



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IRENE CARDOSO SANTANA**

**O EMBRIÃO EXTRACORPÓREO E SUA TUTELA JURÍDICA:  
UMA ANÁLISE SOBRE O INÍCIO DA VIDA**

Salvador  
2013

**IRENE CARDOSO SANTANA**

**O EMBRIÃO EXTRACORPÓREO E SUA TUTELA JURÍDICA:  
UMA ANÁLISE SOBRE O INÍCIO DA VIDA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Miguel Calmon

Salvador  
2013

## ATA DE DEFESA ORAL DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Nesta data do mês de Fevereiro do ano de dois mil e catorze, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, reuniu-se a banca examinadora para aferição da monografia de final de curso abaixo identificada. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência do orientador e integrantes que passaram a argüir o(a) aluno (a). A banca examinadora atribuiu ao graduando (a) as seguintes notas:

Aluno (a): Irene Cardoso Santana

Monografia: O embrião extracorpóreo e sua tutela jurídica: Uma análise sobre o início da vida.

Prof.(a). Orientador(a): Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas

Nota: ( 8,5 ) Assinatura Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas

Membros da Banca:

1. Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Nota: ( 8,5 ) Assinatura Gabriel Dias Marques da Cruz

2. Prof. Geovane de Mori Peixoto

Nota: ( 8,5 ) Assinatura Geovane de Mori Peixoto

Observações:

---

---

---

---

Salvador, 03 de fevereiro 2014.



À minha família, sem a qual não teria conseguido concluir essa etapa tão importante da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço imensamente a Deus, por ter me dado força para continuar e permitido que eu chegasse a esse momento tão importante, quando tantas vezes achei que não conseguiria.

Agradeço ao meu orientador, o professor Miguel Calmon, pelo tempo disponibilizado e pelas dúvidas tiradas, auxiliando na concretização desse trabalho.

Agradeço imensamente aos meus pais, Maria Teresa Santana e Wilmar Santana, por todo o amor, compreensão, auxílio e paciência disponibilizados a mim durante a realização desse trabalho. Sem o suporte de vocês, com certeza, teria sido bem mais difícil. Eu amo vocês e sou muito grata por tudo.

Não poderia deixar de agradecer, também, a meu irmão que, da forma que podia, me incentivava a continuar nos momentos de dificuldade.

Agradeço a minhas queridas tias, Telma Santana e Regina Cardoso. Nunca teria chegado aqui se elas não tivessem dado o pontapé inicial e acreditado em mim. Meu eterno muito obrigada!

Agradeço aos amigos que sempre estiveram presentes e acabaram por fazer parte desse trabalho, mesmo que indiretamente, seja através de incentivos ou palavras de apoio nos momentos de dificuldade, especialmente Gabriella Machado, Nathália Marchesini, Kalile Carmo e Aline Leite. As coisas são sempre mais fáceis quando temos um amigo do nosso lado, amo vocês.

## RESUMO

Os direitos fundamentais passam a ser o cerne do ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. A dignidade da pessoa humana foi escolhida como princípio norteador do Estado Democrático de direito e, a partir disso, inúmeros direitos ganharam notabilidade e relevância, não se admitindo a sua violação. Assim, se encontrando no centro da Constituição Federal, os direitos fundamentais passaram a servir de parâmetro para análise de diversas questões, uma vez que as situações não devem apresentar-se em contrariedade a eles.

A questão dos embriões extracorpóreos é decorrente da evolução tecnológica e científica e da mudança de paradigmas da sociedade, que, com o advento do desenvolvimento, passa a ter novos anseios.

Os embriões extracorpóreos trazem diversas discussões consigo, abarcando muita divergência acerca da sua tutela jurídica e dos direitos que lhe seriam concernentes. A partir desse aspecto, busca-se expor os direitos fundamentais que, de alguma forma relacionam-se com a sua questão, assim como tratar das disposições presentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que, em seguida, seja possível concluir acerca da sua tutela jurídica.

**Palavras-chave:** embriões extracorpóreos, ADI nº 3510, direitos fundamentais, vida, dignidade, nascituro, tutela jurídica.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	Artigo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
nº	Número
STF	Supremo Tribunal Federal
CF	Constituição Federal

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS</b>	<b>13</b>
2.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
<b>2.2.1 O direito à vida e as teorias de seu início</b>	<b>21</b>
2.2.1.1 Teoria da concepção	22
2.2.1.2 Teoria da nidação	24
2.2.1.3 Teorias das primeiras atividades cerebrais	25
2.2.1.4 Teoria natalista	26
<b>2.2.2 A dignidade da pessoa humana</b>	<b>28</b>
<b>2.2.3 A igualdade</b>	<b>32</b>
<b>2.2.4 O direito à saúde e à livre expressão científica</b>	<b>34</b>
<b>3. A PERSONALIDADE JURÍDICA, O NASCITURO, AS COISAS, A BIOÉTICA E OS SEUS DESDOBRAMENTOS</b>	<b>36</b>
3.1 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A CONCEITUAÇÃO DO VOCÁBULO PESSOA	36
3.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
<b>3.2.1 A teoria natalista</b>	<b>40</b>
<b>3.2.2 A teoria da personalidade condicional</b>	<b>41</b>
<b>3.2.3 A teoria concepcionista</b>	<b>42</b>
<b>3.2.4 Reflexões acerca do nascituro</b>	<b>42</b>
3.3 AS COISAS E O SEU REGRAMENTO	44
3.4 A BIOÉTICA, BIOTECNOLOGIA E O BIODIREITO	45
<b>4. A CELEUMA DOS EMBRIÕES EXTRACORPÓREOS E A ADI 3510</b>	<b>48</b>
4.1 O EMBRIÃO E SUAS CONSIDERAÇÕES	48
<b>4.1.1 A fertilização <i>in vitro</i> e a instituição da família</b>	<b>49</b>
<b>4.1.2 Os embriões excedentes e o possível descarte</b>	<b>53</b>
4.2 A ADI 3510	55

4.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI 11.105/2005	59
<b>4.3.2 Os direitos fundamentais na ótica dos embriões extracorpóreos</b>	<b>63</b>
4.4 A (DES)NECESSIDADE DE ORDENAMENTO JURÍDICO PARA A TUTELA DO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO	69
<b>5. CONCLUSÃO</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>79</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As questões concernentes aos embriões extracorpóreos são de suma importância para o Direito. Com a evolução das sociedades e o conseqüente desenvolvimento de ciência e tecnologia, faz-se necessário enxergá-los por um prisma atual, no qual os regramentos, de alguma forma, acompanhem os novos anseios e necessidades dos seres humanos.

O avanço da ciência proporcionou, por conseguinte, o alcance de coisas nunca antes imaginadas. Assim, a medicina se desenvolveu de forma a encontrar curas para doenças até então irremediáveis, modificando as vidas das pessoas.

Além de alcançar a cura de doenças e modificar a vida das pessoas, a medicina evoluiu de tal forma a desenvolver técnicas nunca antes pensadas. Desse modo, se uma família, no passado, não conseguia ter filhos pelos meios naturais, ela ficaria sem tê-los, pois não existia forma disso acontecer.

Mas, a evolução da ciência proporcionou uma revolução em todos os campos da sociedade. Para aquelas famílias que antes se encontravam sem alternativa, foram criados procedimentos que possibilitavam a criação de embriões extracorpóreos através da reprodução assistida. Uma das técnicas utilizadas é a da fertilização artificial, que produzirá embriões *in vitro*.

Através da fertilização artificial coleta-se o óvulo e espermatozoide e, a partir disso, a fecundação que naturalmente ocorreria no corpo da mulher, passa a acontecer em laboratório, sendo controlada até o momento da implantação. Dessa forma, as famílias que não conseguem ter filhos de forma natural por diversas questões, recorrem à medicina.

Mas, a questão desses embriões extracorpóreos vai além da fertilização *in vitro*. Nem todos os embriões produzidos possuem condição de serem implantados; a partir disso, o que deve ser feito com eles? Qual a destinação daqueles excedentes?

Para que as respostas sejam satisfatórias, deve-se fazer um percurso que passe por toda a questão do embrião, da sua tutela jurídica, uma análise sobre o início da vida, bem como os direitos fundamentais que se revelam no caso concreto.

Assim, o entendimento acerca da celeuma que envolve o embrião extracorpóreo, parte do entendimento consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3510, que julgou a procedência do artigo 5º da Lei de Biossegurança 11.105/2005. Esse é o recorte temporal que situará a discussão suscitada.

O primeiro capítulo traz um histórico dos direitos fundamentais, evidenciando a sua evolução através dos tempos, salientando a sua relevância e identificando muitos dos fatos que foram responsáveis por trazê-los ao patamar em que se encontram nos dias atuais. Em seguida, eles são inseridos no contexto da Constituição Federal de 1988, na qual se encontram inúmeros direitos regulamentados.

Dentro da Constituição Federal de 1988 dá-se um foco ao artigo 5º, que condensa muitos dos direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida. A partir desse direito, discute-se a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e os questionamentos mais importantes que giram em torno do mesmo. Por conseguinte, faz-se essencial a exposição das teorias que versam sobre o início da vida e os seus desdobramentos.

Diante da complexidade e da importância dos direitos fundamentais na ótica dos embriões extracorpóreos, faz-se mister tratar acerca da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do direito à saúde e livre expressão científica.

O segundo capítulo aborda alguns temas concernentes ao Direito Civil, quando faz considerações acerca da personalidade jurídica, do conceito de pessoa, bem como o de nascituro. As questões relativas ao nascituro são de grande complexidade quando relacionadas à personalidade jurídica e, por conta disso, se faz indispensável discorrer acerca das teorias que tratam sobre ele, bem como fazer algumas reflexões.

Ainda no segundo capítulo algumas considerações sobre o direito das coisas se fazem importantes para a análise futura dos embriões extracorpóreos. Em seguida, trata-se sobre a Bioética, Biotecnologia e Biodireito.

Diante da temática escolhida, tratar sobre as questões concernentes à Bioética e Biotecnologia é essencial, uma vez que, se relacionam intimamente com a problemática dos embriões extracorpóreos. Em consequência, o Biodireito aparece

como responsável por regular as novas questões que se evidenciam com a evolução das técnicas da Ciência, a exemplo da fertilização *in vitro*.

O terceiro capítulo traz a questão central do problema, partindo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3510, que julgou o artigo 5º da Lei de Biossegurança, 11.105/05.

Antes, porém, para que todas as questões sejam compreendidas, é importante que se façam considerações acerca do embrião, como entidade biológica e jurídica, expondo de que forma o ordenamento jurídico o menciona.

Também é indispensável tratar sobre a entidade familiar e a fertilização *in vitro*. Primeiro, porque a Biotecnologia e a ciência evoluíram de forma a criar as técnicas de reprodução assistida para solucionar os problemas de infertilidade encontrados pelas pessoas. Assim, trouxeram a solução e essa, a fertilização, precisa ser compreendida para que se verifique em que momento e como surgem os embriões extracorpóreos.

A partir do entendimento de como surgem os embriões extracorpóreos e de como são utilizados, não há como não tratar dos excedentários. É preciso que se entenda o momento posterior à implantação no útero feminino e o fenômeno do “descarte aos excedentes”.

Após essa exposição, chega-se à questão central que parte da ADI 3510. O artigo 5º da Lei de Biossegurança trazia as possibilidades para que fossem realizadas as pesquisas com as células tronco embrionárias advindas dos embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nesse processo. Estabelecia de que forma essa pesquisa deveria ocorrer, bem como quais os embriões estariam aptos para o procedimento em questão.

A análise das problemáticas que permearam a ADI nº 3510 é essencial para que se chegue ao âmago da questão dos embriões extracorpóreos, pois, a discussão central girava em torno do possível direito à vida do embrião e da dignidade que estariam sendo violados, posição defendida veementemente por Cláudio Lemos Fonteles, proponente da Ação Direta.

Com a decisão pela procedência do artigo 5º da Lei de Biossegurança e a consequente liberação das pesquisas com células tronco embrionárias dentro dos parâmetros definidos em lei, o Supremo Tribunal Federal deixou uma questão

pendente: e os direitos do embrião extracorpóreo? Da leitura da decisão depreende-se que eles não teriam direito à vida; assim, teriam direito a quê? Para que se encontre uma resposta a essas perguntas se deve dar um destaque especial aos direitos fundamentais dentro do caso concreto, analisando as premissas utilizadas e partindo deles para as respostas.

Por fim, discute-se a necessidade ou não de criação no ordenamento jurídico brasileiro de um regramento específico para que seja garantida a tutela jurídica do embrião extracorpóreo. Para tal, serão analisados, especificamente, todos os pontos elencados no trabalho em questão, servindo de subsídios para a formação de opinião.

## 2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ao se fazer uma retrospectiva analisando o passado e a evolução dos homens, muitos momentos serão destacados na história como responsáveis por inúmeros saltos e outros por grandes derrocadas.

Talvez, se grandes fatos históricos não tivessem ocorrido, tais como a Revolução Francesa ou a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais não apresentariam a relevância que têm hoje, sendo cerne dos ordenamentos jurídicos em diversos países. Muitas vezes, as tragédias impulsionam os seres humanos de forma a fazê-los lutar mais acirradamente, pelo que lhes é de direito.

Não poderia ter sido diferente com os direitos fundamentais. A sua evolução é constante e se evidencia na história, de forma que o seu estudo é muito importante para que se entenda porque e de que maneira eles chegaram ao ponto em que se encontram hoje, com tamanha notabilidade e relevância, ocupando o centro do ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história da humanidade é marcada por diversos fatos que evidenciam a luta dos homens por condições mais dignas e pela efetivação dos seus direitos mais essenciais. Ao se fazer um retrospecto, diversos momentos podem ser destacados pela sua relevância no tocante às ações humanas em busca do seu intento.

A partir dessa ótica, alguns documentos personificam a luta dos homens, tal como o *Bill of Rights*, produzido na Inglaterra.

O *Bill of Rights* é datado de 13 de fevereiro de 1689, e é documento decorrente da Revolução Gloriosa. A partir dele, representou-se a passagem para a monarquia constitucional com o advento da separação de poderes. Passava a ser dever do Estado zelar pela proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esse documento reflete tamanha importância na história, para o Reino Unido, que é visto, até os dias de hoje, como um dos mais importantes que eles possuem (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 564).

Além do *Bill of Rights*, outros documentos foram compilados, na Inglaterra, tais como cartas e estatutos, fazendo referência aos direitos fundamentais. Numa análise minuciosa, percebe-se que eles não podem ser considerados declarações de direito modernos; posto à época em que foram escritos. Mas, mesmo sendo textos que se restringiam àquela época e satisfaziam a realidade vivida, eles se perpetuaram através do tempo e se concretizaram por meio de normas consuetudinárias. Essas se referem aos direitos fundamentais, amparados na mais ampla proteção (SILVA, 2012, p. 151-152).

As lutas por conquistas e condições de vida mais dignas permeiam a história dos homens. Assim como o *Bill of Rights*, outros documentos traduzem igual importância, tal como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida na França.

Historicamente, a Revolução Francesa é um marco em que se observa a extrema injustiça social que imperava no século XVIII. Naquela época, a sociedade estava dividida em segmentos, em que, no alto se encontravam clero e nobreza e, abaixo deles, estavam os burgueses, camponeses e trabalhadores urbanos. A desigualdade já se apresentava pelo fato de que os impostos devidos se concentravam para a camada mais baixa da população, que arcava com eles e, conseqüentemente, bancava a vida de luxos e riquezas do clero e nobreza.

A insatisfação da população cresceu exponencialmente, culminando numa tentativa de tomada de poder e derrubada da monarquia vigente. O primeiro marco desse processo revolucionário é a queda da Bastilha, prisão e grande símbolo da monarquia absolutista (BRAICK;MOTA, 2007, p. 344).

O lema que imperava na Revolução Francesa era “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Os revolucionários buscavam, então, a efetivação desses direitos; a garantia de uma condição de vida mais digna e menos injusta. Após muita luta, em agosto de 1789, foi promulgada pela Assembleia Constituinte a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um marco histórico quando se leva em consideração a evolução dos direitos do homem.

O artigo 16 da referida Declaração traz, em essência, o que foi alcançado ao tratar que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

“A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, de profunda inspiração jusnaturalista, transformou-se, em razão da universalidade de seus princípios, no marco culminante do constitucionalismo liberal.” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 568).

Assim, é notável a importância dos fatos históricos na evolução dos homens e na mudança de pensamento dos mesmos. A história é fator determinante para a modificação das conjunturas sociais, uma vez que é inconstante e mutável, sendo totalmente influenciada por fatos relevantes, tais como os descritos anteriormente. Dessa forma, a realidade enfrentada em determinados momentos históricos foi determinante para que se quebrassem os paradigmas e se buscasse a efetivação dos direitos mais essenciais.

José Afonso da Silva (2012, p. 126) traz essa ideia embutida em seu pensamento, ao considerar que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um passo de afirmação do povo e de garantia dos Direitos Fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.

Ainda quanto à importância do aspecto histórico nos direitos fundamentais, segundo Flávia Piovesan em seu Artigo intitulado “Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988”:

Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução destes direitos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. (PIOVESAN, 2011, p. 307)

Dessa forma, além dos diversos documentos já citados, merece referência por tamanha importância a Declaração Universal dos Direitos Humanos, acima referida, promulgada pela ONU, em 1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu num contexto pós-Segunda Guerra Mundial, em que diversas atrocidades foram cometidas e muitas vidas ceifadas, sem justificativas plausíveis. Assim, nasceu com uma responsabilidade muito grande, objetivando dar mínima segurança às pessoas, após as temeridades empreendidas, sendo, também, uma representação do que não poderia mais acontecer numa sociedade que escolheu proteger os direitos humanos.

A adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, constitui o

principal feito no desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos humanos. Os direitos inscritos nesta Declaração constituem um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não se realiza nem se desenvolve por completo. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 573).

Essa Declaração traduz a real importância dos direitos fundamentais, colocando-os num patamar altíssimo. Ela reflete a necessidade da proteção aos direitos humanos e serve como inspiração para diversas sociedades no ato de elaboração das suas cartas constitucionais. Parafraseando Norberto Bobbio (1992, p.34), “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro”.

O autor ainda considera (1992, p. 26):

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral da sua validade.

Seu preâmbulo traz consigo todos os valores e direitos que deveriam ser protegidos, inclusive, muitos dos que foram elencados pela Constituição Federal de 1988.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...),

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla (...),  
Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades (...).

Os direitos fundamentais pleiteados pelos cidadãos nem sempre foram os mesmos, eles acompanham a evolução histórica dos Estados e as suas necessidades, são reflexos das constantes lutas dos homens; são reconhecidos a partir da análise das carências dos seres humanos, do que eles precisam. Resta claro que o espaço que os direitos fundamentais possuem em determinada sociedade e como os consideram é fator que mede a democracia de um país (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 533).

Diz-se que os direitos fundamentais se apresentam em dimensões; seriam os direitos de primeira, segunda e terceira geração. Essas correspondem a uma

evolução dos mesmos no tempo e na história. Assim, “as gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 582).

Nesse percurso histórico, evidenciam-se direitos de cunho diversos. Inicialmente, impende destacar que, em um primeiro momento ganharam maior notabilidade os direitos civis e políticos, que eram bastante individualizados e se apresentavam como direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.

A partir da confirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, surge a necessidade de afirmação de mais direitos, tão importantes quanto aqueles. Nesse contexto, ganham relevância os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses acabam por ser denominados de direitos de igualdade, uma vez que possuíam a incumbência de, na prática, tentar reduzir as desigualdades sociais e econômicas que se apresentavam nas sociedades. Eles, de alguma forma, forneceriam os meios para a efetivação dos direitos individuais. Desse modo, cabe ao Estado ser garantidor de diversas prestações aos indivíduos; tem-se, então, uma contraprestação positiva do mesmo, para que seja possível a sustentação desses direitos.

Em continuidade à evolução dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, surgem os de terceira dimensão, que se destinam à proteção do homem em coletividade social; afasta-se um pouco a ótica da proteção ao ser humano em sua individualidade, como aqueles antes mencionados. Os de terceira geração são mais recentes e estão em constante evolução, são conhecidos como “direitos de solidariedade”.

Além das dimensões apresentadas, já se entende, hoje, que existe uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. Ela pode ser representada como o produto da evolução das sociedades e a necessidade de tutela de novos direitos. Esses seriam um direito à democracia direta, ao pluralismo e à informação, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e aqueles que se relacionam com a biotecnologia (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 594-595).

No tocante aos direitos relacionados à biotecnologia, diversas problemáticas podem ser inseridas nessa ótica. Aspectos acerca dos embriões fertilizados *in vitro* e das

células tronco embrionárias, por exemplo, mereceriam especial destaque. A relevância das mesmas se deve, ao fato de que elas acabam por refletir novos anseios de uma sociedade que conta com o auxílio da tecnologia e da ciência para a resolução de muitas questões.

Dessa forma, essas questões atuais que refletem muitas das pretensões dos cidadãos e que, muitas vezes se encontram em um abismo legislativo, merecem receber a devida guarda dos direitos fundamentais.

Assim, resta claro que a história é responsável por dizer muito sobre os direitos fundamentais, não à toa que uma das suas características é a historicidade. Eles nascem de acordo com as necessidades evidenciadas em determinados momentos históricos e, posteriormente, podem evoluir, modificando-se, ou, até mesmo, vindo a deixar de existir (SILVA, 2012, p. 181).

Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 595) confirma a historicidade dos direitos fundamentais ao afirmar:

O exame dos antecedentes históricos e da evolução dos direitos fundamentais confirma a ideia de que os direitos fundamentais são o resultado de demandas concretas, ensejadas por incansáveis lutas contra as agressões e toda uma ordem de intolerância que afligiam os bens fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana.

Além da evidente historicidade que possuem os direitos fundamentais, também são considerados universais. A universalidade se justifica uma vez que destinados a todo e qualquer ser humano, sem a existência de qualquer individualidade; eles são genéricos.

Podem ser ainda considerados inalienáveis, quando não se encontram à disposição do seu titular e são intransferíveis; imprescritíveis, uma vez que serão sempre exigíveis; e irrenunciáveis, não podendo o titular do direito renunciá-los, embora possa deixar de exercê-lo.

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como reflexo histórico de um período em que os direitos mais fundamentais eram cerceados, o pós-ditadura militar representa um avanço sem tamanho para a democracia brasileira e os seus cidadãos. Como expressão da evolução vivenciada,

o povo brasileiro tem a promulgação da Carta Constitucional de 1988, mais conhecida como Constituição Cidadã.

É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. (SILVA, 2012, p. 90).

A Constituição Federal de 1988 representa um avanço histórico com relação a direitos e garantias fundamentais. Rompendo com os atos institucionais, dentre eles o AI-5, aquele que pode ser considerado o documento mais autoritário da história política do país, ela reflete a evolução quando, em diversos momentos da sua extensão, determina a proteção e efetivação dos mesmos. Em contraposição ao momento anterior, em que as liberdades eram cerceadas, a exemplo da locomoção e expressão, a Carta Magna de 1988 assegura a sua proteção, nas suas mais diversas acepções. Além dela, outros tantos direitos encontram respaldo.

Dessa forma, A Constituição Federal de 1988 traz a organização dos seus elementos essenciais e elenca como uma de suas funções a de assegurar os direitos e garantias dos indivíduos.

Assim, por toda a notabilidade que os direitos fundamentais possuem e pela sua essencialidade na sociedade, além de todo o histórico e contexto em que se inserem, a Constituição Federal de 1988 traz em seu preâmbulo a proteção a esses direitos.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Da mesma forma que o preâmbulo constitucional faz referência a direitos fundamentais – princípios constitucionais -, o artigo 5º da Constituição Federal, em seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” traz a sua grande importância ao salientar que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Corroborando a importância dos direitos fundamentais e o reconhecimento dado a eles, identificado na Constituição Federal de 1988, é notável que eles são indispensáveis para as sociedades democráticas. Não existe a possibilidade de, atualmente, falar-se em democracia sem fazer menção aos direitos e garantias fundamentais e, muito menos, sem buscar a sua efetivação e proteção (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 534).

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central (BARROSO, 2011, p. 317).

A Constituição de 1988 elenca os direitos fundamentais, de forma que da leitura do artigo 5º depreendem-se muitos daqueles que são ditos essenciais para a sociedade.

Segundo Flávia Piovesan (2011, p. 309), com relação aos direitos humanos, “a Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.

Além do referido artigo, a partir da leitura da Constituição Federal de 1988 encontram-se vários dos direitos fundamentais, também de forma esparsa. Em toda a sua extensão, ela cuida de fazer menção a direitos essenciais para os seres humanos, buscando assegurar a sua efetivação, disciplinando-os; traduzindo a sua real importância.

Assim, a disciplina constitucional dos direitos fundamentais se faz de forma muito ampla. No Título I da Carta Magna, encontram-se definidos os princípios fundamentais e, da sua leitura destaca-se a dignidade da pessoa humana, princípio basilar que orienta o sistema jurídico brasileiro.

No título II, encontram-se dispostos inúmeros direitos fundamentais e esses se dividem em capítulos. No capítulo I se apresentam alguns de grande notabilidade como o direito à vida e a igualdade.

O capítulo II do título em questão traz elencados os direitos sociais, assim como o III apresenta os direitos da nacionalidade, o capítulo IV os direitos políticos e o V o direito dos partidos políticos.

Mas, a tutela sobre os direitos fundamentais não se encerra no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Exemplo disso é o artigo 196 e seguintes,

constantes da seção II “da saúde”, da Constituição Federal, que dispõem sobre o referido direito.

Assim, a leitura da Constituição Federal, como um todo, proporciona a identificação de diversos direitos fundamentais, em momentos e locais distintos, evidenciando a sua inesgotabilidade. Pois, é certo que, conforme a evolução dos Estados modernos e o surgimento de novas necessidades, se, no caso concreto, determinado direito apresentar-se como indispensável para a coletividade, a sua tutela deverá ser assegurada.

### **2.2.1 O direito à vida e as teorias de seu início**

O direito à vida, encontrado no caput do artigo 5º é aquele que envolve questões de maior complexidade e indagações, uma vez que, por exemplo, questionamentos como em que momento começa e termina a vida e o que essa seria são muito recorrentes e não são objeto de consenso doutrinário, remetendo, inclusive, a questões sobre embriões extracorpóreos e sua tutela jurídica.

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição [...]. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. (MENDES;BRANCO, 2012, p. 289).

Inquestionável é o fato de que a vida deve ser protegida, assim traz o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ao afirmar que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Além dela, o direito à vida também é objeto de proteção na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, quando, em seu artigo 4º traz que “Direito à vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Mas, como falar em direito fundamental à vida, sem antes entender em que momento ela tem início e quais as teorias que existem para tentar responder a essa questão? O então Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto na ADIN nº 3510, que tratava da (in) constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, permitiu-se

o trocadilho, ao afirmar que “a Constituição Federal do Brasil sobre o início da vida humana, é de um silêncio de morte”.

Além dele, o Ministro Luís Roberto Barroso, também se posiciona acerca do problema ao declarar que o consenso filosófico ou científico acerca do início da vida inexistente (BARROSO, 2007, p. 8).

Dessa forma, sem delimitar o momento em que começa a vida humana, a Constituição abre uma lacuna que precisa ser preenchida, uma vez que esse não é qualquer questionamento; ele se volta a um dos pontos basilares do ordenamento, que elencou o direito à vida como direito fundamental, e o declarou como inviolável. Surgem, então, teorias de início da vida que buscam solucionar essa questão, apresentando suas considerações e, eventualmente sofrendo críticas atinentes à sua forma de considerar a temática.

As teorias que se propõem a solucionar essa celeuma são a teoria da concepção, teoria da nidação, teoria das primeiras atividades cerebrais e teoria natalista.

#### 2.2.1.1 Teoria da Concepção

A teoria da concepção se baseia na ideia da fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide masculino, formando o ovo-zigoto. Ela ocorreria de doze a vinte e quatro horas da fecundação; dessa forma, teria início a vida quando esse fato acontecesse.

Como citado anteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica traz em seu artigo 4º a ideia da proteção legal, em geral, desde o momento da concepção. Sendo assim, uma vez adotando a teoria em questão a proteção deveria se dar desde o momento da fecundação. Quem defende essa ótica pode se amparar no referido pacto, uma vez que a ideia consubstanciada nele é a da assistência desde o tempo da concepção. O embrião estaria respaldado pelo referido artigo de norma infraconstitucional citado, recebendo assim ampla proteção.

Como defensora da teoria concepcionista, Maria Helena Diniz expõe que desde o momento da concepção já existe um ser humano que deve estar respaldado por proteção jurídica.

O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectual e de instintos. Os cientistas descobriram que os genes responsáveis pelo crescimento embrionário, denominados “hox”, atuam, no ser humano, com grande velocidade nos primeiros dias da concepção, cumprindo a fantástica tarefa de estabelecer a estrutura do corpo: a cabeça, os membros e os órgãos. Assim sendo, o embrião, por ter carga genética, é um ser humano *in fieri*, merecendo proteção jurídica, desde a concepção, mesmo quando ainda não implantado no útero ou crio conservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases. (DINIZ, 2011, p. 638).

A referida autora continua a fazer considerações ao entender que (2011, p. 51) “a vida humana começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida.”.

Paralela a essa discussão, pode-se analisar sob esse prisma a questão que foi discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº3510, que se referia ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, no que concernia às pesquisas com as células tronco embrionárias. Para os adeptos da teoria concepcionista, a utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia não seria possível, posto que estar-se-ia ferindo o direito à vida do embrião. Essa é a opinião do então Procurador da República, em 2005, que propôs a ADIN nº 3510, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

A utilização das células tronco embrionárias implicaria em crime, uma vez que haveria a destruição do embrião, já considerado como ente dotado de vida própria.

Adepto da corrente concepcionista, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins (2012, p. 323) entende que a concepção é o momento em que se tem como marco o início da vida. Com a fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide masculino, aconteceria a formação de um novo ser, detentor de código genético próprio.

Por considerar que a vida tem início no momento da concepção, o referido autor é diametralmente oposto àqueles que consideram o marco da vida humana no momento do nascimento.

Essa é a teoria defendida pela Igreja Católica, que além de se posicionar contrariamente às pesquisas com os embriões, é veementemente contra a fertilização *in vitro*. Além de ser considerada pela entidade religiosa, é adotada pelo Código Civil brasileiro, que traz, em seu artigo 2º a regulamentação de que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a

salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Percebe-se, portanto, expressa previsão legal que resguarda os direitos de um ser com potencial a se tornar pessoa. Muitas críticas giram em torno dessa teoria, pois, fato é que existe a possibilidade da concepção não culminar em vida; na maior parte das vezes esse processo pode não ocorrer dessa forma.

#### 2.2.1.2 Teoria da Nidação

Existe ainda a teoria da nidação, que defende que há vida no momento em que há a fixação do blastocisto – estágio inicial do desenvolvimento embrionário - no útero. Assim, existiria vida quando embrião estivesse “grudado no útero da mulher”. Após a passagem pela trompa de falópio, ele anexa-se ao organismo da mulher para iniciar a formação da placenta e os demais anexos que serão responsáveis por alimentar e proteger o embrião.

A fixação ocorre do 7º ao 12º dia após a fecundação, e a mulher só é considerada grávida após esse processo. Mas, como todas as teorias são objeto de divergência e inexistente o consenso; em oposição a essa, ressalta-se a possibilidade de gravidez extrauterina, em que haverá gravidez, e, por consequência, haverá vida, mesmo fora do útero. Tal situação expressa uma exceção à teoria em questão.

Defende essa teoria, então, que o embrião adquiriria vida, uma vez implantado no útero da mulher. Aqueles que corroboram dessa opinião – muitos ginecologistas - acreditam que o embrião fertilizado em laboratório não necessita de proteção jurídica da pessoa humana, uma vez que o início da vida ocorreria com a implantação no útero materno; assim, não sendo implantado, permanecendo em laboratório, o embrião morreria, não possuindo relevância jurídica.

### 2.2.1.3 Teoria das Primeiras Atividades Cerebrais

Além das já expostas, existe ainda a teoria encefálica, a teoria das primeiras atividades cerebrais. Para tentar definir em que momento tem início a vida, ela faz um paralelo com o oposto da mesma: a morte.

Para que se entenda essa questão é muito importante que seja considerada a Lei 9434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo. Ela determina, em seu capítulo II, artigo 3º que:

Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Dessa forma, para fins de doação de órgãos e como entendimento acerca do encerramento da personalidade civil, tem-se a morte cerebral. O fim dos impulsos nervosos é um marco para tais situações, e deve ser levado em consideração.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, em 2008, Carlos Ayres Brito, sustentou esse posicionamento no seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº3510 ao afirmar que:

O paralelo é mesmo esse: diante da constatação médica da morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato natural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano (...). Vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.

Em seu voto, o referido Ministro continua as suas considerações acerca do fim da vida ao entender que:

Já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de pesquisa e tratamento.

O paralelo, então, faz-se presente. A questão conflituosa, a partir disso, é conseguir precisar em que momento específico ocorre a formação encefálica do feto. Dessa forma, se se considera o fim da vida partir da cessação das atividades cerebrais, analogicamente, infere-se que o início da vida seria quando aparecessem os primeiros sinais vitais, que é a partir do 14º dia de gestação.

Ademais, compartilha de tal entendimento Luis Roberto Barroso (2012. p. 12):

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada “placa neural”.

Assim, considerar-se-ia como marco do início da vida o 14º dia da gestação, momento em que aparecem os primeiros sinais de “vida cerebral”.

#### 2.2.1.4 Teoria Natalista

Ainda existe a teoria natalista que conclui que a personalidade da pessoa teria início com o nascimento com vida, sendo o nascituro titular de expectativa de direitos, que se confirmarão caso os elementos essenciais estejam presentes. Esses seriam o nascimento e a vida.

Mais uma vez, a correlação com a questão discutida na ADIN nº 3510, que discutia acerca da constitucionalidade do artigo 5º, que dispunha sobre as pesquisas com as células tronco embrionárias se faz possível.

Analisando a situação do embrião extracorpóreo, para aqueles que adotam a teoria natalista, a sua utilização para fins de pesquisa e terapia não feriria, de nenhuma forma, o direito à vida, uma vez que para ser considerado ser vivo, pessoa, somente a partir do nascimento.

A teoria natalista e a consideração da personalidade jurídica convergem quando se observa que elas partem do mesmo pressuposto: o nascimento com vida.

Como exposto, para a teoria natalista o marco para que se inicie a vida é o nascimento. Por conseguinte, considera-se como marco inicial da personalidade jurídica o nascimento com vida. Assim, percebe-se que elas acabam possuindo um

mesmo critério: uma vez nascendo, a vida se inicia e, a partir disso, considera-se existente a personalidade jurídica.

A questão que envolve o direito à vida é permeada por essa celeuma quanto ao momento em que ela se inicia. A compreensão desse aspecto é fundamental para que outras problemáticas possam ser entendidas, uma vez que o momento em que tem início a vida humana é o ponto de partida de diversas discussões tais como o embrião extracorpóreo e o feto anencefálico. Dessa forma, faz-se mister a análise das teorias apresentadas e a escolha de uma, para que a leitura das situações conflituosas possa ser feita a partir de um determinado prisma que permita consubstanciar opiniões de forma a tentar vencer esse obstáculo.

Além do exposto acerca das teorias de início da vida, o momento em que a Constituição Federal, explicitamente, no caput do seu artigo 5º traz que é garantido aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida não é o único em que ela protege a vida. Em outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro essa proteção é evidente.

O Código Penal brasileiro elencou, em seu Título I “Dos Crimes Contra a Pessoa” diversos crimes que evidenciam a preponderância da vida humana e a sua importância, fazendo valer a guarida constitucional destinada.

Como dito no artigo 5º da Carta Magna quando elencou os direitos fundamentais, deve-se preservar a inviolabilidade do direito à vida. Dessa maneira, inadmitem-se crimes como o homicídio ou aborto, que visam ceifá-la. Qualquer tipo de ato que, de alguma forma, contribua para a violação desse direito, deve ser combatido.

É importante lembrar que, como ocorre no sopesamento de direitos, enquanto um direito está hierarquicamente acima de outro para determinado ser, o mesmo ocorre para outra pessoa; assim como acontece com as teorias. Por conta disso, essa é uma situação que impulsiona diversas discussões, tais como a instaurada a partir da ADIN nº 3510, em 2005, que será explicada de forma mais detida posteriormente.

Analisando a partir da ótica vivenciada na ADIN nº 3510, como previsto constitucionalmente, o direito à vida é tido como inviolável e, a discussão sobre a violação ou não do referido direito do embrião, permeou essa ação direta de inconstitucionalidade. O então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em petição inicial, afirmava estar essa amparada em fundamentos

científicos que sustentavam que a vida já existia desde o momento da fecundação e, por conta disso, seria essencial preservar a inviolabilidade do embrião.

Ao tratar sobre o direito à vida, entende-se que ele é “o direito legítimo de defender a própria existência e de se existir com dignidade, a salvo de qualquer violação [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 659-660). Assim, a busca pela vida, deve ser objetivada de forma completa, conforme preceitua o caput do artigo 5º, além do artigo 3º, IV ao trazer que, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Portanto, a vida deve ser respeitada, mas, além disso, deve ser assegurada a existência de forma digna, em todas as suas acepções.

### **2.2.2 A dignidade da pessoa humana**

A partir do citado, cria-se um paralelo entre o direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental e princípio previsto constitucionalmente e amplamente protegido.

Pode-se perceber essa relação, quando da análise do próprio direito à vida, posto que, cabe ao Estado assegurá-lo em duplo sentido. De um lado existe a necessidade de assegurar a continuidade daquela vida, e de outro há a necessidade de que essa vida se apresente de forma digna quanto à subsistência (MORAES, 2010, p. 36).

A relevância da dignidade da pessoa humana é tamanha, que se observa no chamado fenômeno “constitucionalização do direito civil” a proteção da pessoa.

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil-Constitucional (ou direito civil constitucionalizado). (FARIAS;ROSENVALD, 2012, p. 67).

A Constituição Federal de 1988 elencou como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana; ela “assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 529).

Atualmente, a notoriedade, a força normativa, que possui o princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental e base do ordenamento jurídico. Ele foi elevado a Fundamento do Estado Democrático de Direito (SOARES, 2010, p. 135).

A ideia da dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana. Os direitos humanos fundamentais são o “mínimo essencial” para que possa se desenvolver e se realizar. Há, ademais, uma hierarquia natural entre os direitos humanos, de modo que uns são mais essenciais do que outros (GANDRA, 2012, p. 319).

Como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana também é um dos princípios constitucionalmente previstos, que se encontram no cerne da Constituição Federal de 1988. A sua proteção e concretização são essenciais para que se identifiquem, na prática, a efetivação dos direitos fundamentais e a implementação de uma condição de vida mais digna para os seres humanos.

A sua previsão constitucional advém do artigo título 1 “Dos Princípios Fundamentais” 1º, inciso III, quando a Constituição Federal de 1988 traz que:

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;

O legislador constitucional optou por elencar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, não sendo possível encontrá-la no artigo 5º da Constituição Federal, onde estão alguns dos direitos fundamentais.

Quando se trata de princípios e regras, é notável a diferença substancial que eles possuem. Enquanto os primeiros são normas de conceituação aberta, abstrata, o segundo possui um conceito mais concreto, mais bem delimitado.

Com relação à dignidade da pessoa humana, esse problema se evidencia, uma vez que é questão sobre princípio, norma aberta e de difícil delimitação. Diferentemente do que ocorre com diversos princípios, que, por mais que possuam conceituação aberta, existe menor dificuldade para analisar e identificar provável violação; isso não ocorre com a dignidade da pessoa humana.

É muito difícil estabelecer o que seria a dignidade da pessoa humana a partir de um paralelo traçado aos outros direitos. A violação ao direito à vida é, por exemplo, mais palpável. Enxerga-se claramente quando uma vida é ceifada ou quando se atenta contra ela. Mas, e a dignidade? O que seria a violação da dignidade da pessoa

humana? Como efetivá-la? André Ramos Tavares (2013, p. 437) também se reflete quanto a isso ao questionar quais seriam as condições que o Estado deveria proporcionar para tornar a vida das pessoas mais digna e como essas se concretizariam.

A questão da conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana é realmente difícil, e a própria doutrina entende da mesma forma.

Uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos (...) (SARLET, 2007, p. 363).

Por mais abstrato e aberto que seja o seu conceito, é certo que não há como não colocar a dignidade da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico. As normas são criadas e voltam-se aos seres humanos, regulam e disciplinam as suas vidas. Dessa forma, deve estar assegurado que eles vivam, minimamente, de forma digna. O papel de assegurar a efetividade do princípio, de verificar a sua incidência é do Estado, que o faz a partir da sua atuação.

Conforme se depreende da leitura da Carta Magna de 1988, a dignidade da pessoa humana, juntamente com a cidadania, são fundamentos, alicerces do Estado Democrático de Direito que se espera concretizar. Assim, resta claro a importância dos direitos fundamentais na construção dos objetivos intentados pelo legislador, uma vez que esses são elementos basilares para a realização de toda e qualquer coisa relacionada à democracia (PIOVESAN, 2011, p. 316).

A autora Flávia Piovesan (2011, p. 316) continua a tecer considerações acerca da dignidade da pessoa humana ao concluir que:

Neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana a partir da Constituição Federal de 1988 pode ser lida e entendida como um valor fundamental para a sua própria unicidade, para o seu próprio sentido. Assim, para que seja feita a interpretação constitucional dentro dos parâmetros e objetivos que traz a Carta Magna, é importante nortear-se pelos princípios constitucionais nela expressos, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

A partir desse entendimento, por essa ótica, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente se dará dentro de um parâmetro ético, que busca a concretização dos mesmos e a predominância da justiça social. Assim, toda interpretação que se dê, tudo que se deseja entender ou alcançar não deve se dissociar do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento e pilar do sistema constitucional brasileiro.

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno. (PIOVESAN, 2011, p.317)

A preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana vai além da previsão constitucional de 1988, ela foi o valor inspirador da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948. Percebe-se, portanto, a sua notabilidade e importância, uma vez que, a análise dos direitos fundamentais acaba sempre por perpassar essa questão.

Fato é que mesmo com a sua abstratividade, é possível analisá-la de forma mais detida. O princípio da dignidade da pessoa humana se volta às pessoas, de forma que se entende, majoritariamente, que a dignidade é condição inerente ao ser humano, sendo irrenunciável e inalienável.

Por conseguinte, partindo da esfera pessoal para o âmbito da coletividade existe uma obrigação geral do respeito à pessoa, individualmente. Geralmente, é no campo das relações sociais que se visualizam as mais flagrantes violações. Deve-se, sempre, buscar a preservação da dignidade humana, e atentar para o cuidado de não se permitir, sob nenhuma hipótese, a consideração do homem como um objeto. A ocorrência de tal fato viola frontalmente a dignidade, pois, passa-se a se desconsiderar o homem em sua essência, o que não deve ser permitido.

A construção do que seria a dignidade da pessoa humana vai mais além, ao entender que ela é reflexo histórico, possuindo, assim, um sentido cultural. Ela é produto das mudanças sociais no decorrer dos tempos e fruto do trabalho das sociedades, que atuaram através das suas gerações (SARLET, 2007, p. 366-376).

A dignidade da pessoa humana é, portanto, princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro e deve servir de parâmetro para a concretização dos outros direitos fundamentais previstos.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 383), após diversas considerações acerca do que seria a dignidade da pessoa humana, encontra um conceito ao afirmar que:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Todas as situações em sociedade acabam por voltar-se à dignidade da pessoa humana. É certo que não há como fazer uma lista taxativa de hipóteses em que se verifica a sua violação, pois não há como prever até onde vai a imaginação humana; mas, no caso concreto, a infração ao princípio é visível. Assim, cabe ao Estado assegurar às pessoas uma vida digna, na qual os seus direitos mais fundamentais sejam efetivamente exercidos.

### **2.2.3 A igualdade**

Elencada como princípio constitucional, a igualdade se faz presente no artigo 5º da Constituição Federal, no título dos direitos e garantias fundamentais, quando diz que:

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, nos termos seguintes:.

Ao apresentar dessa forma, a Constituição Federal se refere à isonomia especificamente, ao elencá-la quando do tratamento dos outros direitos e, de forma genérica ao trazer que “todos são iguais perante a lei”. Assim, partindo dessa delimitação é que deverá ser analisado o princípio da igualdade.

É certo que com a diversidade que existe nas sociedades, atualmente, é muito difícil se encontrar pessoas distintas que vivam em uma mesma situação ou que possam ser comparadas como “iguais”. Por conta disso, o tratamento igualitário que deve ser destinado a elas, deve partir da realidade vivenciada, para que, assim, se verifique, na prática, a ocorrência do princípio da igualdade.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 660):

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quem perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material).

Assim, depreende-se de seu conceito a ideia de que todos devem ter direito às mesmas oportunidades e, dentro dos limites estabelecidos e das diferenças que possuem, devem ser tratados da mesma forma. Não há que se falar em tratamento desigual entre iguais, pois seria uma contraposição clara à Constituição Federal. Dessa forma, as distinções que devem ser feitas, não configurariam violação, e sim a busca pela efetivação da igualdade, dentro dos parâmetros sociais vivenciados.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 10) entende que:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Esse é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Da leitura de determinado texto de lei, deve-se extrair exatamente o que disse expressamente o legislador, não usando de discricionariedade para beneficiar um ou outro. A norma legal surgiu de determinada forma e, para o seu fim deve ser aplicada, em consonância com o princípio da isonomia, direito fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

A utilização da norma de forma distinta, visando tratar desigualmente os desiguais, também não pode ser feita de qualquer forma. Devem ser analisados determinados aspectos, posto que senão estar-se-ia ferindo o próprio princípio que se quer preservar; parâmetros devem ser estabelecidos.

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório (...). Cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada (...). Impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente, é in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, 2013, p. 21-22).

Assim, segundo o autor, três critérios deveriam ser tomados como norte, para, a partir daí, aplicar-se o tratamento desigual, fundado no sistema constitucional brasileiro, em respeito aos seus princípios e à isonomia, que se visa proteger.

A verificação do princípio da igualdade permite, portanto, que se dê um tratamento diferenciado dentro da medida da desigualdade que as pessoas possuem. A inobservância desse aspecto funda-se em violação ao princípio, uma vez que não

existe a possibilidade de partir-se de um conceito geral e identificar todas as pessoas como se da mesma forma fossem. O ordenamento jurídico brasileiro tem que estabelecer medidas para que, na prática, o princípio se efetive, mesmo diante das diferenciações que se impõem.

#### **2.2.4 O direito à saúde e à expressão científica**

A Constituição federal de 1988 traz em seu artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde, assim, deve ser direito garantido e assegurado a todos os cidadãos e acaba por derivar do próprio direito à vida e da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A derivação é simples: uma vez não tendo direito à saúde, em algum momento poderá haver violação ao direito à vida. Na mesma medida, não sendo respeitado o direito à saúde, não proporcionando às pessoas os recursos necessários para que se possa viver dignamente, viola-se a dignidade da pessoa humana. Assim, o Estado como garantidor deve atuar de forma positiva, visando concretizar os direitos aos seus cidadãos; as suas ações tem que objetivar a não violação aos direitos fundamentais.

Dessa forma, o direito à saúde, no caso concreto, pode caminhar junto com o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana. Por isso, além da relevância que possui por si só, deve ser observado atentamente, para que a sua inobservância não acarrete problema ainda mais grave.

Ainda com relação à saúde, é sabido que a tecnologia e a ciência, hoje, talvez sejam as suas melhores parceiras, posto que a constante evolução das mesmas proporciona avanços e soluções inestimáveis para as questões que tangem ao bem estar. Assim, a Constituição Federal elencou em seu artigo 5º, IX que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A previsão constitucional autorizando a livre expressão científica é de extrema importância, uma vez que muitas das questões atuais se voltam à ciência. A existência, por exemplo, da possibilidade de fertilização *in vitro* gerando embriões extracorpóreos, só foi possível porque a ciência evoluiu e pôde se expressar. Se não houvesse regulamentação expressa, atribuindo como direito aos seus cidadãos a expressão científica, talvez, não se vivesse o momento de crescimento atual.

Dessa forma, a expressão científica precisa ser regulada de alguma forma. De um lado existe a sua liberdade, mas de outro acaba por existir uma limitação, na medida em que, os direitos fundamentais não podem ser absolutos, posto que, vez ou outra, acabam por se deparar com outros direitos.

Assim, a medida para a livre expressão científica é o respeito a outros direitos. Com relação a ela, cumpre ressaltar que ela merecerá regulação específica.

Na mesma medida que a tecnologia evoluiu e propiciou a expressão científica de uma maneira nunca antes vista, através da Biotecnologia, o direito também acompanhou essa evolução, percebendo que, para essa conjuntura até então, atípica, cabia um ordenamento distinto. Para isso surgiu o Biodireito, que será estudado mais detidamente em capítulo oportuno.

Portanto, percebe-se a relevância dos direitos fundamentais para a vida das pessoas e, mais importante ainda é a sua regulamentação. Se para as questões concernentes à Biotecnologia enquanto livre expressão científica existe o Biodireito, para os outros direitos constitucionalmente previstos, deve sempre existir uma regulamentação, que vise a sua proteção.

### **3 A PERSONALIDADE JURÍDICA, O NASCITURO, AS COISAS, A BIOÉTICA E SEUS DESDOBRAMENTOS**

As questões que envolvem a conceituação da personalidade jurídica são muito importantes para que se entendam algumas das celeumas existentes atualmente. A problemática do nascituro é constante no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil optou por protegê-lo, mas existe divergência quanto a sua possível personalidade jurídica.

Assim, faz-se necessário tratar das questões concernentes ao nascituro, abordando-as de forma a propiciar entendimento mínimo, para que, após, as problemáticas que decorrem dele possam ser compreendidas.

Além dos aspectos que envolvem a personalidade jurídica, por consequência, a questão da pessoa e o nascituro, é válido tratar sobre o regramento das coisas, uma vez que, partindo da análise do direito civil, é importante entender o que regulamenta e quais são os conceitos importantes que considera.

Indo mais além, as questões que envolvem o nascituro e outros seres que se assemelham a ele, tais como o embrião, acabam por se envolver diretamente com a Bioética e a Biotecnologia, uma vez que, cada vez mais a evolução da ciência proporciona novas vitórias para a medicina.

Assim, é preciso entender de que forma a Bioética e a Biotecnologia se relacionam com os ramos do Direito. E, em consequência à ligação indissociável que possuem, não há como não tratar acerca do Biodireito, que vem a ser o responsável por regulamentar as novas questões que envolvem o avanço da ciência e que se refletem nos interesses da coletividade.

#### **3.1 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A CONCEITUAÇÃO DO VOCÁBULO PESSOA**

É sabido que os direitos presentes na Constituição Federal de 1988 e nos outros dispositivos que regem o ordenamento jurídico brasileiro destinam-se às pessoas, ao adquirirem personalidade jurídica. Dessa forma, é de extrema importância

determinar quando essa se inicia. A delimitação é essencial para que toda a proteção que lhes é destinada seja devida e efetiva e para que sejam dirimidas quaisquer questões que envolvam esse aspecto.

Mas, o que seria a personalidade jurídica? Não há que se falar em personalidade jurídica sem, primeiramente, fazer uma breve conceituação. Então, personalidade jurídica para o Direito, seria a aptidão para titularizar direitos e obter obrigações; é o atributo indispensável para uma pessoa ser considerada sujeito de direito (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2011, p. 124).

Complementa, ainda, a ideia dos referidos autores, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao irem além e tratarem sobre a figura do ser humano.

Pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, todo ser humano é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica. (FARIAS;ROSENVALD, 2013, p. 310).

Personalidade jurídica, em outras palavras, seria a capacidade que o ser humano, pessoa natural, sujeito de direitos, possui para praticar atos e negócios jurídicos; é a prerrogativa que permite que as pessoas contraiam obrigações e detenham direitos. Seguindo esse mesmo raciocínio, o Código Civil de 2002 corrobora o disposto acima, ao trazer em seu artigo 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Orlando Gomes (2009, p. 127) também conceitua personalidade jurídica ao entender que:

A personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direitos e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever.

Dessa forma, percebe-se que o conceito de personalidade está relacionado de forma indissociável ao de pessoa, que seria o ser humano com vida. Pois, todos que nascem com vida tornam-se pessoa. Em outras palavras, a prerrogativa do nascimento com vida implica na aquisição da personalidade jurídica. Essa, que somente é atributo do ser humano (GONÇALVES, 2009, p. 70).

Portanto, pessoa seria aquele ser humano que veio a nascer com vida; é aquele que, de alguma forma, exercerá os seus direitos, pois nasceu com vida.

A partir do exposto, a conclusão que se apresenta é que afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele é pessoa e, dessa forma, possui capacidade para ser titular de direitos.

É muito importante destacar que a capacidade é indissociável à personalidade. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 95) entende que “pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada”. Existiria a capacidade de direito ou de gozo, que é aquela adquirida quando do nascimento com vida, como também a capacidade de fato, quando a pessoa teria aptidão para exercer os seus direitos, pessoalmente. Para essa segunda modalidade fala-se também em “capacidade civil plena”.

Corroboram da mesma opinião Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 132) ao entenderem que “todo ser humano tem, assim, capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição”.

Ainda sobre a personalidade da pessoa, o ordenamento jurídico brasileiro, através do Código Civil de 2002, dispõe em seu artigo 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Assim, pela consideração do nascimento com vida como elemento essencial para a aquisição da personalidade jurídica, percebe-se que, como já exposto, há a convergência da teoria natalista. Por conta disso, parcela da doutrina defende que o Direito Civil, nesse aspecto, adotou a referida teoria (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2010, p. 125).

Percebe-se, portanto, através do regramento evidenciado, que o legislador optou pela proteção do nascituro ao elencá-lo no artigo em questão. Mas, apesar de ter seu direito amparado, diferente é daquele que adquire personalidade, decorrente do nascimento com vida.

Seriam, então, elementos constitutivos e indispensáveis para o reconhecimento da personalidade jurídica o nascimento e a vida. Sem eles, não há que se falar em aquisição de personalidade (FARIAS;ROSENVALD, 2013, p. 312).

Entende-se que se tem o nascimento com vida como marco inicial da personalidade, porém, em última análise, estão resguardados os direitos do nascituro.

### 3.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A questão do nascituro é permeada por diversas discussões doutrinárias, uma vez que é muito complexa e controversa, não existindo consenso. Resta claro, pelo que traz o Código Civil brasileiro que o ordenamento cuida daquele ser já concebido, porém não nascido – fato que impede a aquisição da personalidade (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2011, p. 126).

A crítica direciona-se ao dispositivo legal que trata do nascituro, o artigo 2º do Código Civil de 2002, posto que possui pouca clareza e suscita dúvidas quanto à natureza jurídica do mesmo. Ao analisar a sua situação, percebe-se que não há personalidade jurídica, uma vez que ainda inexistem os elementos essenciais para a aquisição dessa: nascimento e vida. Sendo inexistentes, a sua natureza jurídica encontrar-se-ia indefinida.

Incontestável é que o nascituro é um ente por nascer, é ser já concebido e presente no útero materno e que, por conta da falta do nascimento, ainda não possui personalidade, não sendo pessoa, mas, possuindo natureza humana (NERY JUNIOR;NERY, 2009, p. 208).

Orlando Gomes (2009, p. 129) entende que, quanto ao nascituro, existe uma peculiaridade no que concerne à discussão acerca da personalidade.

Existência e duração da personalidade (...). Sua existência coincide, normalmente, com a duração da vida humana. Começa com o nascimento e termina pela morte. Mas a ordem jurídica admite a existência da personalidade em hipóteses nas quais a coincidência não se verifica. O processo técnico empregado para esse fim é o da *ficção*.

Assim, entende-se que uma das possibilidades dessa ficção jurídica, dessa personalidade fictícia seria para o nascituro. O autor continua a fazer considerações ao afirmar que:

A lei assegura direitos ao nascituro, se nascer com vida. Não tem personalidade, mas, desde a concepção, é como se tivesse (...). Essas

ficções atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos. (GOMES, 2009, p. 129)

Resta claro que quanto ao nascituro cabem diversos questionamentos, posto que não existe consenso acerca da sua proteção.

Visando suprir essa lacuna deixada pela falta de clareza, e tentando dirimir essas questões, três teorias surgiram para tentar explicar a situação jurídica do nascituro, sob diferentes pontos de vista. Seriam elas: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

### **3.2.1 A teoria natalista**

A teoria natalista afirma que a personalidade surgiria a partir do nascimento com vida. Ela considera que o ente concebido, o nascituro, não pode ser considerado pessoa, independente da proteção legal prevista – e essa não prevê a aquisição de personalidade. Ele seria, apenas, um ser com expectativa de direitos. A questão central dessa discussão é a proteção da vida; deve existir um interesse geral na proteção dessa, que é direito inviolável (SÁ; NAVES, 2009, p. 65).

Alguns adeptos dessa corrente consideram que ao nascituro não se atribuiria nem personalidade jurídica e, muito menos, o reconhecimento de direitos (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 127).

Não haveria que se falar em reconhecimento de direitos, uma vez que a personalidade jurídica do nascituro só viria a ser reconhecida a partir do nascimento com vida. E, enquanto ser envolvido pelo útero materno, ele é apenas um potencial.

“Para os adeptos dessa corrente, apenas se atribui personalidade ao ente nascido com vida e ao nascituro não se reconheceriam direitos.” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 314).

A corrente natalista considera, então, como detentor de personalidade jurídica apenas aqueles dos quais decorrem o nascimento com vida. Os nascituros não estariam amparados sob essa ótica; não possuindo personalidade; ele possuiria, apenas, mera expectativa de direitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 127). Parte da doutrina é adepta dessa teoria, tal como Sílvio Rodrigues.

### 3.2.2 A teoria da personalidade condicional

Em oposição, a doutrina da personalidade condicional defende a existência da personalidade jurídica, mas a condiciona ao nascimento com vida da criança. Dessa forma, nascendo sem vida não haveria a possibilidade de falar-se em direitos, em contrapartida, nascendo vivo, os direitos seriam confirmados. O nascituro possuiria, então, direitos sob condição suspensiva, que é o nascimento com vida (GAGLIANO;PAMPLONA, 2011, p. 127).

O nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira personalidade jurídica condicional (teoria condicionalista), porque haveria uma condição pendente para a implementação da sua personalidade (o nascimento com vida). (FARIAS;ROSENVALD, 2013, p. 314).

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 317) continuam a tecer considerações sobre a teoria da personalidade condicional:

Desde a concepção o nascituro já possui os direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais – decorrentes de herança, legado ou doação – condicionados ao nascimento com vida. Por isso, observando que os direitos patrimoniais estão condicionados, sustenta essa teoria que a própria personalidade jurídica está condicionada, apesar dos direitos da personalidade já serem reconhecidos desde a concepção.”

Acreditando que o nascituro ou o embrião possuem direitos e merecem respaldo jurídico, Maria Helena Diniz (2011, p. 141-142) expõe considerações sobre o tema:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida (...).

Portanto, os direitos do nascituro estariam sob a dependência de elementos essenciais a serem considerados; seriam eles o nascimento e a vida. A ausência configuraria a inexistência da personalidade jurídica.

### **3.2.3 A teoria concepcionista**

A terceira corrente denominada de concepcionista é fundada no Direito Francês e considera que a concepção é o momento de aquisição da personalidade. Dessa forma, o nascituro, desde o momento da concepção já teria adquirido a sua personalidade jurídica. Em consequência a essa aquisição, já seria considerado uma pessoa. Aqueles que entendem dessa forma, inclusive, admitem efeitos patrimoniais a esse ente, tais como o direito dos alimentos. Essa ótica só é possível por conta da personificação do nascituro (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2011, p. 127).

Como diz o próprio nome, a teoria concepcionista considera a concepção o momento da aquisição da personalidade. O nascituro é pessoa, pois é um ente gerado, porém ainda não nascido (SÁ;NAVES, 2009, p. 67).

Sob o prisma dessa teoria, percebe-se que, aqui, já existe para o nascituro a personalidade jurídica; ela estaria prevista desde o momento da concepção.

Após uma análise mais detida, constata-se que a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista reconhecem direitos ao nascituro. A diferença que reside entre elas está no reconhecimento da personalidade jurídica, que, para a primeira está submetida a uma condição, evento futuro e incerto: o nascimento. Para a terceira teoria, a personalidade jurídica se faria presente desde o momento da concepção.

Fato que não pode ser desconsiderado e que se depreende da leitura do texto legal é uma proteção expressa à figura do nascituro.

### **3.2.4 Reflexões acerca do nascituro**

Além dos fatos que implicam no questionamento acerca da sua natureza jurídica e conseqüente proteção, questões relativas a determinados direitos também o perpassam. Apesar das inúmeras controvérsias e celeumas que se instalam no seu cerne, é inquestionável que o nascituro possui direito à vida e não deve ser tratado como mera expectativa.

Apesar das posições incongruentes, resta claro que deve ser adotada uma posição em jurisprudência, no que tange ao problema dos direitos fundamentais e sua aplicação para os seres ainda em desenvolvimento, em fase anterior ao nascimento, como o nascituro. Tanto ele como o embrião, mesmo situado fora do útero, em decorrência de sua vida e dignidade, são titulares de direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 221).

É possível identificar a proteção ao nascituro em diversos pontos do ordenamento jurídico brasileiro. O Código Penal, nos seus artigos 124 a 127, traz vedações ao aborto, fazendo com que a sua ocorrência enseje sanção penal.

A questão do aborto, inclusive, gera enorme divergência uma vez que existe a permissão legal, para que seja realizado por médico capacitado em algumas situações pré-determinadas.

Assim, o aborto pode ser realizado, por exemplo, quando a gravidez for resultante de estupro. Outra hipótese, definida com base em decisão recente do Supremo Tribunal Federal de 2012, a partir da ADPF de nº 54, regulamentou a possibilidade do aborto para os fetos anencefálicos, entendendo esse possuir fins terapêuticos. A partir disso, instala-se uma celeuma muito grande, pois aqueles que entendem que existe vida desde a concepção não admitem a possibilidade do aborto.

Fato é que, mesmo com as possibilidades de ocorrência de aborto, essas são exceções e em hipóteses em que se entende que existe outro direito a ser considerado no caso em concreto, a exemplo da dignidade da pessoa humana, especificamente, nesses casos. Dessa forma, elas não excluem a relevância e proteção que merece o nascituro no ordenamento jurídico.

Além dessas hipóteses, a edição da Lei nº 11.804/08, que regulamenta a concessão de alimentos gravídicos em favor do nascituro, é mais uma constatação de que o ordenamento jurídico escolheu protegê-lo e que ele tem os seus direitos assistidos e levados em consideração.

Paralelamente, muito se tem discutido acerca dos embriões produzidos em laboratórios e qual seria a devida proteção a lhes ser destinada. Questionamentos surgiram acerca da sua tutela jurídica, suscitando a aplicação ou não do regramento concernente ao nascituro, para esses seres. As explicações serão feitas no capítulo adequado.

### 3.3 AS COISAS E O SEU REGRAMENTO

O Código Civil Português traz em seu artigo 202 a conceituação de “coisa” ao entender que ela é tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas. Em complemento, o Código Alemão ainda entende que elas são bens corpóreos que não de ser tangíveis pelo homem.

Há quem faça a distinção quanto a bens e coisas, mas, em última análise, se entende que coisas seriam aquelas restritas às realidades corpóreas, enquanto os bens se enquadrariam no âmbito imaterial.

A definição do que seria o direito das coisas vai além, quando se entende que ele é aquele responsável por cuidar, regular certos bens que são passíveis de apreciação econômica pelo homem; ele é aquele que regula as relações jurídicas que se referem às coisas que podem ser apropriadas pelo homem, aquelas que se sujeitam ao seu domínio (GONÇALVES, 2013, p. 19).

Orlando Gomes (2009, p. 7) diz ainda que “o direito das coisas regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica”.

Assim, coube ao ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação desse aspecto, uma vez que de interesse dos homens. O Código Civil brasileiro, traz, em seu Livro III intitulado “Do Direito das Coisas” as regras que devem ser seguidas quanto a elas e as definições e regulamentações necessárias.

O direito das coisas, como visto, trata das relações jurídicas concernentes aos bens corpóreos suscetíveis de apropriação pelo homem. Incluem-se no seu âmbito somente os direitos reais. Faz-se mister, portanto, estabelecer a distinção entre direitos reais e pessoais, para delimitar e precisar o objeto do direito das coisas (GONÇALVES, 2013, p. 26).

Dessa forma, é importante diferenciar o direito real do direito pessoal. O primeiro seria aquele que “consiste no poder jurídico, direito e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos” (GONÇALVES, 2013, p. 26); ele regula direito patrimonial e suas normas são de ordem pública. Em contrapartida, o segundo seria aquele através do qual, encontram-se dois sujeitos distintos em uma relação jurídica e um pode exigir do outro a contraprestação devida, advinda de algum compromisso anterior prestado.

Essa distinção e a introdução do conceito inicial do direito das coisas se faz necessária e indispensável, uma vez que, conforme delimitado o âmbito constitucional, o recorte civilista é muito importante para que se busque entender as questões concernentes aos embriões extracorpóreos.

Discutindo-se minimamente a sua questão apenas no que concerne ao seu enquadramento ou não no âmbito do direito das coisas, resta claro que os embriões extracorpóreos não são regidos pelas normas de direitos reais. Não sendo considerados coisas ou bens, por não possuírem apreciação financeira por parte do homem e que estão sujeitas ao seu domínio, não há que se falar nisso. Sendo assim, cabe análise mais profunda para entender em que âmbito do direito brasileiro se situa a proteção a esses seres.

### 3.4 BIOÉTICA, BIOTECNOLOGIA E BIODIREITO

Com a evolução das sociedades e o advento da tecnologia, alguns aspectos que antes eram desconhecidos e até então não explorados, “roubaram a cena” e, por conta disso, passaram a necessitar de ampla proteção. Questão como essa é a que envolve a Bioética e a Biotecnologia, que merecem destaque, em especial.

O termo bioética foi empregado, inicialmente, por um médico norte-americano chamado Van Rensselder Potter em 1971, que entendeu que ela seria a “ciência da sobrevivência”. A partir dessa construção, ele entendeu que ela seria uma disciplina que se aproveitaria das ciências biológicas, utilizando das suas ferramentas para, de alguma forma, aperfeiçoar e elevar a qualidade de vida das pessoas (DINIZ, 2011, p. 33).

Com a evolução do pensamento humano, hoje, entende-se que Bioética é aquela que se ocupa das questões concernentes aos problemas da ciência relacionados com a saúde, às questões de repercussão tecnológica e pesquisas que envolvem os seres humanos, a exemplo de eutanásia. Assim, esse ramo estaria representado pela inserção da Ética nessas novas questões sociais, de grande complexidade.

“A Bioética, como forma de conhecimento aberto, permite investigação ampla, tendo sempre em consideração os valores éticos e os fins da sociedade.” (SÁ; NAVES, 2009, p. 12).

A Bioética tem por objeto a demarcação das possibilidades e limites dos progressos científicos seja à luz da filosofia, moral ou dos valores que devem ser preservados pela sociedade e humanidade. Ela possui princípios básicos, quais sejam: a beneficência, a autonomia e a justiça.

O princípio da autonomia leva em consideração a capacidade que possui o ser humano de decidir e agir; dessa forma, respeitam-se essas prerrogativas.

O princípio da beneficência pode ser considerado a “obrigação de maximizar o número de possíveis benefícios, minimizando os riscos.” (MINAHIM, 2005, p. 31)

O princípio da justiça, segundo Maria Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 34):

[...] Refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o mínimo custo. Nesse “mínimo custo” devem ser abrangidos não apenas os aspectos financeiros, que quando bem equacionados permitem a igualdade de acesso aos serviços de saúde, mas também os custos sociais, emocionais, e físicos. Ou seja, justa é a intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica.

Maria Helena Diniz (2011, p. 36) considera que:

A bioética precisa de um paradigma de referência antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência.

A Bioética acaba por se preocupar com as questões que podem proporcionar a evolução humana nas suas mais diversas acepções, mas, sem dissociar-se em momento nenhum dos valores e princípios constitucionalmente protegidos, exemplo disso é o não afastamento da dignidade da pessoa humana e a necessidade de observância da mesma no caso concreto. Deve acontecer dessa forma uma vez que a mesma é cerne de todo o ordenamento jurídico, sendo princípio orientador dos outros ramos do direito, não devendo nunca ser afastada.

Assim, em questões de ordem médica, por exemplo, como a eutanásia ou pesquisas que visem a evolução da medicina de alguma forma; a dignidade da pessoa humana deve ser observada e deve ser freio, quando haja possível violação a direito. O

estudo da bioética se volta ao respeito à uma vida digna e, para isso, tal princípio deve ser observado.

Bioética e Biodireito caminham conjuntamente aos direitos humanos. Quanto ao segundo, algumas considerações merecem ser feitas:

Subsistema jurídico em desenvolvimento acelerado, voltado para o estudo e disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, como a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva, a mudança de sexo, as pesquisas com células tronco embrionárias. (BARROSO, 2007, p. 20)

A evolução da biomedicina e da biotecnologia proporcionou o surgimento de novas técnicas que geraram campos na medicina até então inexistentes. Hoje, a possibilidade de reprodução assistida ou de pesquisas com células tronco embrionárias só existe por conta da evolução científica. Assim, é indispensável que exista um campo no direito responsável por sua tutela.

Diante dos ramos da Bioética e do Biodireito, Maria Helena Diniz faz exposições pertinentes que refletem a importância das matérias:

A bioética e o biodireito deverão contribuir para um desenvolvimento controlado das ciências da vida, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana na transformação das condições da existência, constituindo o núcleo de um projeto de formação para ética das ciências e o componente essencial da cultura do século XXI. (DINIZ, 2011, p. 953).

Faz-se necessário, ainda, tratar acerca da Biotecnologia e conceituá-la, uma vez que intrinsecamente relacionada à Bioética e ao Biodireito.

Entende-se por biotecnologia o domínio tecnológico que tem por base a biologia. Dessa forma, tem-se a utilização dos seres vivos, de alguma forma, contribuindo para a produção de bens ou serviços.

A partir disso, resta claro que ela se relaciona intimamente com a medicina, da mesma forma que a Bioética. Pode-se dizer que a biotecnologia seria um artifício, uma ferramenta, para a evolução da medicina, enquanto a bioética seria a inserção das normas e princípios que devem ser levados em consideração, para que esse crescimento se dê de forma harmoniosa e não prejudique nenhum ramo da sociedade/pessoas. Em última instância, estaria o Biodireito regulando essas relações inseridas nessas óticas, para que tudo transcorra dentro dos parâmetros éticos e legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## **4 A CELEUMA DOS EMBRIÕES EXTRACORPÓREOS E A ADI 3510**

No ano de 2005 foi sancionada a Lei de Biossegurança, 11.105/2005, que estabelecia normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvessem organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, bem como a criação do Conselho Nacional de Biossegurança, a reestruturação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e disposições sobre a Política Nacional de Biossegurança.

Essa Lei foi objeto de questionamentos, uma vez que possuía artigo que permitia a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

A discussão que se iniciou pautava-se no provável direito à vida que esses embriões que seriam utilizados deveriam possuir e, a partir disso, a análise de constitucionalidade do referido dispositivo.

Essa celeuma se iniciou no mesmo ano de publicação da Lei, com a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, para análise do artigo 5º, que se referia às pesquisas com as células tronco embrionárias.

Para que se entenda como se desenvolveram os questionamentos, como foram apresentados os pontos de vistas e de que forma eles foram defendidos, faz-se necessária uma análise prévia acerca dos embriões, propriamente ditos e seus desdobramentos.

### **4.1 O EMBRIÃO E SUAS CONSIDERAÇÕES**

Todos os seres humanos que se encontram vivos atualmente, um dia, no passado, estiveram nas barrigas de suas mães, como embriões.

Hoje, a realidade vivenciada é tão distinta que, talvez pela grande diferença que se evidencia, seja tão difícil verificar a situação deles, lembrando que aquele foi o primeiro passo de todo e qualquer ser humano.

O embrião é um organismo vivo que se encontra nas primeiras etapas de seu desenvolvimento. Ele surge da junção do espermatozoide masculino com o óvulo

feminino e decorre da fecundação desse óvulo pelo espermatozoide. Assim, a partir desse momento já se pode dizer que existe um ser em potencial, que passará por diversas fases de aperfeiçoamento, resultando naquele que nascerá após os nove meses de gestação.

Até culminar no nascimento, o embrião passa por diversas fases de evolução. Diz-se que por volta do 7º dia da fecundação há a implantação do mesmo no útero materno, por exemplo. Da mesma forma, a partir do terceiro mês já seria possível identificar o sexo do bebê.

Diversos são os processos de evolução desse ser no útero humano. Mas, mesmo evoluindo lentamente, resta claro que ele já é um ser vivo, e, para tanto necessita de proteção do ordenamento jurídico brasileiro. Não entendendo de outra forma, o Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Assim, sendo nascituro aquele que está por nascer, que tem uma chance em potencial de vir a existir, o embrião se enquadra nesse grupo.

Ocorre que o embrião concebido no útero materno não é o único tipo que pode existir. A evolução da Ciência proporcionou um avanço sem tamanho para a medicina que pôde aperfeiçoar as suas técnicas e, a partir disso, trazer soluções para diversos ramos da sociedade. Nessa medida, criou-se a fertilização artificial que é responsável pela criação de embriões extracorpóreos, que, da mesma forma que os anteriores, necessitam de proteção, uma vez que não deixam de ser potenciais seres que virão a existir.

#### **4.1.1 A fertilização *in vitro* e a instituição da família**

Em todos os lugares, diversos casais possuem problemas com relação à infertilidade. Por conta disso, surgiram as técnicas de reprodução assistida, que visam à solução desse problema, através do envolvimento da medicina e da ciência, trabalhando juntas, na resolução dessas questões.

Uma das técnicas muito comuns é a da fertilização *in vitro*, que busca a fecundação fora do corpo feminino, quando nele, inicialmente, não conseguiu evoluir. Assim, são

recolhidos para participar desse procedimento o óvulo feminino e o espermatozoide masculino para que, possa ser realizada a fecundação, de forma artificial.

Esse processo passou por constante evolução através dos tempos. O médico brasileiro responsável pela primeira tentativa bem sucedida de fertilização *in vitro*, foi Milton Nakamura. Ele explica, em livro intitulado “Inseminação Artificial Humana” que o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida passou por algumas fases até se encontrar no estágio atual.

A evolução parte desde o século XVIII, quando algumas tentativas de reprodução assistida já eram intentadas. Posteriormente, a descoberta da dupla hélice do DNA foi essencial para que se entendesse um pouco mais acerca do material genético humano, possibilitando um maior “controle”, entendimento, da sua funcionalidade. Por fim, como marco para o crescimento das técnicas, encontra-se o primeiro “bebê de proveta”, nascido em 1978, na Inglaterra.

A partir do nascimento do primeiro bebê concebido de forma “não natural”, uma revolução foi criada, uma vez que o homem tomava para si o controle de uma situação até então incontrolável (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 87).

O acontecimento desses fatos foi de suma importância, uma vez que a análise do erro e do insucesso através dos tempos permitiram que se trabalhasse em cima da sua correção e aperfeiçoamento, para que se chegasse ao momento atual. Hoje, as técnicas de fertilização *in vitro* são bem sucedidas e permitem, através da fecundação de óvulo com espermatozoide, resultados satisfatórios.

As técnicas que surgiram, acabam por se relacionar com os direitos fundamentais, uma vez que se considera que eles evoluem em dimensões, através dos tempos. “As recentes técnicas de reprodução assistida propiciaram o surgimento dos denominados “direitos de quarta geração” - os derivados dos efeitos da pesquisa biológica (...). Trouxeram, ainda, um grande benefício para as Ciências, possibilitando uma nova reflexão acerca da natureza ontológica, biológica e jurídica do embrião pré-implantatório. (CHINELATO, 2003, p. 365).

Nesse processo, a partir da fertilização *in vitro*, na tentativa de se atingir a fecundação e originar o embrião para que tenha condições de ser implantado no útero materno, acabam por ser retirados mais óvulos do que o necessário. Por conseguinte, mais embriões são fecundados, sendo que nem todos acabam por ser implantados, permanecendo congelados.

Todo esse processo que mexe com a vida humana precisa ser, de alguma forma, regulamentado, tendo definidas as suas diretrizes e limitações, para que, não se violem direitos alheios, ou até mesmo, para que as questões relacionadas à Bioética estejam presentes.

Assim, no Brasil, as técnicas de reprodução assistida são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina que, através de Resolução recente, em 16 de abril de 2013, atualizou as disposições concernentes a essas questões, com base em novos anseios sociais e decisões do Supremo Tribunal Federal, que acabaram por influenciar e redirecionar alguns aspectos antes não previstos. Algumas resoluções a antecederam, a exemplo da nº 1.358/1992.

Dessa forma, através da Resolução nº 2.013/2013 regem-se as normas de reprodução assistida, dentre elas a fertilização “in vitro”. Dispõe:

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013,

RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revoga-se a Resolução CFM nº 1.957/10, publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79, e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

A partir da presente resolução, se percebe que a questão da infertilidade é enfrentada como um problema de ordem social, quando considerada como um problema de saúde, que ocasiona questões de ordem psicológica. Por conta disso, é extremamente importante que se faça a sua regulação, quando pode afetar indistintamente todos os cidadãos.

Outro ponto extremamente relevante é o que concerne à entidade familiar. Segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 39):

A família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinariedade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.

Ela é entidade que está presente no cerne da sociedade e se apresenta, muitas vezes, de forma complexa.

Atualmente, a evolução da sociedade proporcionou uma nova ótica para a entidade familiar, conforme evidenciado na Resolução do Conselho de Medicina, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal. As relações estáveis homoafetivas já são consideradas entidades familiares, apesar de se apresentarem de forma distinta do que foi construído durante a história da humanidade.

A relevância é tamanha que elas já estão regulamentadas na Resolução do Conselho de Medicina, uma vez que as técnicas de reprodução assistida utilizadas acabam por voltar-se à satisfação da entidade familiar, quando proporcionam que ela seja completa, a partir da gestação de uma criança.

Ainda sobre a importância da família:

Ela é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado; (GONÇALVES, 2013, p. 17)

O reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF como entidade familiar só reafirma a importância que a família possui e que, em qualquer modalidade que se apresente, deve ser protegida pelo Estado.

As famílias podem ser consideradas de diferentes formas, quando, por exemplo, se leva em consideração uma entidade formada por um pai, uma mãe e seus filhos e outra formada por um casal, que acabou de contrair matrimônio. Essa última, formada pelo casal, acabou de se formar e, muito provavelmente, objetiva o crescimento, de forma que, um dia, eles possam ter os seus próprios filhos.

Ocorre que nem sempre é possível ter filhos pelas vias naturais. Para muitas pessoas as dificuldades se apresentam, seja por problemas de infertilidade ou por outras questões que se relacionem, como fator dificultador. Assim, as técnicas de

reprodução assistida são essenciais para que se atinja esse intento, levando, em consequência, à completude familiar, facilitando o processo de procriação.

É importante destacar que não há até o presente momento, no Brasil, legislação específica que regule as técnicas de reprodução assistida, alguns projetos tramitam no Congresso Nacional, mas, sem sucesso, até então. Dessa forma, devem ser seguidas pelos médicos as normas de ordem ética, bem como não devem ser postos de lado os direitos fundamentais inerentes às pessoas, não se admitindo, em hipótese alguma violação à dignidade da pessoa humana ou qualquer outro direito.

#### **4.1.2 Os embriões excedentes e o possível descarte**

A partir da coleta dos óvulos para que, em seguida, sejam fecundados pelos espermatozoides, cria-se uma situação que, futuramente pode se transformar em um problema. São coletados mais óvulos que o necessário, uma vez que não se tem certeza do que acontecerá, podendo esses vingar ou não.

A quantidade dos óvulos e dos espermatozoides coletada reflete, desde já, a inclusão do risco do procedimento, pois, é impossível garantir que a associação de um óvulo a um espermatozoide configuraria um embrião saudável, passível de ser implantado no útero. Portanto, é necessário inseminar mais de um óvulo, para que se obtenha mais de um embrião, fato comprovado pelos índices que refletem o êxito desse tipo de tratamento. (ARAÚJO, 2007, p. 3)

Ocorre que, como já citado anteriormente, é muito difícil que todos os embriões que venham a surgir sejam implantados no útero materno. Alguns acabam por não possuírem as condições para implantação, enquanto outros não são implantados por questões inerentes ao planejamento familiar.

Muitas famílias recorrem às técnicas de reprodução assistida por não conseguirem ter filhos nas condições naturais. Mas, em muitas das situações, elas só desejam ter um filho, por questões financeiras, inclusive. Assim, baseiam-se em seu planejamento familiar que identifica qual o momento mais oportuno para ter filhos e qual a quantidade desejada.

A partir disso surge a questão que se volta aos embriões que excedem esse processo de implantação; aqueles que se inviabilizam e não podem exercer a sua função original, qual seja a reprodução.

A Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina traz que:

“V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(...)

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.”

Dessa forma, regulamenta-se quanto àqueles que não serão implantados, cabendo aos genitores determinar qual a sua destinação. A hipótese do item 4 da Resolução 2.013/2013 especifica que, após transcorrido o período de 5 (cinco) anos, caberá a eles determinar se esses serão destinados à pesquisa, conforme prevê a Lei de Biossegurança que será abordada de forma mais detida em tópico posterior, ou, se, em contraposição, devem ser descartados.

Assim, os excedentes, quando congelados, podem ser destinados a outros casais, se forem viáveis à reprodução, como também podem ser remetidos à pesquisa e terapia, ou, ainda, em última análise, ser descartados.

O descarte dos embriões excedentários é uma questão muito conflituosa, uma vez que enseja diversos posicionamentos, quando se analisa, por exemplo, as outras possibilidades que existiriam para eles. Impende ressaltar que, a título exemplificativo, quando o casal é adepto da possibilidade de congelamento dos embriões excedentes, o decurso do tempo pode acabar por tornar inviáveis aqueles que um dia foram viáveis e se destinavam à função reprodutiva.

Quanto ao lapso temporal, não se sabe ao certo qual a quantidade de tempo que é determinante para a degradação do embrião, fala-se em 3 (três) ou 5 (cinco) anos. Fato é que, a cada ano que se passar, a partir disso, ele será menos capaz de atender à sua finalidade do que já havia sido um dia.

É certo que a decisão cabe aos genitores, mas, parece correto remeter aqueles que, porventura, não vieram a ser implantados no útero humano, ao lixo, quando ainda possuíam outra destinação satisfatória? Essa questão será novamente trazida à baila, após as explanações da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3510, que

determinou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, quando da análise dos direitos fundamentais que poderiam ser atribuídos aos embriões extracorpóreos, no caso concreto.

#### 4.2 A ADI 3510

Conforme ideia introduzida anteriormente, em 2005 foi sancionada a Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005, que tratava acerca das normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que envolvessem organismos geneticamente modificados, seus derivados e outras coisas relacionadas ao assunto.

O seu artigo 5º tratava acerca da permissão de utilização, para fins de pesquisa e terapia, das células tronco embrionárias.

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 n. 9434 de 4 de fevereiro de 1997.

Após a sua publicação, o referido artigo foi questionado. Dessa forma, o então procurador geral da República, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, por entender que a referida lei possuía dispositivo que violava a Carta Magna, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O entendimento da contrariedade da Constituição Federal se fixava no artigo 5º da Lei 11.105/2005 e, principalmente, no que tangia à possibilidade de utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Seu juízo de valor

estava fundado na possível violação de dois princípios constitucionais amplamente amparados, quais sejam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Tal transgressão seria proveniente da utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia (BARROSO, 2008, p. 42).

O Dr. Cláudio Lemos Fonteles acreditava e defendia que o **conceito** jurídico do início da vida não se esgotava no campo do direito civil e que, por conseguinte, o campo constitucional também se preocupava com o seu **conceito**, uma vez tida como “inviolável”. Assim, por possuir **delimitação** amplamente aberta, chamava o Supremo Tribunal Federal para determinar o momento em que se inicia a vida. (FONTELES, 2005, p. 14)

A possibilidade de propositura da ação pelo então procurador geral da República estava calcada no artigo 103, VI da Constituição Federal.

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 da Assembleia 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.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade responsável por analisar a (in) constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 foi a ADI de nº 3510.

O processo de julgamento da ADI foi de 2005, quando proposto, até 2008, quando, então, foi proferida decisão pelo ministro relator do processo, Carlos Ayres Britto. Durante esse percurso travado em busca da resolução do impasse suscitado pelo Dr. Cláudio Lemos Fonteles, que considerava a disposição no artigo 5º da lei analisada inconstitucional, surgiram duas correntes de posicionamento no que concerniam às células tronco embrionárias e a possível violação aos direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

As correntes de pensamento se apresentavam da seguinte forma; de um lado aqueles que concordavam com o então Procurador Geral da República e

consideravam o disposto no artigo 5º inconstitucional, sendo contrários à utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, por clara violação ao direito à vida do embrião.

A outra vertente entendia que o conteúdo do referido artigo não violava a Carta Magna, sendo, assim, adepta da utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Ambas as opiniões estavam calcadas em ideologias, experiências de vida, religião, e muitos outros fatores que, de alguma forma motivassem os seus julgamentos.

Muitos dos que discordavam da utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, como o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, compactuavam da sua ideia, de que a vida existe desde a fecundação e, por conta disso, faz-se mister que seja preservada a sua inviolabilidade. (FONTELES, 2005, p. 15).

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, relator do processo, em seu voto, a primeira corrente argumentava que a retirada das células tronco de um embrião fertilizado in vitro, destruiria a sua unidade e seria equivalente à prática do crime de aborto. Essa ideia está calcada no entendimento de que, mesmo o embrião que foi concebido em laboratório, já é um ser, já é um organismo e, dessa forma, merece ser enxergado da mesma maneira que aquele que já está implantado no útero materno.

A partir dessa linha de pensamento, depreende-se a ideia de que aqueles que são adeptos a ela, a partir do exposto, consideram que, desde o momento da concepção – seja ela laboratorial ou pelas vias naturais – já existiria um ser dotado de vida, ser que deveria ser alvo de proteção. Assim, a utilização das células tronco embrionárias feriria o direito à vida desse embrião pré-concebido e ainda não implantado no útero materno. Para essa corrente, coincidiria o momento da concepção e da personalidade, independente de como essa concepção ocorresse.

Ives Gandra da Silva Martins, advogado presente no julgamento, e defensor da ideia de que a concepção é o marco em que se inicia a vida humana, considera que a utilização das células tronco embrionárias seria uma “canibalização do ser humano, incompatível com o estágio de civilização da sociedade moderna”.

Uma vez concebido laboratorialmente, já estariam presentes as características genéticas, o sexo do embrião, bem como toda a carga genética proveniente da união do óvulo materno e do espermatozoide paterno. Todos esses elementos já

estariam constituídos desde a primeira célula desse embrião (GARCIA, VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO, 2008, p. 10).

Dessa forma, desde a concepção, que acarreta na fecundação, já haveria um ser formado e, por conta disso, seria inadmissível a utilização das células tronco embrionárias do mesmo. Estar-se-ia destruindo uma unidade genética formada; a vida de um ser seria ceifada.

A partir dessa ótica, o direito à vida estaria sendo violado, fato que é repudiado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que entendeu pela sua inviolabilidade ao elencá-lo como direito fundamental.

A segunda corrente de opinião é diametralmente oposta ao que foi apresentado, uma vez que concorda com a utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, visto que elas são células com alto poder de diferenciação, podendo se transformar em todos ou quase todos os tecidos do corpo humano, promovendo a substituição e eventual regeneração de órgãos e sistemas.

A Dra. Mayana Zatz, geneticista de grande representatividade no cenário científico, expôs a sua opinião acerca do tema durante a ADI nº 3510. Para ela, diferente do que foi exposto, as pesquisas com as células tronco embrionárias advindas dos embriões congelados, não corresponderiam a um aborto disfarçado.

Não seria um aborto, uma vez que nele, uma vida em formação no útero seria interrompida a partir de uma intervenção humana. Em contraposição, no caso dos embriões congelados, a vida só vai existir a partir da intervenção; ela é extremamente necessária para que haja a implantação daquele embrião fertilizado no útero materno. Sem ela, não haveria vida. Dessa forma, é essencial que se perceba a diferença entres os tipos de intervenção e os que eles acarretam.

Essa corrente de pensamento visualiza que, na utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, está a grande possibilidade de se chegar à cura de grandes enfermidades, até então sem respostas. A possibilidade de emprego desse tipo de célula representaria um avanço sem tamanho para a Medicina, bem como para a sociedade.

A divergência entre as duas correntes não é só conceitual e ideológica, ela evidencia a contraposição de dois direitos fundamentais amplamente protegidos e previstos constitucionalmente: o direito à vida e o direito à saúde.

O direito à vida do embrião congelado e fertilizado *in vitro* seria ferido, caso ocorressem as pesquisas com células tronco embrionárias. De outro lado, a inexistência das pesquisas com esse tipo de célula seria um óbice à cura de diversas enfermidades, que enxergam nela uma esperança, como defendido por inúmeros médicos e cientistas, a exemplo da geneticista Dra. Mayana Zatz.

A questão acerca do direito à vida e a dignidade da pessoa humana voltadas ao embrião, que motivou diversas discussões e foi o fator impulsionador dessa Ação Direta, só chegou ao fim em 2008, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

#### 4.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI 11.105/2005

Em 2008, o Ministro Carlos Ayres Brito, proferiu seu voto, após todas as explanações e considerações que haviam sido tecidas. Muitas questões foram trazidas, acerca da discussão do direito à vida, bem como a possível contraposição, no caso em questão, ao direito à saúde.

O julgamento da ADI nº 3510 trouxe a presença de um feito inédito para a democracia brasileira com a realização da sua primeira audiência pública, trazendo a sociedade para o caso em questão. Uma vez que se tratava de questão da mais alta complexidade e que era de interesse geral da população, a participação dos que, de alguma forma poderiam influenciar na formação de opinião, foi convocada.

Essa contou com a participação de diversas entidades tais como o Movimento em prol da vida – MOVITAE; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, dentre outros. Além desses grupos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser essencial a presença de alguns especialistas que foram convidados, a exemplo da Dra. Mayana Zatz, o Dr. Dráuzio Varela assim como a Dra. Patrícia Helena Lucas Pranke.

Assim, além dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que deveriam estar presentes e dos requeridos, foi possível notar a presença da figura dos *amici curiae*. Esses, participando como amigos da corte, foram convidados a participar, expondo a sua opinião sobre a celeuma instalada.

Todas essas atitudes que eram tomadas se voltavam à busca de uma melhor decisão pelo Supremo Tribunal Federal, quando, a partir disso, elas poderiam atuar em subsídio às decisões que seriam proferidas pelos Ministros, auxiliando no seu convencimento.

A partir do exposto na audiência pública, das declarações e afirmações de pontos de vistas divergentes; o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 5º da Lei de Biossegurança não violava a Constituição Federal.

Assim como o Ministro relator do processo, o entendimento da constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 também prevaleceu e foi defendido por outros Ministros tais como Ellen Gracie, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Na mesma linha que o relator do processo, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, demonstra o seu apreço pelas pesquisas com células tronco embrionárias.

A óptica dos contrários às pesquisas não merece prosperar, distanciando-se de noção humanístico-racional. Sob o ângulo prático, sob o ângulo do tratamento igualitário, tão próprio a sociedade que se diga democrática, a conclusão sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º em análise prejudicará, justamente, aqueles que não têm condições de buscar, em outro centro no qual verificado o sucesso de pesquisas com células-tronco, o tratamento necessário.

A partir desse trecho do voto, o Ministro Marco Aurélio expõe a sua tese em favor das células tronco fundado no direito à saúde e na possibilidade do alcance à cura de enfermidades. Adotou a linha defendida pelos médicos que se pronunciaram durante essa questão, a exemplo da Dra. Mayana Zatz, que entende que as pesquisas a partir das células tronco embrionárias representariam um avanço sem tamanho para a sociedade.

Em oposição, se apresentaram os Ministros Carlos Alberto Menezes, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que entendiam que as pesquisas com células tronco embrionárias deveriam ocorrer, porém, com algumas ressalvas.

Fundado na ideia de que as pesquisas com as células tronco embrionárias não violavam o direito à vida do embrião, o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão da constitucionalidade do artigo em questão. Porém, a sua decisão que, motivadamente representava o ponto de vista e a opinião da maioria dos Ministros,

e, deixava contente a vertente que era a favor das pesquisas; abria uma lacuna quanto ao provável direito à vida do embrião – entendido como inexistente.

A partir da decisão que julgou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, passou a existir um vazio legislativo quanto ao direito à vida do embrião. Uma vez concordando com as pesquisas, rechaçava o exposto pelo então Procurador o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, proponente da Ação, e seus adeptos. Mas, era necessário responder às questões atinentes à vida desses seres, uma vez que era o cerne do entendimento contrário ao que vigorou.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão referente a ADIN nº3510, em ementa, posicionou-se.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

A partir da discussão travada no processo que julgou a ADIN nº 3510, é notável a existência dos direitos fundamentais permeando essa celeuma. Por conta disso, faz-se mister discuti-los, inseridos na ótica da proteção ao embrião, a partir do processo da referida ADIN.

Como as convicções apresentadas acerca do tema são totalmente incongruentes, sempre, o que parecer acertado aos olhos de um não o será para outros.

Apesar de toda a discussão travada durante o processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, muitas coisas ainda são passíveis de questionamentos.

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto na ADI 3510, afirmou que:

Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

A declaração da mesma acerca do papel do Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, não foi satisfatória. De certo que quanto ao início da vida humana, quanto ao seu marco inicial, pode-se atribuir como função da medicina e da ciência a sua delimitação. Mas, uma vez constatando-se a celeuma instalada dentro desse ramo quanto às teorias que versam acerca da vida, cabe ao Supremo Tribunal Federal, corte máxima dentro do sistema jurídico brasileiro, pôr fim a esses questionamentos, dirimindo-os e, uniformizando o entendimento, de forma que se saiba qual o marco para a Constituição Federal de 1988.

Assim, é sabido que não existe momento determinado pela Constituição Federal como marco do início da vida humana. Talvez, na época em que o texto constitucional foi escrito, essas questões não foram analisadas pelo legislador. O ponto mais importante dessa discussão, é que, com a constante evolução do mundo e das técnicas científicas, faz-se essencial a delimitação e especificação de aspectos como esse.

Cada vez mais surgirão novas técnicas e novas formas de lidar com o que já existe, a exemplo dos organismos geneticamente modificados. Assim, parafraseando a Ministra Ellen Gracie, por mais que existam conceitos que não estejam “plasmados explícita ou implicitamente” na Constituição Federal, é papel da Suprema Corte responder a esses questionamentos, é papel da mesma suprir as lacunas deixadas pelo legislador e que se evidenciam no caso concreto.

A questão dos embriões extracorpóreos, fertilizados *in vitro*, vai muito além, quando se constata que eles só estão “amparados” pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. A referida resolução visa definir normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dentre elas a fertilização artificial ou fertilização *in vitro*.

Assim, a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, 11.105/2005, vai muito além da celeuma do artigo, propriamente dito. Remonta-se às questões e aos direitos fundamentais que permeiam a ótica da utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia e da possível violação de muitos desses direitos.

### 4.3.2 Os direitos fundamentais na ótica dos embriões extracorpóreos

Através de todo o exposto, resta claro que a questão da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, remete a uma preocupação com os direitos que se relacionam com os embriões extracorpóreos.

A Constituição Federal de 1988 se encontra no centro do ordenamento jurídico brasileiro. As ações humanas e os outros regramentos devem estar em conformidade com o que ela dispõe. Dessa forma, o respeito aos direitos fundamentais é basilar e deve ser o objetivo final de todas as coisas. Não há que se considerar lei que viole ou contrarie esses direitos.

Quando da propositura da ADI, o então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, evidenciava a sua posição contrária à utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Inclusive, em sede de inicial, defendeu que a utilização das mesmas acarretaria em violação de direitos dos embriões: o direito à vida e a dignidade.

Como cerne da problemática evidenciada está a questão do direito à vida e em consequência a que envolve o princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi a partir do direito à vida e sobre ele que se travaram todas as discussões concernentes às pesquisas com as células tronco embrionárias. Dessa forma, delimitar o marco inicial do começo da vida e traçar as suas delimitações era fundamental para responder ao problema suscitado.

Partindo das considerações já tecidas sobre as teorias de início da vida, sendo elas a teoria da concepção, teoria da nidação, teoria das primeiras atividades cerebrais e teoria natalista, pode-se caminhar em direção à decisão do Supremo Tribunal Federal.

O questionamento do Dr. Cláudio Lemos Fonteles centrava-se na proteção ao direito à vida do embrião, quando defendia que desde o momento da fecundação esse já era um ser, merecedor de proteção. Sendo assim, a possibilidade de utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia deveria ser descartada, uma vez que ia de encontro ao direito à vida, tido como inviolável pela Constituição Federal de 1988.

Para responder à questão da (in)constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, a Suprema Corte precisou se manifestar no tocante ao direito à vida, uma vez que cerne da problemática suscitada. No decorrer do processo de votação da ADI 3510, a maioria dos ministros se manifestava de forma a não considerar existente a violação do direito à vida, no caso dos embriões extracorpóreos.

Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana. (...) Por isso não tem sentido cogitarmos, em relação a esses 'embriões' do texto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, nem vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana (GRAU, 2008).

O trecho do voto do Ministro Eros Grau transcrito acima, reflete exatamente a questão da desconsideração de violação ao direito à vida dos embriões extracorpóreos. Esse foi o posicionamento dominante e foi de extrema importância para que fosse considerado constitucional o artigo 5º da referida Lei e para que, a partir disso, pudessem ser realizadas, dentro dos limites exigidos legalmente, as pesquisas com células tronco embrionárias.

O Ministro Carlos Ayres Brito, inclusive, faz considerações acerca das teorias de início da vida, correlacionando com a questão da morte cerebral. Ele identifica que esse deve ser o paralelo a ser traçado quando da análise dessas questões.

A partir disso, o entendimento consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal ao permitir as pesquisas com células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, deixa claro a sua não concordância com a teoria da concepção.

Tal noção depreende-se do que se considera pela teoria concepcionista, já que a mesma considera que existe vida desde o momento da concepção. Essa era a posição defendida pelos que alegavam a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Fato é que a decisão que definiu que os embriões extracorpóreos não possuiriam direito à vida funda-se, com vistas nos votos apresentados, numa opção pela expressão do direito à saúde e da ciência. A não consideração deles como um ser vivo, implica na não consideração como pessoa e a consequente negativa da personalidade jurídica.

Ocorre que não só o direito à vida estava em cheque. Apesar de ser a base para todos os questionamentos que existiram, direitos tão importantes quanto ele mereciam ser avaliados.

A dignidade da pessoa humana também merece devido enfoque, uma vez que é princípio norteador do estado democrático de direito.

A questão sobre ela é clara: aqueles que consideram que o direito à vida está sendo ferido quando da utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, entendem que há visível violação à dignidade do embrião.

De certo que, na mesma medida que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela não violação do direito à vida, não visualizou a dignidade do embrião ferida, de nenhuma maneira. Não se pronunciando acerca dessa questão, talvez, entendam que, inclusive, se ele não teria direito à vida, sequer teria a dignidade violada, pois não a possuiria.

Os vazios que se observam a partir dessa questão são inúmeros.

A Constituição Federal de 1988, quando traz no caput do artigo 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, traz a noção de igualdade, determinando implicitamente que o princípio da isonomia deve ser observado e seguido, tamanha a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se inferir do texto constitucional a proteção ao referido princípio a partir do artigo 3º, IV ao dizer que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.”

A Carta Magna em diferentes momentos reafirma a proteção desse princípio que deve ser sempre observado, na medida em que “todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 660).

Assim, na medida em que a Constituição Federal entende que todos devem ser tratados igualmente, o que dizer do embrião em útero materno, que recebe a proteção do ordenamento brasileiro, quando considerado nascituro, um ente por nascer, e do embrião extracorpóreo, aquele concebido e fertilizado *in vitro*, fora do

útero materno? Segundo o princípio da igualdade eles não deveriam ser tratados da mesma forma? Tratar os iguais de forma desigual não representaria ofensa a esse princípio constitucional?

Levando em consideração a questão do tratamento desigual entre os desiguais, há a questão de que um se apresenta em útero materno, enquanto o outro estaria, também fertilizado, porém, *in vitro*. Ocorre que ambos se destinam à procriação, os dois são criados com o mesmo objetivo, qual seja, a reprodução. A finalidade dos dois tipos de embriões é o nascimento com vida.

Por mais que os embriões se apresentem em situações físicas distintas, eles possuem as mesmas propriedades biológicas; são o resultado da fecundação de um óvulo com um espermatozoide, já possuem, desde esse momento a carga genética que deverão carregar e as características que apresentarão quando vivos.

Enquanto o embrião que está no útero materno é um ser vivo em potencial, o fertilizado *in vitro* está conservado e permanece de forma estática, até que alguém faça algo que modifique a sua situação. Eles apresentam formas de conservação diferenciadas, porém não deixam de ser a mesma coisa. Eles são potenciais seres vivos, ambos têm capacidade para se transformar em uma pessoa humana e contrair direitos e obrigações.

Da mesma forma que as pesquisas com as células tronco embrionárias, a partir de determinado ponto de vista, podem ferir o direito à vida do embrião extracorpóreo, existe a possibilidade de se enxergar violação ao princípio da igualdade, uma vez que existe a diferenciação de tratamento de seres estruturalmente iguais

A questão da possível diferenciação entre eles deve pautar-se em critérios objetivos. Analisa-se qual o critério da diferença, qual o fundamento para tal, além da compatibilidade “dessa desigualdade” com o ordenamento jurídico.

Ocorre que adotar como critério de diferença o ambiente físico em que se encontram parece muito pouco, quando se leva em consideração que eles possuem estruturas físicas iguais, bem como a mesma finalidade, o nascimento. Parece que se pautar no critério físico fomentaria a desigualdade entre eles.

É uma discussão que sempre permitirá múltiplas interpretações a partir da ótica enfocada.

Outros direitos ainda são observados nesse contexto. Partindo da utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, verifica-se, com a sua efetivação, a concretização do direito à saúde e da livre expressão científica, ambos garantidos constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988 trata sobre a saúde e a expressão científica em diversos momentos. Traz em seu artigo 5º, inciso IX que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Além desse dispositivo, o direito à saúde aparece no artigo 6º, caput, quando ela diz que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho (...)”. Ainda, no artigo 196 determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Percebe-se, portanto, que por opção do legislador constitucional, escolheu-se proteger amplamente a saúde, sendo o nosso Estado garantidor, responsável pela efetivação desse direito.

A efetivação do direito à saúde e à livre expressão científica podem ser materializadas através da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, uma vez que a permissão das pesquisas com células tronco embrionárias era tida como essencial para o alcance da cura de enfermidades. Muitos dos Ministros que votaram a favor do referido artigo expuseram suas considerações acerca das pesquisas como efetivação do direito à saúde.

Hoje, já é sabido que, por mais que as células tronco embrionárias possuam alto poder de diferenciação e capacidade de se transformar em qualquer célula do corpo humano, elas não vistas mais como única oportunidade para a cura de enfermidades. A ciência evoluiu de tal forma a encontrar outras respostas, além da utilização desse tipo de célula.

Com relação aos embriões extracorpóreos, existe Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

A infertilidade humana foi considerada um problema de saúde, sendo a fertilização *in vitro*, através da reprodução assistida, uma forma de viabilizar a solução desse entrave. Percebe-se que, aqui, também se trata de questão de saúde, mas, uma questão com implicações de ordem física e psicológica, como fica descrito na regulamentação da Resolução.

Dessa forma, a afirmação de que a utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia seria a efetivação do direito à saúde, pode ser refutada pela ideia de que a fertilização *in vitro* também é a efetivação do direito à saúde, devendo, dessa forma, estarem os embriões extracorpóreos amplamente protegidos.

Mais uma vez, se identifica que a ótica adotada para se fazer a leitura da situação será determinante para qualquer juízo de valor a ser emitido.

A problemática suscitada pela ADI 3510 com relação à utilização das células tronco embrionárias centra-se no direito à vida e perpassa por outros direitos, tão importantes quanto, aqui descritos. A questão é que, essa é uma “via de mão dupla”: ao adotar a posição de que as pesquisas devem ocorrer, entende-se que os embriões extracorpóreos não possuem direito à vida, que não há violação ao princípio da dignidade e, em consequência à isonomia e que existe, de fato, efetivação do direito à saúde e livre expressão científica.

Em contrapartida, o entendimento de que a utilização das células tronco embrionárias violaria o direito à vida dos embriões extracorpóreos, remete à confirmação de que eles possuem direito à vida, que têm direito a uma existência digna e que devem ser tratados da mesma forma que aqueles concebidos em útero materno, uma vez que acabam por possuir os mesmos elementos biológicos, se configurando em seres iguais, porém, em ambientes físicos distintos.

Ocorre que a decisão proveniente da ADI 3510 refutou as colocações expostas acima, uma vez que, implicitamente definiu não haver direito à vida para esses seres. O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta, protege e ampara todas as questões que se voltam ao interesse da coletividade e que, de alguma forma, possuem relevância para os seres humanos.

Assim, não parece correto que os embriões extracorpóreos não possuam nenhum tipo de tutela jurídica.

#### 4.4 A (DES)NECESSIDADE DE ORDENAMENTO JURÍDICO PARA A TUTELA DO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO

Após todas as explanações realizadas, resta claro que o embrião extracorpóreo é um ser vivo, ou, em outras palavras, um ser vivo em potencial; ele virá a ser vivo a partir de alguma intervenção humana.

Fato é que, considerado como ser ou ser em potencial, uma análise sobre a estrutura da sua entidade física precisa ser feita.

A partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3510, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os embriões extracorpóreos que seriam utilizados nas pesquisas com células tronco embrionárias não teriam o direito à vida violado. Por conseguinte, subentende-se que, se eles não sofreriam violação a esse direito, o mesmo não existiria para esses seres. Cumpre analisar, dessa forma, as questões inerentes a esse ser.

Diz-se que a personalidade jurídica da pessoa começa a partir do nascimento com vida e que é considerado pessoa aquele que nasce com vida. Assim, em última análise, não sendo ser nascido, o embrião extracorpóreo não poderia ser considerado pessoa, detentora de personalidade jurídica.

De certo que o nascituro, que é ente por nascer possui proteção expressa do Código Civil brasileiro, uma vez que o mesmo especifica que se protegem os direitos do mesmo desde a concepção. Então, o que seria o embrião extracorpóreo senão um ente já concebido e por nascer?

O embrião extracorpóreo é ente já concebido quando se constata a união entre óvulo e espermatozoide, que, fecundados, originam um novo ser que, nesse momento, possui todas as informações genéticas que necessita para que se expresse quando nascido. A distinção que se faz entre ele e o que se encontra no útero materno é exatamente o espaço físico em que se encontram e que se seria determinante para a diferenciação que sofrem; enquanto um permanece no útero materno o outro está em laboratório.

Com relação às questões do nascituro e dos embriões, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/2002, atual n. 276/2007 que visa a proteção legal

da vida, desde a sua forma mais simplificada. A proposta reformularia o artigo 2º do Código Civil de forma que a sua redação seria “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direito do embrião e do nascituro”.

A nova redação proposta viria a dirimir as questões concernentes aos embriões extracorpóreos, uma vez que, nela, estaria especificada a sua proteção.

Em contrapartida, outro Projeto de Lei também tramita no Congresso Nacional e versa sobre as questões atinentes às técnicas de reprodução assistida. Esse é o Projeto de n. 90/1999. Em seu artigo 9º, parágrafo 1º ele prevê expressamente que “não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei”.

A simples análise das duas propostas evidencia uma discrepância absurda, quando um dos projetos prevê a proteção ao embrião extracorpóreo e o outro opta por afastá-lo do amparo legal. Até o presente momento nenhum deles vingou, mas, parece acertado que essas diferenças se resolvam antes que haja a aprovação no Congresso Nacional, uma vez que, eles acabam por anular um ao outro, quando se colocam de formas opostas.

Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 127) se manifestam acerca do tema ao dizerem:

A respeito do tema, somos favoráveis à ampla proteção do embrião concebido *in vitro*, uma vez que não reputamos justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de este ter-se desenvolvido intrauterinamente.

A declaração dos referidos autores acaba por remeter ao princípio da igualdade, uma vez que eles deixam claro que a consideração diferenciada desses entes, residida apenas no ambiente físico em que se processam, não é correta, segundo ponto de vista. Assim, a questão do tratamento desigual entre os desiguais não se processaria, uma vez que eles não seriam seres em desigualdade.

Silmara Juny Chinelato considera que:

Definir a natureza jurídica e ética do embrião pré-implantatório é um dos temas que mais provoca polêmicas na Bioética e no Biodireito (...). Entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade.

A questão de divergência que se evidencia entre os embriões e os nascituros, talvez, só se encerre quando alguma lei que os regulamente seja aprovada. Enquanto isso não acontecer, a problemática continuará instalada e as opiniões incongruentes continuarão se apresentando.

Ainda com relação aos embriões extracorpóreos propriamente ditos, não podendo ser considerados pessoas, e havendo divergência quando à sua consideração como nascituro, também não podem ser considerados como “coisas”. Como exposto, o regramento das coisas, constante do Código Civil, trata acerca dos direitos reais, que estão relacionadas ao direito de propriedade e, por consequência, relacionam-se intimamente com a valoração econômica. Não há como afirmar que os embriões extracorpóreos possam ser regidos por esse ramo do direito, uma vez que não existe a mínima possibilidade de tratar sobre essas figuras atribuindo-lhe valor econômico.

Se fosse atribuída valoração econômica aos embriões extracorpóreos, acabar-se-ia indo de encontro frontalmente à dignidade, que objetiva a não coisificação do homem, visa que ele não seja tratado como objeto nas suas relações. De certo que os embriões não são considerados pessoas, pois não nascidos, mas parece muito radical a não atribuição da dignidade a esses seres, uma vez que possuem potencial a transformar-se em pessoa.

A desconsideração da dignidade acaba por remetê-los a um destino tortuoso, uma vez que qualquer coisa poderá ser feita com eles, sem que haja preocupação alguma. Atribuir dignidade a esse ser é entender que ele possui importância no ordenamento jurídico brasileiro e que representa, para muitas pessoas, a exteriorização da figura da família de forma completa.

Assim, não há como considerar os embriões extracorpóreos como regulamentados pelos direitos reais, pela não possibilidade de atribuição de valoração econômica, uma vez que há clara violação à dignidade, que lhe deve ser assegurada.

Ainda com relação a possível processo de coisificação que pode ocorrer com eles, a questão dos excedentes embrionários e o descarte, evidenciam violação à dignidade que eles devem possuir.

Descartar os embriões excedentários, que não puderam atender a sua finalidade primordial, a procriação, quando ainda possuíam uma finalidade com relevância

social, é violar frontalmente a dignidade que lhes deve ser inerente, em oposição ao que regulamenta a Constituição Federal que trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao excedente, impende ressaltar que eles estão intimamente relacionados com a questão da fertilização artificial. Os excedentários decorrem da coleta de mais óvulos que o necessário, uma vez que esse processo é imprevisível e não se tem certeza acerca do seu resultado. Assim, acabam por ser gerados mais embriões do que serão implantados no útero, pois, nem todos vem a se desenvolver da forma esperada e acabam por não poder ser implantados. Assim, é importante que se regule a forma pela qual se dá a retirada desses óvulos, para que, de alguma maneira, controle-se minimamente a questão dos excedentes a partir desse primeiro momento.

Uma vez considerado que os embriões extracorpóreos não podem sofrer o processo de coisificação, não há que se falar em comercialização ou destinação duvidosa dos seus excedentes. Além da clara violação ao princípio da dignidade, há proibição expressa no artigo 5º Lei 11.105/2005, que trata acerca das pesquisas com células tronco embrionárias. Ele traz em seu parágrafo terceiro que “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 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

É evidente a proibição à comercialização dos embriões.

Como alternativa ao descarte, a referida lei trouxe a possibilidade da destinação desses embriões extracorpóreos, que excedem o processo de implantação, às pesquisas com as células tronco embrionárias, desde que haja o consentimento dos genitores. Parece que essa é uma opção para que, de alguma forma, os embriões possuam uma finalidade. Não atingindo o objetivo de reprodução, que se tenha um papel social, pelo menos, quando empregados nas pesquisas que visam a cura de doenças e a evolução da medicina, fato que beneficia toda a coletividade.

O emprego para as pesquisas com as células tronco embrionárias parece viável. Há quem defenda, como os adeptos da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, que as pesquisas violariam frontalmente a dignidade do embrião e a sua vida, quando sua estrutura biológica seria destruída. Mas, e o descarte? Esse

não representaria da mesma forma uma violação à vida e a dignidade do mesmo quando seria destinado ao lixo?

Parece que, no caso concreto, um sopesamento de direitos deve ser feito. Já que não é possível atingir a sua finalidade procriativa e, como se sabe que os embriões excedentes a esse processo, após um lapso temporal poderão ser destinados ao lixo, deve-se, ponderar qual a solução que se apresenta mais viável, para que esse ser possua alguma destinação, cumprindo um papel na sociedade, que não aquele que lhe era original.

Destinar ao lixo porque não se concorda com as pesquisas, posto que haveria flagrante violação ao direito à vida e à dignidade é, de alguma forma, corroborar com a própria violação a esses direitos. A destinação ao lixo representaria uma degradação, quando a ele comumente se destinam aquelas coisas que não servem mais, que perderam o seu valor ou que, não interessam. Desprezar-se-ia a entidade biológica e a consideração de que aquele é um ser com potencial a ser pessoa, por não se concordar com as pesquisas.

Por mais divergência que exista quanto à consideração dos seus direitos, é certo que a sua função primordial é a reprodutiva. Porém, não podendo cumprir com ela e não havendo possibilidade de implantação no útero materno, vindo a vingar como um ser humano, parece acertado que possua outra destinação, com tamanha relevância que a procriativa.

Assim, por maior que seja a celeuma instalada, com a devida autorização dos genitores, parece que a destinação às pesquisas é uma solução ao problema do descarte, atribuindo a esses seres uma função social.

Quanto ao questionamento que se instala acerca do direito à vida por conta das teorias que versam sobre ela, o entendimento do STF já está formado. Por mais que os Ministros no decorrer dos seus votos na ADI nº 3510 não tenham explicitado qual teoria a qual se vinculam, Carlos Ayres Brito, fundamentando seu voto, declarou que o paralelo a ser feito é o da morte cerebral. Da mesma forma que a medicina entende que uma pessoa está morta a partir da morte cerebral, podendo, assim, haver a doação dos seus órgãos, a vida começaria a partir dos primeiros impulsos nervosos.

Dessa maneira, por mais que não haja concordância com relação a esse aspecto, esse é o parâmetro a ser seguido até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste expressamente acerca do tema ou que, lei posterior seja editada e exponha as suas considerações acerca da questão.

Fato é que, a desconsideração do direito à vida não implica na inexistência de outros direitos ou, até mesmo, na desnecessidade de amparo legal para os embriões extracorpóreos. Diante do exposto, é evidente que eles devem ter assegurado o direito à dignidade, de forma que não sejam expostos a situações degradantes, assim como não deverá existir o tratamento desigual com relação aos embriões que se encontram dentro do útero.

A diferenciação entre os iguais representa flagrante violação ao princípio da igualdade e deve ser repudiada, na medida em que contraria frontalmente a Constituição Federal e os direitos fundamentais elencados por ela.

Portanto, a proteção aos embriões extracorpóreos se volta a uma questão essencial, quando se busca assegurar, de alguma forma, que aqueles seres que não podem se defender de nenhuma maneira, tenham direitos mínimos assegurados. Uma sociedade que escolheu proteger os interesses da coletividade e prevê os seus direitos, de forma que as suas violações sejam diretamente punidas, não pode compactuar da não proteção a esses entes.

A regulação por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, mesmo que atualizada e acompanhando as novas mudanças e anseios sociais, se apresenta insuficiente.

A evolução da sociedade e o aparecimento de novos interesses impulsionaram o Direito a evoluir, de forma que alguns aspectos ganharam uma evidência nunca antes pensada. Foi assim que o Biodireito ganhou destaque e passou a ser importante para muitas das questões atuais, relacionadas à Biotecnologia e às novas técnicas científicas.

Não se defende, aqui, a criação de uma lei específica ou algo que modifique todo o ordenamento jurídico brasileiro. A questão central é a necessidade da tutela jurídica do embrião extracorpóreo, uma vez que é um ser em potencial e, como figura existente na sociedade, possui enorme relevância e interesse coletivo.

Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 34) trata sobre eles e entende que:

Sob prisma diverso, a probabilidade de o embrião “de proveta” vir a se tornar uma pessoa tal qual as já existentes é também fator determinante da preocupação em vê-lo amparado pela ordem jurídica estabelecida. Reside, aqui, a similitude entre os embriões in vitro e as pessoas nascidas.

Continua tecendo considerações acerca do tema ao afirmar:

Verifica-se um profundo distanciamento entre a estrutura normativa clássica referente à ordem das pessoas e a novidade representada pelos embriões humanos de laboratório (...). Por outro lado, inafastável é a sua equiparação ao ser humano nascido, pelo que necessário e urgente o reconhecimento sobre os limites e possibilidades de sua proteção (2000, p. 34-35).

A máxima do Direito é que “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”. Assim, não havendo nada que trate acerca dos embriões extracorpóreos e da sua tutela, se permite que a sua utilização seja feita de forma indeterminada e, talvez até desarrazoada.

Como responsável pela organização e regulamentação da sociedade, cabe ao Direito garantir a segurança jurídica, regulamentando todos os aspectos que se apresentam como essenciais e indispensáveis para a convivência humana, assim como aquelas objeto de seu interesse. Portanto, se evidenciando a sua necessidade, é papel do Direito garantir a tutela jurídica ao embrião extracorpóreo.

## 5 CONCLUSÃO

A questão dos embriões extracorpóreos é muito importante para a sociedade. Eles são resultado da evolução das técnicas de reprodução assistida através dos tempos e, representam a superação de erros e infortúnios do passado, para que se chegasse ao patamar em que se encontram, na atualidade.

Ocorre que não se trata apenas da evolução desses seres, propriamente ditos; eles só existem e só se encontram nessa posição, pois a humanidade deu saltos de desenvolvimento. O crescimento se evidencia nos mais diversos aspectos, dentre os quais, podem se identificar a medicina, a ciência e, principalmente, os direitos.

As pessoas passaram a considerar os direitos como cerne existencial de todas as sociedades.

Esse pensamento foi resultante de muitas questões anteriores que se apresentaram. As grandes injustiças e desigualdades vivenciadas no passado, a exemplo da que culminou na Revolução Francesa, no século XVIII e na Segunda Guerra Mundial, fizeram as pessoas refletir sobre quais eram, de fato, as questões importantes e essenciais para os seres humanos.

Viver em um mundo permeado de desigualdades e injustiças degrada o homem e acaba por destruir a sua essência, quando ele passa a se contaminar com a sociedade em que convive. O salto histórico e, principalmente, humano, que sucedeu a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial foram grandes responsáveis pela situação vivenciada pelo ser humano, nos dias de hoje.

No que concerne à Revolução Francesa, talvez, se aquelas pessoas que se encontravam descontentes e insatisfeitas com o sistema de governo vigente não se rebelassem e fossem à luta por condições mais dignas de vida, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não teria sido produzida. Ela, que é marco do desenvolvimento social e dos direitos fundamentais, representa um avanço sem tamanho para a época.

Em constante evolução, o mundo se viu envolto à Segunda Guerra Mundial e, após o seu término e as inúmeras temeridades cometidas, era necessário reafirmar aos homens os seus direitos mais essenciais. A partir desse momento, surgiu a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento apresentado pela ONU, que representa mais um dos avanços com relação aos direitos fundamentais na história da humanidade.

Após a ocorrência desses fatores mundiais e o rompimento com uma estrutura de poder centralizadora, que restringia os direitos mais essenciais das pessoas, proveniente da ditadura militar, o Brasil promulgou a Carta Constitucional de 1988, que veio a ser conhecida como Constituição Cidadã.

A partir disso, os direitos fundamentais passaram a ser o centro de muitos dos questionamentos que se instauraram na ordem jurídica, devida a sua relevância. Resta claro que, como pilares do ordenamento jurídico, devem ser objeto de proteção, sempre.

Assim, conclui-se pela preponderância e essencialidade dos direitos fundamentais em uma sociedade que se considera democrática e tem apreço pela cidadania. Não há como direito e cidadania caminharem separados, uma vez que o próprio exercício do primeiro acaba por reafirmar o segundo.

Uma sociedade que preza pelo homem, individualmente considerado, com os seus deveres e necessidades, precisa ter os direitos fundamentais positivados e garantidos. Somente com o exercício dos mesmos, as pessoas atingirão a sua completude.

A partir disso, ressalta-se a importância da consideração dos direitos fundamentais, também, para os embriões extracorpóreos. Sendo centro do ordenamento jurídico brasileiro, não há como desconsiderar a incidência dos mesmos para esses seres.

De certo que as questões polêmicas acerca dos embriões fertilizados *in vitro* estarão sempre em pauta, uma vez que, até o presente momento não há regulamentação devida para esses seres. Mas, tratar acerca dos mesmos, considerá-los como potenciais seres que virão a existir e, em um segundo momento, desconsiderá-los como detentores de direitos parece contraditório e até mesmo brutal.

A questão que reside no cerne da discussão é a diferenciação que eles possuem com os que se encontram no útero materno. Independente disso, se deve atentar para a necessidade de proteção. Nesse momento, dizer que eles são iguais ou até mesmo que possuem os mesmo direitos que aqueles que se encontram intrauterinamente, só estimulará mais divergências e celeumas.

Cabe entender que eles são seres e possuem as mesmas características biológicas que aqueles que se encontram em útero. Mais ainda, eles merecem o devido respeito, independentemente de estarem *in vitro*. O espaço laboratorial não lhes retira a dignidade que deve pertencer a eles, muito menos os faz inferior aos outros.

O sistema jurídico brasileiro precisa se reorganizar de forma a, atento às questões atuais que se relacionam à Biotecnologia, tais como a exposta, regulamentá-las, da forma devida, atribuindo, assim, a seres como os embriões extracorpóreos, todos os direitos que lhes são devidos.

Assim, conclui-se pela relevância e preponderância desses seres, dentro do Estado Democrático de Direito, entendendo ser necessária e indispensável a sua proteção e regulação através dos direitos fundamentais, cerne principiológico da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Disciplina Jurídica do Embrião Extracorpóreo, 2007.**

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: Uma introdução. **Tratado de Direito Constitucional.** São Paulo. 1. p. 9-46, Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco embrionárias: dois temas acerca da dignidade da Constituição.** 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.** Ano XXXVIII, nº 86, jan/jun/2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAICK, Patrícia Ramos; MOTA, Miriam Brecho. **HISTÓRIA: Das cavernas ao terceiro milênio.** 3. ed. São Paulo: Moderna, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **VOTO DA ADI Nº 3510,** 2008.

CHINELATO, Silmara Juny. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos:razões para se alterar o caput do artigo 1.621 do novo Código Civil. **Novo Código Civil: Questões controversas – Série Grandes Temas do Direito Privado.** São Paulo. 1. Vol. 1. p. 355-372, Método, 2003.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana de Direitos Humanos,** 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>, acesso em 18/10/2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>, acesso em 19/11/2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL, Vol. 1: Parte Geral e LINDB.** 9. ed. Salvador: Juspodium, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL, Vol. 1: Parte Geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL, Vol. 1: Parte Geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL, Vol. 5: Famílias**. 5. Ed. Salvador: Juspodium, 2013.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Pronunciamento sobre a ADI nº 3510**, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de DIREITO CIVIL, Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de DIREITO CIVIL, Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL**. 19. Ed. São Paulo: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **DIREITOS REAIS**. 19. Ed. São Paulo: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 1, Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 1, Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 5, Direito das Coisas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 5, Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **VOTO DA ADI Nº 3510**, 2008.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O DIREITO “IN VITRO”: da Bioética ao Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434/1997**, de 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)>

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marco Aurélio. **VOTO DA ADI Nº 3510**, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição Federal de 1988. **Edições Especiais Revista dos Tribunais – 100 anos: Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Argentina: Revista dos Tribunais. Vol 1. p. 305-322, 2011.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 6960/2002**, atual 276/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/438647.pdf>>, acesso em 05/12/2013.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 90/1999**. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm)>, acesso em 05/12/2013.

\_\_\_\_\_. **Resolução 2.013 do Conselho Federal de Medicina**, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>, acesso em 02/12/2013.

\_\_\_\_\_. **Resolução 1.957 do Conselho Federal de Medicina**, de 06 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>, acesso em 02/12/2013.

\_\_\_\_\_. **Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina**, de 19 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Porto Alegre. RBDC, nº 09, p. 361-388, jan/jun/ 2007.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **VADE MECUM**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Voto da Ministra Ellen Gracie na ADI 3510**, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>, acesso em 20/04/2013.