesta técnicas são muito semelhantes às de um encontro sexual, sendo a sua taxa de êxito semelhantes à da fertilização *in vitro* qual seja de 3 a 8%. É importante ainda mencionar que o procedimento exige internação da mulher, bem como a aplicação de anestesia geral.

3.3.3 Transferência intratubária de zigoto – ZIFT

A transferência intratubária de zigoto, também conhecida como método ZIFT (*Zibot intra fallopian transfer*), que segundo Maluf (2013, p. 199) consiste “na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta com sêmen do marido ou de doador, para depois introduzir o embrião diretamente em seu corpo, em seu útero ou no de outra mulher”, de modo que nesta técnica, a transferência do zigoto para a tuba uterina ocorre quando a célula fusionada encontra-se no estágio embrionário de duas células – no início da clivagem; neste caso, o zigoto é transferido para a trompa ao invés de ser colocado no útero.

3.3.4 Fertilização *in vitro* - FIVETE

A fertilização *in vitro* convencional, ou seja, com transferência intrauterina de embriões (*fertilization embryo-transfert- FIVETE*), “consiste em permitir o encontro do óvulo com o espermatozoide fora do organismo da mulher, numa placa de cultura ou num tubo de ensaio” (SILVA, 2002, p. 60). Ocorre em todos os casos em laboratório com a posterior transferência de embriões ao útero materno. O processo consiste basicamente em, estimular a ovulação através da utilização de hormônios, o que resulta na formação de vários folículos maduros, os óvulos são colhidos por punção guiada por técnica de ultrassonografia endovaginal. Após, esse procedimento de punção os óvulos são colocados juntamente com os espermatozoides num recipiente que recebe o nome é placa de Petri, e daí finalmente são fecundados. O processamento se dá num ambiente de com 5% de gás carbônico, a uma

temperatura de 37°, para depois de 24 a 48 horas os embriões formados (contendo já de 4 a 8 células – blastômeros³⁴) a partir desse processo, serem transferidos para a cavidade uterina (MALUF, 2013). A FIV, assim conhecida pela ciência, é empregada em até 15% das causas de infertilidade de origem masculina, porém, é mais comum para a correção de problemas de ordem feminina, qual seja, “um obstáculo que impede o encontro dos gametas masculino e feminino (infertilidade tubária)³⁵ ou, mais raramente, a destruição dos espermatozoides no organismo da mulher (infertilidade imunológica)” (SILVA, 2002, p. 60). É importante ainda mencionar que assim, como na inseminação artificial, a técnica de fertilização *in vitro* também pode se dar de forma homóloga ou heteróloga, vez que é possível a inserção de material genético do próprio casal ou de doador no útero da mulher³⁶.

A fertilização *in vitro* envolve diversas etapas e técnicas a saber: a) estimulação da produção de gametas femininos; b) obtenção de gametas masculino e feminino; c) armazenagem de gametas; d) fertilização dos óvulos (gametas e femininos); e) cultura *in vitro* dos zigotos em clivagem; f) criopreservação dos conceitos; e, g) introdução dos conceitos na cavidade uterina da mulher.

Porém, é necessário fazer de forma breve a exposição de cada uma das etapas, o que é feito de forma detalhada por Silva (2002, p. 62/63/64/65/66) da seguinte maneira:

a estimulação da produção de gametas, concentra seu esforço na alteração das relações hormonais que dizem respeito à ovulação. Na ovulação natural há a liberação, [...] de apenas um óvulo por ciclo endometrial; na ovulação estimulada, as mulheres recebem diversas injeções de hormônios, aplicadas no abdômen, e os folículos ovarianos produzem, em média 15 óvulos. [...] Como consequência, a síndrome de hiperestimulação ovariana também é um risco da FIV. [...] A obtenção dos gametas feminino e masculino sujeita-se a diferentes procedimentos. Regra geral, os espermatozoides são coletados ou por masturbação, após um período de abstinência sexual de três a cinco dias, ou através de relação sexual,

³⁴ Blastômero é o estágio ao de mórula.

³⁵ É importante deixar claro que a infertilidade tubária, na maioria das vezes não se refere a infertilidade primária, mas sim, a secundária, ou seja, aquela proveniente de procedimentos de laqueadura.

³⁶ Silva (2002, p. 61) menciona que “questão de extrema complexidade que a técnica em questão suscita, tanto na fertilização homóloga quanto na fertilização heteróloga, é relacionada com o “comodato de útero”, também denominado “maternidade de substituição”, recurso invocado, regra geral, quando à causa da infertilidade soma-se a dificuldade de gestação, como na hipótese de má-formação uterina. Assim, em casos em que a mulher fisicamente não pode ou, por mero capricho, não quer engravidar, ou ainda no contexto de casais homossexuais, a FIV possibilita o recurso de “mães de substituição”.

utilizando para tal fim um preservativo especial. [...] A coleta de óvulos envolve sempre assistência tecnológica: o monitoramento contínuo do curso da ovulação estimulada e sua aspiração dos folículos maduros. Isso é tradicionalmente feito com o uso da laparoscopia, que requer a inserção de um instrumento de visualização através de uma pequena fenda feita na parede abdominal da mulher e de uma agulha de aspiração que é inserida no interior do folículo maduro. [...] A armazenagem de gametas masculinos, em certas situações, é etapa necessária, embora, normalmente, os gametas masculino e feminino sejam colocados junto para a fertilização pouco depois de coletados. [...] Mediante o manuseio de técnicas recentes, após a coleta, é possível congelar os gametas masculinos durante anos, sem que percam a capacidade de fertilização (os espermatozoides são colocados em preparados glicerizados na temperatura do nitrogênio líquido: -196°C) [...] a fertilização dos óvulos pressupõe a sua maturação. Ocorre que os óvulos aspirados de uma mulher encontram-se em diferentes estágios. Assim, os óvulos imaturos são cultivados por breve período para que se tornem mais fertilizáveis. [...] A cultura *in vitro* dos zigotos em clivagem dura de 4 a 8 células, antes de considerá-los aptos para a implantação do útero. [...] A criopreservação dos conceptos para futuras transferências consiste em sua exposição a crioprotetores, desidratação e sujeição a temperaturas muito baixas (geralmente -100°C), para que toda a sua atividade metabólica seja interrompida. Dessa forma, tenta-se reduzir ao máximo o dano criado pelos cristais de gelo, que são capazes de romper membranas e organelas intracelulares. [...] Considera-se que os conceptos que sobrevivem ao processo de congelamento/descongelamento têm uma perda de 50% de sua constituição biológica. Na transferência para o útero dos conceptos criopreservados verifica-se uma taxa de perda de 93 a 96% após o descongelamento. A criopreservação de células em estado de pronúcleo, isto é, de óvulos já fertilizados, tem-se apresentado como uma alternativa técnica na medida em que supera as dificuldades relativas ao congelamento/descongelamento de óvulos não fertilizados, e não caracteriza a concepção humana propriamente dita. [...] A introdução dos conceptos no fundo do colo uterino da mulher é etapa tecnicamente simples, embora seja a mais sujeita ao insucesso. Em não se tratando de conceptos criopreservados, a introdução ocorre geralmente entre 48 e 72 horas após a aspiração dos óvulos, no estágio de 4 e 8 células. [...] No plano procedimental, a transferência envolve a inserção de um cateter pelo orifício cervical da mulher, o que dispensa a anestesia. Após algumas horas de repouso, há a alta hospitalar.

É importante ainda mencionar que a probabilidade de gravidez múltipla nesse processo é muito comum nesse processo, mais comum do que nos processos de fertilização natural, assim, como a incidência de abortamento espontâneo. Por fim, a técnica é indicada para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou síndromes dos ovários policísticos.

3.3.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI

Como o próprio nome já diz, esta técnica consiste na aplicação de injeção de espermatozoide diretamente no citoplasma de um ovócito maduro, através de um aparelho desenvolvido especialmente para este fim, com microagulhas para injeção.

(MALUF, 2013). Nesta técnica de reprodução a fertilização ocorre de forma mais acelerada que o natural, “na medida em que um espermatozoide apenas é injetado, com a ajuda de uma agulha sete vezes mais fina que o diâmetro de um fio de cabelo, diretamente no interior do citoplasma ovular”. (SILVA, 2002, p. 67/68). Desenvolvida na década de 90, a injeção intracitoplasmática foi utilizada na reprodução humana antes mesmo de ser testada em animais. Está técnica exige que a mulher se submeta a tratamento medicamentoso para necessário para estimulação dos folículos ovarianos, e a coleta dos óvulos ocorre da mesma forma da fertilização *in vitro*:

quer mediante o uso de laparoscopia, com a inserção de um instrumento de visualização através de uma pequena fenda feita na parede abdominal da mulher e de uma agulha de aspiração inserida no interior de cada folículo maduro, quer mediante o recurso à aspiração através de uma agulha guiada por ultra-som (sic) (SILVA, 2002, p. 68).

Importa mencionar que a técnica de Injeção intracitoplasmática de espermatozoide (*intracytoplasmic sperm injection* – ICSI, é inviável nos casos de infertilidade resultante de tuba uterina bloqueada, ou em casos em que o número de espermatozoides seja reduzido – oligospermia. Porém, referida técnica se mostra bastante eficaz quando combinada com outras técnicas reprodutoras, como a transferência de citoplasma, a qual é indicada para mulheres que possuem óvulos fracos, cuja técnica consiste na transferência de 10 a 20% dos óvulos de uma doadora para o óvulo da paciente, objetivando a criação de embriões de melhor qualidade e com maior poder de implantação; bem como para o tratamento de homens que possuem apenas as células antecessoras dos espermatozoides, as quais são retiradas dos testículos, maturadas e inseridas no óvulo. (MALUF, 2013).

A partir da análise das Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA – é necessário diferenciar concepção de fecundação, que muito embora sejam tratados por muitos estudiosos de forma análoga e por estarem intimamente relacionados, esses conceitos representam estágios sucessivos no processo de geração do ser humano.

Em primeiro momento, quanto a fecundação, cujo termo é oriundo do latim *fecundatio*, significa fertilizar, e sua ocorrência é marcada na fase de reprodução – que consiste na fertilização do óvulo pela esperma. Maluf (2013, p. 198) afirma que “comporta tanto a fecundação natural, quanto a artificial, decorrente de manipulação,

a qual se dá pela fertilização *in vitro* ou pela inseminação no corpo da mulher”. Quanto à concepção, ocorre no momento posterior ao da fecundação e representa o encontro entre o material genético feminino e masculino. Tem-se a possibilidade de duas formas comumente conhecidas pela biomedicina, quais sejam: a concepção natural e a concepção não-natural. Numa linguagem mais tradicional, a concepção natural ocorre através do ato sexual entre homem e mulher, cujo ato promove o encontro dos órgãos genitais masculino e feminino. Sob a ótica de Silva (2002, p. 50) a concepção natural é “consequência do encontro sexual entre um homem e uma mulher, ambos em idade fértil”. A concepção natural só é possível de ocorrer, sob as seguintes condições:

- a) Que o homem produza nos testículos espermatozoides com capacidade de fertilizar; b) que a mulher produza nos folículos ovarianos um óvulo maduro; e c) que haja o encontro de apenas um espermatozoide com o óvulo na tuba uterina da mulher, desencadeando os eventos que culminarão com a fusão dos pronúcleos masculino e feminino (SILVA, 2002, p. 50).

Em linhas gerais, a concepção natural só ocorre quando homem e mulher produzirem de forma natural o material genético com capacidade de fertilização. Por outro lado, a concepção não-natural consiste na necessidade de intervenção médica para que a fertilização aconteça. Silva (2002, p. 50) explica que a concepção não-natural “é consequência imediata da intervenção biomédica, visando a contornar as causas relacionadas à infertilidade humana”. Geralmente recorre-se a concepção não-natural quando o material genético de uma das partes não é adequado para que a fertilização ocorra.

É certo porém que, em ambas as formas de concepção ocorre é preciso acontecer a fusão entre o material genético feminino (óvulo) com o material genético masculino (espermatozoide), cuja junção dá origem ao zigoto, ou seja, “quando a informação veiculada pelo espermatozoide vai se encontrar com a que está no óvulo: uma nova constituição humana se manifesta imediatamente e um novo ser dá início à sua existência” (SANTOS, 1998, p. 147). Em regra a concepção ocorre entre doze e vinte e quatro horas após a fecundação dos gametas femininos pelos gametas masculinos³⁷.

³⁷ Enquanto a primeira visa, basicamente, a realizar o desejo de ter filhos, a segunda consiste nas inúmeras técnicas de manipulação de material genético, podendo alterar a sua estrutura natural” (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2008, p. 88).

Desta forma, estudadas todas as Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA -, seus procedimentos e implicações genéticas e legais, passamos à análise de todo o aqui exposto em conjunto com a Decisão do Supremo Tribunal Federal – ADIN ° 3510.

4 O CONCEITO DE NASCITURO FRENTE À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADIN Nº 3510: ALGUMAS REFLEXÕES

O presente capítulo visa analisar a Decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, que trata da utilização de embriões *in vitro* pra pesquisas terapêuticas, cuja previsão legal encontra-se no artigo 5º da Lei 11.105/2005.

Este terceiro capítulo vem demonstrar a possível necessidade de uma nova conceituação de nascituro, bem como a possibilidade de criação de uma nova teoria da personalidade civil, visto que o Código Civil Brasileiro de 2002, adota a teoria concepcionista como marco da personalidade civil, entendendo que a personalidade civil se dá a partir da concepção.

Contudo, o que se pretende demonstrar é que diante da decisão do Supremo Tribunal Federal e das novas técnicas de reprodução humana assistida, essa teoria talvez não venha mais a se aplicar.

4.1 AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3510: ASPECTOS GERAIS

Inicialmente, antes de entrar especificamente na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510, é de extrema importância que se estabeleça alguns conceitos, para a compreensão da temática.

O controle concentrado de constitucionalidade tem por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional e tem como objetivo principal “expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidação da lei ou ato normativo” (LENZA, 2012, p. 286). Por lei entende-se todas as espécies normativas estabelecidas no artigo 59 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Quanto aos atos normativos, entende-se como tal, as resoluções administrativas dos tribunais e os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.

O controle concentrado de constitucionalidade é composto por quatro mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, a saber: Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC),

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Conceitualmente, o mecanismo que mais se mostra interessante e necessário de conceituação é a Ação Direta de Inconstitucionalidade que tem por objetivo declarar inconstitucional lei ou ato normativo que contrarie às normas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. Extraído diretamente do verbete do sítio do Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é a “ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contrária a Constituição Federal” (STF, 2015a). Tratando-se de controle concentrado a competência para processar e julgar essas ações, quando o parâmetro for norma da Constituição da República é reservada ao Supremo Tribunal Federal³⁸.

Quanto a legitimidade ativa para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, deve ser respeitado o estabelecido pelo artigo 103 da Constituição Federal de 1988, transcrito:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 2015a)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de interpretação dada ao texto constitucional, estabeleceu uma distinção entre os legitimados ativos, dividindo-os em dois grupos, universais e especiais. Os legitimados ativos universais podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), independentemente da existência de pertinência temática³⁹. Enquadram-se nesta categoria o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da

³⁸ Contudo será de competência do Tribunal de Justiça, quando a norma for proveniente da respectiva Constituição Estadual.

³⁹ Pertinência temática é exigência imposta ao órgão que deseja discutir constitucionalidade de lei demonstre de forma clara que a decisão final possui ligação direta com o interesse e com a atividade desenvolvida pelo órgão ou ente.

República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Já os legitimados ativos especiais, são aqueles dos quais se exige pertinência temática como requisito implícito de legitimação. Consiste no nexo entre a norma questionada e os objetivos institucionais específicos do órgão ou entidade, de modo que a pertinência temática deverá ser demonstrada pela Mesa de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador de Estado e do Distrito Federal, bem como pelas confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (NOVELINO, 2014).

Quando o vício de inconstitucionalidade se mostrar idêntico para todos os destinatários, a pertinência temática não impede o amplo conhecimento da ação nem a declaração de inconstitucionalidade da norma para além dos indivíduos representados pela entidade requerente.

Por fim, é importante aqui mencionar que com exceção dos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, todos os demais legitimados possuem plena capacidade postulatória especial, sendo inclusive, dispensável a representação por meio de advogado.

Assim, realizadas as conceituações acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que eram necessárias e de extrema importância para o entendimento da matéria, outros aspectos também se fazem necessários para a compreensão e desfecho deste último capítulo. Deste modo, far-se-á uma síntese da Adin nº 3510, elencando os principais aspectos e a fundamentação que motivou a decisão final.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510, proposta no ano de 2005, teve por objeto, especificamente, o artigo 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, “Lei de Biossegurança”. Referida Lei regulamenta, no Brasil, além da criação de inserção ambiental de Organismos Geneticamente Modificados - OGMS -, a pesquisa genética em embriões humanos gerados por fertilização *in vitro*. Contudo, antes de dar prosseguimento é necessário colacionar o artigo 5º da referida Lei de Biossegurança, que segue:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2015g)

Proposta pelo Procurador-Geral da República, conforme artigo 103, VI da Constituição Federal de 1988, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em pauta, trouxe à tona um debate político axiológico muito relevante para a sociedade, ao menos ao que parece, pois, como se pode perceber, há uma enorme e vasta participação dos vários setores políticos-ideológicos, registrando-se ainda a juntada de pareceres do *amici curiae*⁴⁰, bem como os concorridos debates nas audiências públicas promovidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A relevância do assunto em pauta foi devidamente comprovada após a conclusão do juízo de admissibilidade da ADI, pelo Supremo Tribunal Federal, que lastreado pelo artigo 102, I, a, da Constituição Federal de 1988, concluiu positivamente pelo recebimento da ação, sob a seguinte argumentação: “[...] consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal” (STF, 2015b).

Foram participantes da fase postulatória, o Procurador Geral da República, que atuou como requerente, o Presidente da República, representado pelo Advogado Geral da União, e o Congresso Nacional, ambos como requeridos. O Supremo Tribunal Federal ainda admitiu a participação de terceiros, na qualidade de *amicus curiae*, estes representados por Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH -, Movimento em prol da Vida – MOVITAE -, ANIS –

⁴⁰ *Amicus Curiae* significa “Amigo da Corte”. Sendo admitida sua intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade, por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Importante lembrar que o *amicus curiae* não atuam como partes no processo, mas sim como interessados na causa. (STF, 2015a) Em suma, a sua participação nas Ações de Inconstitucionalidade é estritamente como um colaborador da Corte, no sentido de se chegar a uma decisão bem fundamentada no direito vigente.

Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero, e, Coordenação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

O autor fundamentou seu pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, sob a afirmação de violação ao direito à vida, cujo direito fundamental está resguardado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como à dignidade da pessoa humana, amparada no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988. Sobre a ótica constitucional dos direitos em pauta, mais especificamente ao direito à vida, tem-se que o direito brasileiro não possui entendimento uníssono ao seu respeito. Conforme analisado anteriormente, apesar da certeza quanto ao termo final da vida humana, ou seja, a morte cerebral, o direito brasileiro não possui posicionamento consolidado acerca do início da vida humana, muito embora a existência de várias teorias norteadoras que insistem em tentar explicar o exato momento em que ela se inicia, ainda não é possível assegurar o termo inicial. Desta forma, segundo o autor, a vida estaria sendo violada “porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (STF, 2015b). Ainda sob o mesmo diapasão o autor da petição – Procurador Geral da República – com a finalidade de sustentar a sua tese, argumenta que:

a) “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias (STF, 2015b, p. 143/144).

Dada a relevância social do objeto em questionamento, a Suprema Corte convocou uma audiência pública para discutir a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias⁴¹ e as suas implicações. O debate ocorrido configurou duas nítidas correntes de opinião.

A primeira corrente declara que não existiria consenso no meio científico acerca do início da vida humana, tampouco há referência na Constituição Federal de 1988 sobre o tema. Atribui ao embrião “função de auto-constitutividade que o torna

⁴¹ Células-tronco “são elementos primários encontrados em todos os organismos multicelulares que, devido à sua plasticidade, retêm habilidade de se renovar por meio da divisão celular mitótica, podendo diferenciar-se em uma vasta gama de tipos de células especializadas e fazer cópias de si mesmas (ZATZ, 2004 *apud* JÚNIOR; SANOMYA; FERRARO, 2009, p. 39).

protagonista central do seu processo de hominização se comparado com o útero (cujo papel é de coadjuvante, na condição de habitat, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento)” (STF, 2015b) A argumentação desta corrente continua no sentido de que a retirada de apenas uma célula da unidade/embrião é capaz de causar-lhe a destruição, correspondendo assim, a prática de um aborto disfarçado, pois, segundo a corrente, mesmo *in vitro* já existe uma criatura nesse organismo. Sob mesmo enredo, continua a sua explanação no sentido de que:

A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida* (STF, 2015b, p. 147/148).

Além, de considerar a existência de pessoa humana desde o momento da fecundação, ainda acrescentou, que a ideia de zigoto ou óvulo já fecundando como um simples embrião é reducionista, porque o certo é tê-lo com um ser humano embrionário, vez que a pessoa está em estágio de embrião, e não o embrião em estágio de ser pessoa.

A segunda corrente, no entanto, defende com mais afinco a pesquisa com células-tronco embrionárias de modo que as células embrionárias são dotadas de mais plasticidade ou de superior qualidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos ou sistemas. Referida corrente não se compadece por dores morais, pois, apesar de considerar o embrião *in vitro* um ser vivo, de modo que possui certas diferenças daquele embrião *in vivo* que irrompe das entranhas de uma mulher, “Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo” (STF, 2015b). Assim, estando na dependência do útero materno para que o embrião evolua na forma de pessoa, não se pode falar em evolução enquanto pessoa, já que o embrião enquanto *in vitro* representa apenas um amontoado de células, que só podem evoluir mediante um útero.

A fim de ilustrar a dicotomia existente na visão dos temas, duas professoras, de genética e biologia, Mayana Zatz e Lenise Aparecida Martins Garcia, foram

convidadas a estarem presentes no dia da audiência pública, para explicarem o início da vida humana, de modo que ambas divergiram em seus posicionamentos. Assim, a transcrição da explanação das duas professoras são necessárias a ponto de melhor ilustrar a problemática suscitada. A professora Mayana Zatz defendeu que:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença (STF, 2015b, p. 150/151).

Nota-se que a teoria adotada pela primeira professora é no sentido de que não há violação à vida quando da utilização de células-tronco embrionárias, de modo que não há vida sem intervenção humana, ou seja, enquanto congelado os embriões *in vitro* não sofrem nenhum tipo de intervenção. Como serão utilizados para pesquisa, jamais chegarão ao útero, não havendo dessa forma aborto.

Em contrassenso a professora Lenise Aparecida Martins Garcia defende que:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepitível. (STF, 2015b, p. 151)

O segundo entendimento é no sentido de que a vida humana se inicia a partir da fecundação, da mesma forma que foi colocado pelo autor da ADIN, defendendo que por ser o embrião dotado de carga genética própria, já possui todas as características irrepitíveis de um ser humano, logo é considerado como tal. Diante dessa desarmonia de entendimentos nota-se que nem mesmo ciência conseguiu chegar a um consenso sobre o início da vida humana, de modo que divergem grosseiramente em diversos aspectos.

Os amigos da corte “*amicus curiae*” exararam os seus pareceres, tendo sido admitidos pela Suprema Corte apenas quatro deles. De todo modo, faz-se importante ao menos explicar de modo superficial os fundamentos jurídicos utilizados nos pareceres.

O Parecer exarado pela Conectas Direitos Humanos, representando também outra organização a Centro de Direitos Humanos –CDH sustentou sinteticamente que um embrião não poderia ser juridicamente equiparado a uma pessoa. A lei segundo essas instituições seria clara ao permitir a pesquisa apenas com embriões inviáveis, que sequer teriam expectativa de ainda se tornar vida, razão pela qual deveriam servir às pesquisas terapêuticas, viabilizando a busca por soluções que preservem a vida e a dignidade humana de pessoas que sofrem com doenças graves. Ainda, segundo as Organizações Não Governamentais, a Constituição Federal de 1988 não trata do direito à vida antes da pessoa nascer, limitando-se a prescrever a inviolabilidade do direito à vida, aos brasileiros natos, assim entendidos os já nascidos.

O Movimento em Prol da Vida – MOVITAE sustentou em seu parecer que sob a análise doutrinária e técnica, que a fertilização *in vitro* praticada em conjunto com a reprodução assistida de casais que procuram ajuda médica para satisfazerem o seu desejo de serem pais, resulta da aquisição de embriões inviáveis/excedente, os quais seriam congelados na esperança de, eventualmente, serem utilizados para futuro procedimento, se os primeiros embriões implantados não surtisses os efeitos desejados, ou seja, se não resultassem na gravidez, sem que fosse necessário submeter a mulher a novo procedimento bioquímico desgastante para a retirada de mais óvulos. Considerando que as células-tronco são totipotentes, e podem ser utilizadas para criação de qualquer tecido humano, especialmente, para o tratamento de doenças graves, de modo que da sua utilização para pesquisas ocorreria um encontro entre ética e direito.

Exarou em seu parecer que, do ponto de vista ético, viriam em pauta ainda as teorias sobre o início da vida. A escolha pelo momento da nidação, corresponderia a uma das visões e apenas seria incompatível com a tese de que a vida se inicia a partir da fecundação. Finalmente, sob o ponto de vista jurídico, o parecer juntado pelo MOVITAE assinala que nem o direito à vida, nem o princípio da dignidade da pessoa humana, seriam violados pelos dispositivos impugnados pelos autos na ADI. Pela inexistência de violação ao direito à vida, o parecer pauta o argumento de que

a justificativa para a não utilização de células-tronco em pesquisas terapêuticas possui sentimento religioso, baseado no pressuposto de que a vida humana teria início na fecundação, equiparando embrião e pessoa humana. O texto do parecer segue apresentando a concepção civil, no sentido de que o embrião não seria nem pessoa, nem nascituro. De resto, porque a legislação fixa o fim da vida como sendo o momento da morte cerebral, o início deveria ser marcado pela constituição do tecido cerebral, no 14º dia após a concepção.

Por fim, com relação à dignidade humana fixou o entendimento de que, esta não haveria sido violada, porque o embrião continuaria sendo um fim em si, na medida em que uma suposta instrumentalização estaria excluída pelo fato de os embriões só poderem ser produzidos no contexto da reprodução assistida.

Por fim, o parecer exarado pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB defendeu arduamente pela inconstitucionalidade da Lei, afirmada na exordial pelo Procurador Geral da República, seguindo a máxima conservadora de que a vida humana tem início na concepção, bem como que o zigoto enquanto ser humano deve ter a sua dignidade protegida intransigentemente, com a permissiva de que a Lei de Biossegurança teria violado tais valores e princípios constitucionais fundamentais. Em linhas gerais, o parecer deixa transparecer um enorme desagrado com a Lei de Biossegurança, que se mostra muito restritiva para os ditames que segue a doutrina religiosa.

Após uma sucessão de votos e conclusões, a ADIN nº 3.510/DF foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, improcedente por maioria, dos votos, autorizando a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas terapêuticas, desmerecendo qualquer tipo de reparo o artigo 5ª da Lei 11.105/2005. Dessa forma, para elucidar todo o até aqui exposto, é de extrema importância a transcrição literal de alguns trechos das conclusões acerca da ADI.

O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias. [...] Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. [...] LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO

EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, [...] e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional. A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. [...] Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. [...] **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO.** O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). [...] Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. [...] O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. [...] **AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. [...] A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto. [...] **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.** [...] A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". [...] O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa

de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. [...]Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. [...] DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. [...] A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICARÃO DESSA LIBERDADE. [...] A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica. SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. [...] MPROCEDENCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. [...] ção direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (STF, 2015b, p. 134/141)

Por fim, verifica-se do texto extraído da própria Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 que o relator não vislumbrou violação ao direito fundamental à vida, como também não enxergou uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo enfatizado os benefícios da pesquisa com células-tronco embrionárias para o desenvolvimento de novas terapias que possam ser utilizadas para salvar vidas, ponderando entre os interesses jurídicos o direito fundamental à vida, notadamente, ponderou o direito à vida potencial de células-tronco com o direito à vida de pessoas nascidas enfermas. Ainda, teceu alguns comentários acerca da liberdade científica, como uma espécie de argumento à tese da constitucionalidade do artigo 5ª da Lei de Biossegurança. Contudo, nos cinco votos que compuseram a minoria, esta vencida, propuseram fundamentos na superioridade do direito à vida dos embriões e sua dignidade humana.

Assim, a partir da exposição dos aspectos gerais da decisão do Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 3.510, abre-se espaço para que se discorra acerca do direito à vida digna, cuja discussão se mostra de grande relevância para este terceiro capítulo.

4.2 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADIN Nº 3.510: DIREITO À VIDA X DIREITO À VIDA DIGNA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, é marcada por muitas controvérsias, vez que ao tratar da constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, coloca em cheque um dos mais, senão o mais importante direito fundamental, qual seja, o direito à vida.

Nota-se, contudo, que o assunto divide opiniões e levanta lamúrias, basicamente em duas correntes. A primeira, conforme levantado na exordial pelo Procurador Geral da República ao apresentar os motivos e embasamentos jurídicos do seu pedido de inconstitucionalidade da Lei, por entender que a permissão da pesquisa ofende o direito à vida, e a segunda corrente, sustentada pela teoria de que o impedimento da pesquisa seria um retrocesso científico a favor da própria vida. Desta forma, o direito à vida é confrontado sob duas vertentes: o direito de resguardar à vida de um ser humano em formação, mesmo que em sua forma mais singela e primitiva, e, por outro lado, o direito de manter a salvo a vida de um ser humano já formado, que luta pelo direito de viver com saúde e dignidade.

Parece adequado e necessário lembrar muito superficialmente que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros à inviolabilidade do direito à vida. No sentido biológico de existência, a vida “corresponde ao direito de viver, de estar vivo. Sob vida entende-se a mera e simples existência física ou corpórea” (MARTINS; SCHLINK, 2014, p. 81)⁴². Contudo, o direito à vida digna, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que a vida digna abraça o direito à saúde, educação, moradia, emprego, etc., enfim, o direito ao acesso dos bens materiais e imateriais capazes de proporcionar qualidade de vida ao ser humano.

Assim, considerando que o direito à vida, em sua forma biológica e existencial é o direito de estar e permanecer vivo, e que, o direito à vida digna é lastreado pelo acesso aos bens que proporcionam ao homem o direito de viver com decência, não obsta-se realmente à conclusão de que há um confronto de direitos fundamentais de grande relevância para a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade em

⁴² Os conceitos e entendimentos acerca do direito à vida e a vida digna já foram abordados com ênfase no primeiro capítulo deste Trabalho de Conclusão de Curso, motivo pelo qual, neste último capítulo serão apenas conceituados superficialmente.

debate, qual seja, o direito à vida frente ao direito de viver a vida com dignidade, cujo confronto poderá ser largamente percebido diante à análise dos votos proferidos pelos Ministros ao julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510. Assim, a partir deste norte, a análise dos argumentos utilizados pelos ministros em seus votos, é de extrema importância para o entendimento do celeuma em debate.

O Ministro e Relator da ADIN nº 3510, Carlos Ayres Britto votou pela inconstitucionalidade da referida Ação, utilizando o argumento legal de que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, visa o favorecimento das linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas extraídas das células-tronco embrionárias. Sob este enfoque o relator menciona na justificativa de seu voto que a realização de pesquisas no campo da medicina celular, paralelamente àquela que vem se desenvolvendo com as fontes de células-tronco de pessoas adultas, se mostra de grande importância, servindo de amostra aquelas células-tronco situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme. Uma linha de pesquisa, não invalida outra, de modo que as duas se somam, já que possuem a mesma finalidade, qual seja, de enfrentar a cura de patologias que limitam, atormentam e causam sofrimento aos seres humanos. Em complementação declara que as células-tronco embrionárias constituem uma tipologia celular que melhor se associa a possibilidade de recuperação de saúde das pessoas naturais, que se encontram em estado grave de saúde em virtudes de anomalias. Por conseguinte, argumenta que o texto constitucional não declara expressamente quando se inicia a vida humana do indivíduo, muito menos dispõe sobre as formas de vida pré-natal, e ainda, quando a Magna Carta fala em dignidade da pessoa humana, está se referindo a pessoa em sentido biográfico, espiritual e moral, de modo que, ao falar sobre a garantia de direitos da pessoa humana, está se referindo ao indivíduo pessoa, ou seja, de um ser humano já nascido, destinatário dos direitos fundamentais, à liberdade, igualdade, segurança, etc. “Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo ‘residentes’ no país (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em ‘placa de Petri’) (STF, 2015b, p. 12), ou seja, em sua conclusão a inviolabilidade de que trata o artigo 5º da Magna Carta refere-se exclusivamente a um ente personalizado, não podendo confundir, embrião, feto e pessoa humana, pois este é o produto final daqueles.

“Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos ‘feto’”. (STF, 2015b, p. 20). O Ministro ainda defende a teoria de que a vida humana se inicia a partir da fecundação do gameta feminino com o gameta masculino, bem como contempla que a Lei de Biossegurança não busca retirar do útero materno o embrião, mas sim utilizar os embriões criopreservados cuja utilização se mostra inviável ou ainda, aqueles que se encontram em período de descarte. Não utilizá-los, segundo o Relator, seria o mesmo que desperdiçá-los pois o seu destino estaria limitado a perpetuar em tubos de ensaio ou deixar que os estabelecimentos médicos descartassem esse material junto ao lixo biológico. Em analogia ao embriões criopreservados, suscitou a possibilidade de transplantes de órgãos, quando ocorrida a morte cerebral (situação em que a pessoa, teoricamente viva, não tem mais possibilidade de sentir dor, sendo por este motivo declarada morta, cessando assim a sua personalidade). Sob este norte, o paralelo que se faz com o artigo 5º da Lei 11.105/2005 é de que o embrião, não é uma vida, de modo que faltam-lhe as suas terminações nervosas, que só será possível de adquirir a partir da gestação, ou seja, não há cérebro, muito menos, cérebro em formação. O respeito à dignidade da pessoa humana – pessoa no sentido biológico, ou seja, viva – que necessita de cuidados médicos especiais, em detrimento de um embrião, congelado e inviável à implantação e desenvolvimento no útero humano também foi tem a de reflexão; bem como a necessidade deste embrião criopreservado, ter que obrigatoriamente ser implantado no útero materno para somente assim, viabilizar futura vida humana (deixando claro que a lei determina que somente seriam realizadas as pesquisas utilizando-se de embriões congelados e inviáveis em seu desenvolvimento, e que os doares desse material, ou seja, os pais, deveriam concordar em doá-los para pesquisas).

O Ministro Carlos Ayres Britto, ainda analisou analogicamente acerca do tema com os abortos excepcionais permitidos pelo Código Penal; tratou do dever do Estado de prover, em sua amplitude, saúde a todos os cidadãos, para que estes vivam com dignidade. O Relator ainda complementou o seu raciocínio com fundamentos em outros dispositivos constitucionais, como a garantia do direito à vida, ao planejamento familiar, bem como ao espírito de sociedade fraternal, o que prescinde da utilização de células-tronco embrionárias nas pesquisas com finalidade terapêuticas. Glorificou o conhecimento científico do homem, justificando que

corresponde ao mais elevado grau de desenvolvimento mental do ser humano. Da conclusão acerca do voto do Relator, ficou nítida a sua percepção quanto a Constituição Federal de 1988 tratar apenas do indivíduo pessoa, ser humano, já nascido, - desconsiderando o estado de embrião e feto, que é tratado pela legislação infraconstitucional, trazendo subsídios técnicos e sociais de uma decisão da Suprema Corte, sobre o tema. Para ele, o embrião que no contexto de um planejamento familiar não será mais útil, deverá ser utilizado para melhorar a qualidade de vida das pessoas que sofrem aguardando pela cura de doenças, já que a ciência disponibilizou essa técnica, e que o embrião teria a oportunidade de cumprir com a sua destinação de servir a espécie humana. Foi com esta última reflexão que o Ministro Relator do processo exarou o seu voto, declarando totalmente improcedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade.

Na sequência do voto do Relator, a Ministra Ellen Gracie, aproveitou para também proferir o seu voto, tendo seguido a mesma linha de raciocínio do Relator Ayres Britto, salientando porém, que a Lei de Biossegurança, chegou em um delicado momento para a ciência, pois não havia qualquer lei que autorizasse a reprodução assistida, tendo sido o legislador de 2005 chamado a deliberar acerca desses mesmos embriões excedentários ou inviáveis para a implantação no útero materno. A Lei de Biossegurança, segundo a Ministra apresenta diversos requisitos e imposições para a utilização de embriões *in vitro*, requisitos estes que reconhecem segundo ela a dignidade do material genético e o elevado grau de reprovação social pela manipulação de modo errôneo desse material, de modo que caracteriza como crime a sua comercialização, baseado na Lei de Doação de Órgãos. A Ministra em seu voto, que seguido pela fundamentada explanação do Ministro Relator, utilizou-se dos mesmos argumentos que Ayres Britto e, limitou-se a concluir que não vê qualquer tipo de violação ou ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte. E concluiu que, de todo modo, seria de plena aplicabilidade, ao caso debatido na ADIN, o chamado “princípio utilitarista”, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. Por isso, o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida, seria infinitamente mais útil e nobre do que o mero descarte destes. Ademais, concluiu, que os pré-embriões na impossibilidade de

geração de novos seres humanos, também afasta qualquer sustentabilidade à alegação de violação ao direito à vida, julgando da mesma forma, inconstitucional a Ação proposta pelo Procurador Geral da República.

O Ministro Menezes Direito, ao pedir vista para pronunciar o seu voto, iniciou a sua explanação voltado aos dogmas religiosos, indagando acerca da vida humana, bem como da formação de um novo ser. Continuou o seu voto, partindo de alguns conceitos acerca das Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA – os quais achou primordial para o desenrolar do seu voto, bem como descreveu o processo embrionário, criticando o prognóstico do elevado número de embriões que ficariam congelados, “desviando-se do seu caminho”, vez que a implantação de um único embrião no útero já seria o suficiente para o resultado almejado. O Ministro deixou claro em seu voto que a investigação científica não pode ser desconsiderada, de modo que a comparação entre as duas formas de células-tronco não pode servir de motivo para embasar a presente Ação de Inconstitucionalidade nº 3510, muito menos a tentativa de desqualificação das pesquisa com células-tronco embrionárias, tendo em vista que a ciência busca os melhores resultados com esse tipo celular. Aduz que para a obtenção de células-tronco embrionárias, segundo o método atual, o embrião humano teria de ser destruído, sendo fato inconcebível para muitos. Entende que a valoração do embrião é crucial para o debate, fazendo analogia à utilização de embriões e das Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA – em outros países – direito comparado, tendo identificado uma grande preocupação com a definição de embrião, bem como quanto ao progresso das técnicas de manipulação genética e celular, especialmente à relacionadas com os gametas e embriões. O Relator em sua conclusão arguiu que não é possível declarar constitucional ou inconstitucional uma lei que desafia a ciência e diz diretamente o que fazer com o futuro da humanidade, tanto é verdade que argumenta acerca do embrião *in vitro* da seguinte maneira:

Isso quer dizer que o embrião, mesmo *in vitro*, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar. (STF, 2015b, p. 270).

Segundo o Ministro é possível dizer que o embrião já é um ser humano, de modo que havendo a interrupção ele não virá mais a sê-lo, ou seja, ele já é um ser humano porque foi gerado para isso. O desenvolvimento do embrião é contínuo, seu coração, bem como o sistema circulatório existem porque estão presentes no embrião em potencial, os movimentos e a fala existem porque já são características intrínsecas ao embrião, caracterizando um ser humano. Da mesma forma, salienta que o sistema neural existe, porque há no embrião em potência. O Ministro lembra que produção do embrião *in vitro* serve para um único fim específico, qual seja de reprodução, e que mesmo que produzidos artificialmente, o seu destino não pode ser outro, senão a implantação do útero materno, vez que é sua vocação natural, esquece-se muitas vezes que quando gerados, assim o foram para a vida, pelo que a implantação é o seu destino. Por sua criação ter se dado de modo artificial, ficam na dependência de que algo seja feito também artificialmente, como não há interferência de cientistas após o congelamento os embriões, acaba parecendo que o aprisionamento é o destino dos embriões, o que na percepção do ministro acaba favorecendo a escolha, ao seu ver apressada, de que sua destruição para pesquisa é a destinação correta para ele. Portanto, a destruição sob a sua ótica, é o impedimento externo que corta o seu desenvolvimento, ou seja, que lhe ceifa a vida. Assim, sob todos esses argumentos, o voto do Ministro é no sentido de julgar procedente em parte a Ação Direita de Inconstitucionalidade, no seguintes termos: 1. Declarar parcialmente a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, sem redução do texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde; 2. Para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, sendo empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, sendo proibidas a seleção de sexo ou outras características genéticas, realizadas no máximo a implantação de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência; 3. No inciso I, declara parcialmente a inconstitucionalidade, a fim de que a expressão embriões inviáveis seja consideradas como aqueles que não possuem razão de ser, e os que, reconhecidamente tiverem seu desenvolvimento interrompido espontaneamente por ausência de clivagem⁴³ após o período mínimo de vinte e quatro horas; 4. Declara a

⁴³ Clivagem é a conhecida divisão celular que ocorre nos embriões, onde citoplasma é dividido em numerosas e pequenas células chamadas de blastômeros.

inconstitucionalidade do inciso II, para que os embriões congelados há três anos ou mais na publicação da Lei nº 11.105/2005, e para os já congelados nesta mesma data, dos quais, com o consentimento de seus doadores, ora genitores, por escrito, somente poderão retirar ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição; 5. Declarar a parcial inconstitucionalidade do §1º da referida Lei, para informar que o consentimento, consiste em um consentimento informado prévio e expresso, por escrito dos genitores; e, 6. Declarar a inconstitucionalidade do §2º, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias, submeta previamente seus projetos para aprovação (STF, 2015b).

Na sequência, a Ministra Carmen Lúcia exarou o seu voto de forma muito bem fundamentada, a qual inicia enfatizando como legítimas as ideias relativas à pesquisa com células-tronco embrionárias, pois afinal, pesquisa científica diz respeito à saúde, vida, liberdade de pesquisar, etc. A Ministra aduz em sua tese que não poderiam ser validadas as pesquisas utilizando-se de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, deveras que não se teria um tratamento mas sim mera experimentação em seres humanos, não se compatibilizando tal questão com o princípio da dignidade da pessoa humana, porém, não no que concerne à utilização das células-tronco embrionárias, pela discussão de sua natureza, se é pessoa ou não, mas sim, pelo fato de que a utilização desse material se daria no corpo de uma pessoa que necessita e aguarda por uma alternativa para o seu problema, ou seja, luta para viver. Daí, segundo parecer da Ministra é que surge a necessidade de interpretação da norma quanto à terapia, que, dotando-se de apoio constitucional assegura o direito ao tratamento.

Nota-se do parecer exarado pela Ministra que a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa terapêuticas, após a obtenção de um resultado consolidado acerca de sua eficiência, em tratamento voltados para a saúde não agridem a dignidade da pessoa humana, que foi assegurada constitucionalmente, pelo contrário, valoriza-a. Salienta ainda, a importância de se utilizar desse material genético após o período de descarte, de modo que, se não reaproveitado o mesmo será eliminado e acabará criando uma imensa quantidade de lixo biológico, o que de certa forma, é grave e perigoso, além de estar deixando passar a oportunidade de aproveitar aqueles embriões para garantir a dignidade da pessoa humana de pessoas que há anos sofrem aguardando por um tratamento para a sua moléstia. A

Ministra ainda é enfática ao reafirmar que o princípio da dignidade humana não se atém quem seja ou não pessoa, mas sim o que é constitucionalmente garantido no sistema é o dever do Estado e da sociedade de criarem em conjunto, condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional.

Assim, a conclusão da Ministra em seu parecer foi no sentido de que a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas terapêuticas, não violam o direito à vida, muito pelo contrário, asseverou que a sua utilização dignifica o homem com o seu aproveitamento em tratamento voltados à recuperação da saúde, julgando assim, improcedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade.

Porquanto, relacionado ao voto do Ministro Joaquim Barbosa, a sua conclusão é no sentido que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, não padece de inconstitucionalidade, pois conforme argumenta no corpo de seu parecer, não é todo e qualquer embrião que poderá ser utilizado para pesquisa científica, bem como não é obrigação dos genitores doarem esse material para pesquisa, ou seja, os embriões utilizados serão apenas aqueles produzidos *in vitro* e congelados há mais de três anos ou considerados inviáveis, bem como a doação dos embriões prescinde de expresse consentimento dos doadores do material genético, de modo que, ao final da sua exposição declara em outras palavras que a proibição da pesquisa significa o mesmo virar as costas para a evolução da ciência.

O Ministro Marco Aurélio considerou que o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, está em harmonia com o que a Constituição Federal de 1988 estabelece no tocante ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, argumentando ainda que não há tese argumentos suficientes que comprovem o início da vida humana, de modo que para ele o início da vida não pressupõe apenas o momento da fecundação, mas também a necessidade e viabilidade da gestação. Chegou ainda a levantar na hipótese de que nem mesmo se poderia afirmar plenamente que a Constituição protege a vida uterina, visto que prevê a possibilidade de aborto terapêutico, ou do filho concebido a mediante violência sexual.

Ainda quanto ao voto exarado pelo Ministro Celso de Mello, nota-se que a sua percepção foi no sentido religioso, de forma que afirmou que a continuidade das pesquisas permitiria às pessoas que sofrem com as mais diversas doenças e que se encontram postos à margem da vida. Assegura que diante das diversas teorias científicas que visam buscar o conceito bioético do início da vida humana, permite ao intérprete que totalmente desvinculado das razões de natureza religiosa, optam

pela concepção que melhor se ajusta ao interesse público e que atenda às exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando com essa orientação conferir sentido ao real significado do princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta aos proclames constitucionais que reconhecem como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde (STF, 2015b).

Para finalizar a elucidação dos votos, tem-se os votos dos Ministros Cézar Peluso e Gilmar Mendes, assim como o Ministro Menezes Direito julgaram como procedentes a Ação de Inconstitucionalidade, entendendo que as pesquisas poderiam ser realizadas, mas somente se os embriões ainda favoráveis não fossem destruídos para a retirada das células tronco.

Com a análise mesmo que superficial dos votos dos Ministros acerca do julgamento da Ação de Inconstitucionalidade em questão, nota-se que o maior choque de direito está relacionado, complexamente aos direitos fundamentais à vida e ao direito à vida digna. O direito à vida neste contexto relaciona-se, mais especificamente com a violação ao direito à vida sofrido pelo embrião pré-implanto, ao ser utilizado para as pesquisas, muito embora deve-se deixar claro, que a assim como o direito, a biologia ainda não sabe especificar a partir de que momento fatidicamente o embrião, passa a ser um ser dotado de vida, sendo esta dicotomia dividida em duas correntes conforme acima mencionado. Ademais, o direito à vida digna, pode ser entendido neste cenário, como o direito que a pessoa já nascida possui de reunir as condições necessárias para viver de forma tranquila, conforme todos os direitos sociais assegurados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, destacando-se entre eles o direito à alimentação, moradia, saúde, etc.

A partir de toda a exposição e argumentos aqui elencados, é muito importante que se esclareça que não está se buscando rediscutir a constitucionalidade da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510, mesmo porque ela já foi sabiamente discutida, pelo período de três longos anos, até a sua plena definição. O que se busca com o presente estudo é discutir através das teorias da personalidade civil, as quais se destacam: a natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, se o conceito de nascituro estabelecido pela lei civil é satisfatório para a atual fase do direito brasileiro, de modo a refletir se talvez a propositura de uma nova nomenclatura ou conceituação não seriam necessários, é o que de fato será discutido na próxima seção.

4.3 O EMBRIÃO NÃO POSSUI DIREITO AO ÚTERO: UM NOVO CONCEITO DE NASCITURO E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL APÓS ADIN 3.510

Malgrado a existência de vertentes filosóficas que discutem o início da vida humana, o desenvolvimento e avanços tecnológicos, somados ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, faz-se mister repensar as teorias da personalidade civil no direito brasileiro, em especial sobre os direitos do embrião, frente ao conceito de nascituro.

Como visto nos itens 4.1 e 4.2 deste capítulo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 tinha por objetivo declarar inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança – o qual regulamenta a possibilidade da utilização de células-tronco embrionárias, obtidas por fertilização *in vitro*, por caracterizar violação ao direito à vida do embrião. Porém, a referida ADIN foi julgada improcedente, sob a alegação de que as pesquisas realizadas a partir da utilização de embriões *in vitro* não violam o direito à vida, tampouco caracterizam aborto.

A doutrina é pacífica ao entender que a vida se inicia muito antes do nascimento, porém, é controverso na literatura científica e filosófica a delimitação do momento exato em que isso ocorre. As correntes filosóficas e científicas divergem que a vida pode ter seu termo inicial na concepção, outras afirmam ser na nidação, outras na formação do feto, etc.

Conforme suso asseverado, a lei civil brasileira também reconhece certos direitos ao nascituro, conforme é afirmado já no artigo 2º do mesmo diploma legal. Insta lembrar que o nascituro é, conforme já visto, um ser concebido, mas não nascido. Destarte, em sendo o nascituro uma continuação do embrião, bem como conceituado pela doutrina como o ser concebido, porém, ainda não nascido, e o embrião representando o ser humano no decorrer das primeiras oito semanas de desenvolvimento intrauterino, pode-se afirmar que o nascituro é sucessor do embrião no útero materno, mesmo que em se tratando do mesmo ser, porém, delimitando a ele apenas outra nomenclatura. Deste modo, não seria correto afirmar que o embrião – tanto *in vivo*, quanto *in vitro* – são seres dotados de dignidade humana, e conseqüentemente, tutelados do direito fundamental à vida?

Ora, o embrião⁴⁴ é titular de direitos, e principalmente no que concerne aos direitos fundamentais, posto que dotado de vida, já que o desenvolvimento embrionário, tem início na fecundação⁴⁵, momento em que o zigoto é formado. Neste zigoto, ficam armazenadas todas as suas informações genéticas, como cor dos olhos, cor de cabelos, cor de pele, tipo sanguíneo, além de já estarem delineadas todas as habilidades que o embrião, após se tornar pessoa terá - tudo isso determinado pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe.

A partir de todas essas informações genéticas que ficam armazenadas no zigoto, e por ser a partir dele que o embrião se desenvolve, entende-se que o embrião é ser único e irrepitível, vez que dotado de carga genética própria. Assim, acrescenta detalhadamente Rocha (2008, p. 75):

O zigoto, embrião humano unicelular, possui uma identidade genética individual, perfeitamente distinguível dos demais. Assim, cada embrião humano, desde o momento da concepção, já é geneticamente homem ou mulher e já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, tal como grupo sanguíneo, cor de pele, olhos, etc., exceção feita no caso de gêmeos idênticos e de clones hipotéticos. O embrião é, pois, único e irrepitível. A contar da fusão das células germinais, masculina e feminina, a continuidade da identidade genética é mantida por toda a vida de um indivíduo, o que garante essa identidade contínua é o genoma. O zigoto, a primeira célula da duração de uma vida humana, possui o mesmo genoma que uma pessoa terá no decorrer de toda sua vida, da concepção à morte.

Nesse sentido, em sendo o embrião *in vitro* um ser individualizado, bem como por representar uma pessoa em potencial, ele é protegido legalmente, pelas normas infraconstitucionais, no entanto, essa proteção não abrange o embrião como pessoa biográfica, conforme proteção dada pela Constituição Federal de 1988, mas sim, como pessoa em potencial.

Entretanto, é importante aludir que apesar da atribuição das condições de pessoa ao nascituro, com a garantia dos direitos fundamentais à vida, deve-se aqui mencionar que o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 2º, atribui personalidade à pessoa, cuja qualidade é intrínseca ao ser humano. Contudo, pelas teorias da personalidade civil, quais sejam a natalista, da personalidade condicional e concepcionista, o entendimento acerca de nascituro enquanto pessoa são divergentes, principalmente para as teorias natalista e concepcionista, ao passo que,

⁴⁴ Considera-se tanto o embrião *in vivo* como o embrião *in vitro*.

⁴⁵ Fecundação é o “processo através do qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o ovócito, se unem formando um zigoto, ocorre na ampola da trompa uterina da mulher” (MALUF, 2013, p. 152)

enquanto a teoria natalista, entende que a personalidade civil se dá a partir do nascimento com vida, a teoria concepcionista, adotada pelo Código Civil Brasileira de 2002, entende que personalidade civil se dá a partir da concepção. Assim, sob este aspecto, entende-se que o nascituro para a teoria concepcionista, atualmente adotada pelo Lei Civil Brasileira, é considerado pessoa.

Contudo, considerando as novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, bem como a Decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, ao pleitear a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança que autoriza a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa terapêutica, faz-se o seguinte questionamento: Quem é nascituro? O embrião *in vitro* é nascituro?

A resposta é simples, como foi possível perceber ao longo do trabalho. Entretanto, a partir da resolução dada pelo STF à ADIN 3510 entende-se que, o embrião *in vitro* apesar de já ter sido concebido – mesmo que em tubos de laboratório – ele não pode ser considerado nascituro, visto que para a Decisão Supremo Tribunal Federal, para ser nascituro não basta ser concebido, visto que o embrião *in vitro* já passou por toda essa fase, para que ele seja reconhecido como embrião é preciso que ele tenha sido implantado no ventre materno, visto que a decisão do Supremo Tribunal Federal não concede aos embriões criopreservados o direito ao útero, porque se assim o fizesse, estaria violando a liberdade fundamental de da autonomia da vontade, ao planejamento familiar. Se o direito do embrião ao útero materno fosse reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, estaria obrigando às pessoas que se submetem a essas práticas à implantar todos os embriões, o que é inaceitável, pois caso contrário estaríamos diante de violação à dignidade da pessoa humana dessas pessoas.

Assim, diante de todos esses argumentos, é importante a seguinte reflexão: A partir das novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, e da Decisão do Supremo Tribunal Federal n.º 3.510, há a necessidade e uma nova conceituação para o nascituro? E seria pertinente criar ou rever as teorias sobre o início da personalidade civil?

Considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou Constitucional a Lei n.º 11.105/2005, ao decidir que a utilização de células-tronco embrionárias não configura violação ao direito à vida do embrião, e as novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, tem-se que:

A partir dos aspectos suso mencionados, conclui-se um novo conceito de nascituro deve ser repensado, haja vista que, o Código Civil Brasileiro de 2002, ao adotar a teoria concepcionista, entende que a personalidade civil começa a partir da concepção. Contudo, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como com o advento das novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, entende-se que não basta que o embrião tenha sido concebido, mesmo porque já passou por esse procedimento, para que ele venha a adquirir personalidade é necessário que ele tenha sido implantado no útero materno. Igualmente ao conceito de nascituro, entende-se que as Teorias da Personalidade Civil, também tendem a demandar alguma revisão, na medida em que a teoria concepcionista adotada pelo Código Civil/2002 não se mantém incólume após a supremacia conferida pelo Supremo Tribunal Federal à teoria natalista em sede constitucional.

Enfim, conclui-se que as novas tecnologias, especialmente as novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida pressionam o sistema jurídico, em âmbito legal, jurisprudencial e doutrinário, a rever conceitos relativamente consolidados há muito tempo, a fim de que se mostre apto a responder às demandas sociais e bioéticas em observância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

5 CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão curso procurou analisar o conceito de nascituro assim como as teorias sobre a personalidade civil, frente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º n.º 3.510. Buscou-se verificar a necessidade de uma nova conceituação de nascituro, bem como da criação de uma nova teoria a respeito da personalidade civil pelo Código Civil de 2002.

Sob esta perspectiva delineou-se a hipótese de que talvez seria necessária a alteração na conceituação de nascituro ou quem sabe até mesmo a sua extinção, quanto às teorias da personalidade civil, verificou-se a possível revisão do entendimento das teorias natalista, da personalidade condicionada e da teoria concepcionista.

Na busca pela obtenção de uma resposta à hipótese formulada, utilizou-se do método de pesquisa hipotético dedutivo, na medida em que primeiramente buscou-se abordar os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, a fim de justificar a importância do direito fundamental à vida, bem como a sua inviolabilidade, ainda buscou os fundamentos dos princípios bioéticos, bem como os fundamentos e os procedimentos das técnicas de reprodução humana assistida, para ao final fazer relação desses conceitos e fundamentos com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

Destaca-se que o referencial teórico que subsidiou a presente pesquisa trouxe: Sobre as teorias da personalidade civil, Lei de Introdução e Parte Geral, do autor Flávio Tartuce, sobre os princípios bioéticos, O Estado Atual do Biodireito, da autora Maria Helena Diniz, Curso de Bioética e Biodireito, da autora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, Pesquisas com Células-Tronco Implicações Éticas e Jurídicas, do autor Asdrubal Franco Nascimbeni, no que tange as teorias da cariogamia e do pré-embrião, Introdução do Biodireito Investigações Político-Jurídicas Sobre o Estatuto da Concepção Humana, do autor Reinaldo Pereira e Silva.

Frente a isso, o problema de pesquisa deste trabalho foi verificar a necessidade de rever os conceitos de nascituro e das teorias natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, tendo em vista a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 do Supremo Tribunal Federal.

Diante deste cenário, a hipótese que se vislumbrou foi de que quicá, a necessidade de alteração na conceituação de nascituro e/ou a sua extinção. Sendo que, no tocante as teorias sobre o início da personalidade, verificou-se a possível necessidade de revisão do entendimento das teorias natalista, da personalidade condicionada e concepcionista.

Com a finalidade de nortear a pesquisa, o objetivo geral foi definido na medida de analisar as teorias da personalidade civil, quais sejam, a teoria natalista, da personalidade condicionada e concepcionista, bem como do conceito de nascituro, indicando em que medida esses conceitos sofrem modificações no contexto das novas técnicas de reprodução humana assistida, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

Constituíram os objetivos específicos dessa pesquisa, o estudo a respeito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, entre os quais se destacam o direito à vida, à saúde e o direito de personalidade, a reflexão acerca dos quatro princípios basilares da bioética, quais sejam, princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência e princípio da justiça, a análise das teorias da personalidade, entre elas, teoria natalista, concepcionista e da personalidade condicionada, conceituando de forma aprofundada nascituro, o conhecimento acerca dos elementos técnicos e conceitos da reprodução humana assistida – RHA, mencionando acerca dos embriões excedentários, a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, e seus impactos nas teorias da personalidade, de modo a identificar e compreender elementos de possibilidade de revisão na conceituação de nascituro e/ou sua possível extinção, bem como quanto à possibilidade de revisão no entendimento das teorias natalista, da personalidade condicionada ou mista e concepcionista.

A fim de obter uma resposta para este trabalho buscou abordar primeiramente o direito fundamental à vida, bem como quanto a sua inviolabilidade, sendo este direito fundamental um dos basilares da Carta Magna de 1988. Abordou-se ainda na sequência o princípio da dignidade humana, tendo buscado embasamentos para fundamentar a importância do direito à vida. Na sequência foram ainda destacados os princípios bioéticos, dentre os quais destacam-se o princípio da beneficência, que impõe, fazer o bem, utilizando de todos os métodos possíveis para que isso aconteça, o princípio da não-maleficência, por sua vez, traz a proibição de praticar o

mal, da autonomia que se traduz em realizar as vontades do paciente, quando este puder expressá-la, e da justiça, o qual reflete na exigência de tratar os paciente de forma isonômica. Todos os quatro princípios, no entanto, regem a ética médica, principalmente entre a relação médico e paciente, foram destacadas a importância de cada um deles frente aos direitos humanos. As teorias da personalidade civil também foram abordadas, quais sejam: a natalista, a qual segue a tese de que a personalidade civil, começa do nascimento com vida, da personalidade condicionada, embora entenda que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, mantém seus direitos sob condição suspensiva, e concepcionista, a qual defende a ideia de que a personalidade se inicia a partir da concepção, as teorias da cariogamia e do pré-embrião, também foram abordadas a fim de demonstrarem as suas divergências acerca do momento inicial da vida humana, para posteriormente abordar acerca das novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Por fim o terceiro e último capítulo, debruçou-se sobre a ADIN 3.510, tendo em primeiro momento se preocupado em explicar o que é uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, expondo os seus aspectos gerais, para posteriormente, relacionar a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.510 com o direito à vida e o direito à vida digna, para ao final poder debater acerca do tema crucial para a pesquisa, qual seja da necessidade de uma nova conceituação para o nascituro, bem como explicar acerca das teorias da personalidade, se há ou não a necessidade de uma revisão pela Lei Civil Brasileira. Sobre este último tópico foi realizada a análise do atual conceito de nascituro frente a ADIN n.3.510 e as novas técnicas de reprodução humana assistida, de modo que de acordo com a teoria concepcionista o direito à vida se inicia da concepção, e, considerando que o embrião *in vitro* já foi concebido, bem como que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIN adotou a corrente natalista, bem como partindo-se do pressuposto que o Código Civil de 2002 adota a teoria concepcionista.

Diante destas considerações, entende-se que a hipótese elaborada no início desta pesquisa veio a se confirmar, vez que a conclusão foi no sentido de que diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como com o advento das novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, entende-se que não basta que o embrião tenha sido concebido, mesmo porque já passou por esse procedimento, para que ele venha a adquirir personalidade é necessário que ele tenha sido

implantado no útero materno. Igualmente ao conceito de nascituro, entende-se que as Teorias da Personalidade Civil, visto a necessidade de implantação.

6 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo:Saraiva. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.
- BONAMIGO, Elcio Luiz. **Manual de bioética: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: All Print Editora, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2015a.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 13 out.2015b.
- BRASIL. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Brasília: Unesco. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 14 set. 2015c.
- BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 13 set 2015d.
- BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 25 set. 2015e.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 05 set 2015f.
- BRASIL. **Lei de Biossegurança**. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2005/Lei/L11105.htm> Acesso em: 12 out 2015g.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1992.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica 2009**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122> Acesso em 23 out. 2015.

CREMESP. **Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>> Acesso em: 08 set. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Gustavo Dantas. **A proteção do direito fundamental à vida e as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07022011-154645/pt-br.php>> Acesso em: 25 out 2015.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANÇA. **Declaração Internacional dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 13 set 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNIOR, João Carlos Leal; SANOMYA, Renata Mayumi; FERRARO, Valkíria A. Lopes. **Da possibilidade do uso de células-tronco embrionárias em período de**

descarte: o conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Londrina: 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão**. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Biodireito em discussão**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MITRE, Maya. **Ciência e política na era das novas biotecnologias: uma análise do marco regulatório brasileiro à luz de outras experiências**. Belo Horizonte: 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8R4NBY/maya_mitre_tese_de_doutorado.pdf?sequence=1 Acesso em: 30 set. 2015

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Penã. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e de Biodireito**. 2.e.d. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Pesquisas com Células-Tronco: Implicações ética e jurídicas**. São Paulo: Lex, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

PENHA, Ariéle Roberta Brugnollo. **Alimentos gravídicos frente à legalidade da interrupção gestacional de fetos anencéfalos**. Presidente Prudente: 2012. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/3046> Acesso em: 25 out 2015.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião: uma leitura a partir do princípio da dignidade pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2012.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais da bioética.** São Paulo: Loyola, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Dos direitos humanos e o princípio da dignidade humana.** São Paulo: Malheiros, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida: células-tronco, limites éticos e jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei: implicações médico-legais.** São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 6. ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: I- fundamentos e ética biomédica.** São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana.** Osasco, 2010. Disponível em: http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2010/Camila_Francis.pdf Acesso em: 25 out 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana.** São Paulo: LTR, 2002.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos.** São Paulo: LTR, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Glossário Jurídico**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>> Acesso em: 25 out 2015a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>> Acesso em: 07 set. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 6.ed. São Paulo: Método, 2010.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <[http:// unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf)> Acesso em: 15 out 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.