

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

KALLYANE PEREIRA QUIRINO ELIAS

**A TUTELA JURÍDICA DOS EMBRIÕES *IN VITRO* COMO SUJEITOS DE DIREITO
FACE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

SOUSA-PB
2013

KALLYANE PEREIRA QUIRINO ELIAS

**A TUTELA JURÍDICA DOS EMBRIÕES *IN VITRO* COMO SUJEITOS DE DIREITO
FACE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Jacyara Farias Souza

SOUSA-PB
2013

KALLYANE PEREIRA QUIRINO ELIAS

A TUTELA JURÍDICA DOS EMBRIÕES *IN VITRO* COMO SUJEITOS DE DIREITO
FACE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: _____ de _____ de 2013.

Prof^a. Jacyara Farias Souza- UFCG
Orientadora

Nome – Titulação - Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação - Instituição
Professor(a)

AGRADECIMENTOS

À Deus, por todas as dádivas que me foram concedidas dia após dia, por me sustentar e permanecer fiel mesmo quando me desvio de Sua Graça! Obrigada Jesus pelo teu Amor tão forte e tão seguro que me preenche e me devolve que eu nunca possa esquecer quão grande e misericordioso És! Graças e Louvores a Ti a todo o momento!

À minha mãe, luz de Deus em minha vida, rocha firme e sustentáculo de amor, rosa perfumada que me ergue e me levanta cheia de ternura, dedicada, fonte de toda a minha espiritualidade, obrigada mãezinha pelo teu amor tão profundo e tão verdadeiro. Amo-te!

Ao meu pai, verdadeiro mestre e sábio, exemplo vivo de honradez, humildade sem fim e entrega total ao próximo, espelho de vitória, amor complacente, que me ensinou que dedicação e amor é o segredo do sucesso. Inspiro-me em você!

Ao meu irmão, pela valorosa amizade que nos une. Obrigada por tudo!

À Maria Eduarda, fonte de toda alegria e pureza, responsável por grande transformação em minha vida, verdadeiro presente de Deus! Amo-te incondicionalmente!

Ao meu esposo, pelo amor que nos move, pela motivação e amizade, pela família que construímos! Que seja eterno...

À minha amiga Alessandra, pelas demonstrações de amizade verdadeira, por todo carinho e atenção! Conte sempre comigo!

À minha cunhada Roberta, exemplo admirável de mulher determinada e sonhadora, quem me fez amar mais o Direito. Quero ser igual a você!

À minha amiga Nathália, com quem dividi as experiências de faculdade, agradeço todo o companheirismo. Vai deixar saudades!

À minha querida orientadora, Jacyara, por todo o conhecimento comigo compartilhado sobre Direito Constitucional, mas, acima de tudo, pela atenção, respeito, paciência, amizade, e pelo exemplo, que, com certeza me ensinou mais do que o histórico acadêmico, dedico especialmente a você este trabalho, com a certeza de que é por você que ele chegou até aqui! Muito obrigada, Deus a abençoe!

Ao CCJS, que foi o meu segundo lar e me acolheu tão bem! Muito Obrigada!

Enfim, a todos aqueles que contribuíram para a minha formação como pessoa e como jurista, meu agradecimento.

*“Nenhuma época acumulou conhecimentos tão numerosos e tão diversos sobre o ser humano como a nossa.
Nenhuma época conseguiu apresentar seu saber acerca do ser humano sob uma forma que nos afete tanto.
Nenhuma época conseguiu tornar esse saber tão facilmente acessível.
Mas também nenhuma época soube menos o que é ser humano”.*

Martin Heidegger (1953)

RESUMO

O presente estudo, cujo enfoque consiste na tutela jurídica conferida ao embrião *in vitro*, tem como objetivo central examinar o tratamento jurídico concedido aos embriões excedentários, resultante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, denominadas FIVET (Fecundação *In Vitro* com transferência de Embrião), opondo-se ao tratamento conferido a estes pela Lei de Biossegurança (Lei nº11.105/2005). A importância deste estudo consiste no fato de se enquadrar o embrião criopreservado ou criopreservado, como sujeito de direitos, fazendo jus à proteção do ordenamento jurídico, merecendo o seu reconhecimento como pessoa em estado de vida diferenciado e, portanto, concedendo-lhe todos os direitos advindos de sua qualidade. Para o alcance desse objetivo, este estudo é baseado no método dedutivo, em pesquisa bibliográfica, utilizando-se da hermenêutica jurídica, sempre com o intuito de constituir uma apreensão da questão, ficando na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, fundado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, demonstrando sua aplicabilidade em relação ao amparo jurídico do embrião humano *in vitro*. Examinar-se-á como se dá a reprodução humana assistida, seus tipos e consequências, temas cruciais que se constituem em um verdadeiro dilema a ser resolvido pelo ordenamento jurídico pátrio. Neste contexto, aborda-se o Direito na Regulação da Biotecnologia e suas nuances. A relevância do tema na realidade contemporânea é patente, pois se destaca a vida humana sob o ponto de vista biológico e jurídico, e percorrendo as teorias que a norteiam. Analisa-se a situação jurídica dos embriões *in vitro* abordando questões quanto ao risco de sua coisificação em virtude de estar em situação extracorpórea, verificando a necessidade de resguardá-lo, em razão de sua natureza humana, visando precipuamente à proteção da vida, face às manipulações genéticas, posicionando-a como pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, conforme a pesquisa realizada, constata-se a necessidade de resguardar o embrião *in vitro*, tendo em vista estar-se deste modo, resguardando o próprio ser humano, face o desenvolvimento das ciências biotecnológicas.

Palavras-chave: embrião *in vitro*, reprodução assistida, vida.

ABSTRACT

This study, whose focus is on the legal protection afforded to the embryo in vitro, has as main objective to examine the legal treatment accorded to surplus embryos resulting from the use of assisted reproductive techniques, called IVF and ET (In Vitro Fertilization with Embryo Transfer) , objecting to the treatment given to them by the Biosafety Law (Law No. 11105/2005). The importance of this study lies in the fact that cryopreserved embryos cryopreserved or as a subject of rights, and are entitled to protection of the law and deserves its recognition as a person living in a state of differentiated and therefore giving it all rights coming from its quality. To achieve this goal, this study is based on the deductive method, in literature, using the legal hermeneutics, always aiming to provide an understanding of the issue, digging at the juncture of a democratic state founded on the principle Dignity of the Human Person, demonstrating its applicability in relation to the legal protection of the human embryo in vitro. It will examine ways in which the assisted human reproduction, their types and consequences, which are crucial issues in a real dilemma to be solved by legal parental rights. In this context, we discuss the Law for Regulation of Biotechnology and its nuances. The relevance of the subject in contemporary reality is patent, stands out because human life from the point of view of biological and legal, and traversing the theories that guide. Analyzes the legal status of embryos in vitro addressing questions about the risk of its reification by virtue of being in extra corporeal situation, verifying the need to protect it, due to his human nature, aiming precipuamente the protection of life, face to genetic manipulation, positioning it as the cornerstone of the Brazilian legal system. Thus, according to the research conducted, there is the need to protect the embryo in vitro in order to be thus protecting the human being, against the development of biotechnology.

Key-words: embryo in vitro, assisted reproduction, life.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CFM – Conselho Federal de Medicina

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNBS – Conselho Nacional de Biossegurança

CT – Células-Tronco

CTNBIO – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança

DNA/ADN – Ácido Desoxirribonucleico

EUA – Estados Unidos da América

FIV – Fecundação ou Fertilização In Vitro

FIVET – Fecundação In Vitro com Transferência de Embrião

OGMS – Organismos Geneticamente Modificados

OMS – Organização Mundial da Saúde

SBRA – Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TRHA – Técnicas de Reprodução Humana Assistida

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO À VIDA	12
2.1 DELINEAMENTO HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.. Erro! Indicador não definido.	
2.2 O INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	14
2.3 O DIREITO À VIDA E A ENGENHARIA GENÉTICA.....	16
2.4 O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	20
3 BIOÉTICA E BIODIREITO	23
3.1 BIOÉTICA: DEFINIÇÕES E PERSPECTIVAS.....	23
3.2 BIODIREITO E SUAS NUANCES JURÍDICAS	25
3.3 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO.....	27
3.3.1 Princípios Bioéticos Básicos.....	27
3.3.2 Princípios do Biodireito.....	29
3.4 BIOÉTICA, BIODIREITO E HUMANISMO JURÍDICO.....	33
4 DOS DIREITOS PESSOAIS DO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i>	36
4.1 EMBRIÃO: ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS	36
4.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	38
4.3 O EMBRIÃO HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITOS	43
4.4 DIREITO À FILIAÇÃO	46
4.5 O EMBRIÃO <i>IN VITRO</i> E O DIREITO SUCESSÓRIO	52
5 A PROTEÇÃO DO EMBRIÃO HUMANO <i>IN VITRO</i> NO DIREITO BRASILEIRO .	56
5.1 EXAME DA LEI Nº 11.105/2005 – LEI DE BIOSSEGURANÇA	56
5.2 O ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
5.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	60
5.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIMITES E DESAFIOS...61	
5.5 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PESSOA HUMANA E A MANIPULAÇÃO DOS EMBRIÕES <i>IN VITRO</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	64
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

As evoluções científicas recentes, em especial na área biotecnológica, vêm ocasionando diversas transformações na sociedade, permitindo ao homem a descoberta de novos horizontes no que se refere à concepção da vida e a sua continuação. Conceitos e valores cuja estabilidade eram considerados imutáveis, como o de vida, pessoa e dignidade, vêm sendo causa de incoerência social, e instabilidade jurídica. Em decorrência de tais fatos, recorre-se ao direito para procurar soluções claras e viáveis buscando regular a temática, tendo em vista ser de grande relevância para a comunidade.

Diante das novas possibilidades de procriação através de técnicas de reprodução artificial, surgiram com elas, modalidades diversas de alterações no patrimônio genético do ser humano, a saber: clonagem, possibilidade de criação de seres transgênicos, experimentações em embriões humanos para atender finalidades cosmetológicas, entre outros; de tal sorte, que adido aos benefícios, acabaram por surgir situações de completa perplexidade para a humanidade, de forma a causar acalorada discussão sobre algumas condutas médicas praticadas no âmbito da procriação assistida, relacionada aos embriões excedentários.

Nessa conjectura surgem indagações quanto a essas praticas da engenharia genética, afinal, devem ou não ser controladas? É possível justificar a experiência com seres humanos? A liberdade de pesquisa deve ser absoluta ou relativa?

É nesta conjuntura que surge o Biodireito e a Bioética, como ordem normativa dogmática que fornece subsídios e respostas para as inquirições trazidas em decorrência da evolução das ciências da vida. As soluções e encaminhamentos propostos visam conseguir um equilíbrio entre o desenvolvimento científico e o respeito à dignidade e à integridade do ser humano.

Destarte, o presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento jurídico do embrião *in vitro* decorrente das técnicas de reprodução humana assistida no ordenamento pátrio, no sentido de avaliar a possibilidade ou não da efetivação, como exemplo, as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Diante desta realidade, o embrião humano será apresentado como protagonista principal deste estudo, pois, considerando que ao mesmo tempo em que com ele surge a possibilidade de geração de uma nova vida, com ele se instaura também

uma verdadeira revolução no que diz respeito à preservação da própria pessoa e sua dignidade.

A seriedade e a proeminência deste estudo justificam-se em decorrência do aumento do interesse científico que abrange os embriões *in vitro*, uma vez que estes embriões têm as denominadas células-tronco embrionárias. Entretanto, para a aquisição dessas células torna-se forçosa a destruição do embrião humano, o que gera uma miríade indagações éticas e jurídicas. Ademais se observa que no Brasil ainda não existe uma lei que regulamente especificamente as técnicas de reprodução humana assistida e as situações dela decorrentes, existindo tão somente uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamenta a prática e o uso de técnicas de reprodução humana.

Como o ordenamento jurídico e a problemática nesta disciplina, carecem de uma legislação normativa específica para regulamentar a realização das técnicas de reprodução humana, tendo em vista que a procriação é um direito garantido pelo art. 227 da CF/88, o texto fará um paralelo entre as questões que cercam o embrião *in vitro* e sua utilização em pesquisa e investigação científica, no sentido de demonstrar a potencialidade das células-tronco embrionárias, bem como os limites éticos e jurídicos dessa utilização. Avalia-se também o estudo das categorias clássicas do Código Civil e da personalidade civil, onde se constata a insuficiência desses institutos para regulamentarem de forma clara o trato com os embriões humanos, sem deixar de ser óbvia a defesa a vida.

Para a feitura da presente pesquisa utilizar-se-á o método dedutivo, analisando-se as proposições reinantes no ordenamento jurídico sobre o direito à vida e a regulamentação infraconstitucional existente. A técnica de pesquisa manejada é a bibliográfica, pautando-se na doutrina nacional e estrangeira, bem como nos posicionamentos dos tribunais nacionais.

No primeiro capítulo, serão apresentadas considerações acerca da reprodução assistida e suas consequências ético-jurídicas e sua relação com o direito à vida, seguida de sua proteção constitucional. Em um segundo momento, se examinará o Biodireito e da Bioética, como paliativos de extrema importância no que tange à limitação das pesquisas biotecnológicas e o resguardo da dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo se fará uma explanação no que se refere aos direitos pessoais do embrião *in vitro*, estabelecendo regras sobre o começo e o fim da persona-

lidade da pessoa, bem como a capacidade e os direitos de família. É justamente neste ponto que o problema começa a ser delineado: a determinação do regime jurídico concernente ao embrião humano, nomeadamente na esfera civil-constitucional em face dos direitos fundamentais, considerando-o como sujeito de direito, titular de relações jurídicas, garantindo ao mesmo o direito à identidade, filiação, aos direitos sucessórios e demais direitos personalíssimos.

No quarto capítulo far-se-á uma observação à Lei de Biossegurança, à proteção dos direitos humanos, incluindo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana no trato com os embriões face às manipulações genéticas, extraíndo do texto constitucional regras e diretrizes para nortear uma resolução para os principais problemas verificados no campo técnico-científico.

Este estudo ainda apresentará a divergência doutrinária abordando a natureza jurídica do embrião *in vitro*, bem como será ponderado o tratamento legislativo outorgado ao embrião *in vitro* no Brasil com base em uma análise histórica até os dias atuais. Debate-se também a ausência de regulamentação normativa acerca do assunto, este ainda um fator preponderante no ordenamento jurídico.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO À VIDA

As modernas técnicas de reprodução humana surgiram com o intuito de realizar o sonho de um número cada vez maior de pessoas estéreis ou inférteis, com a finalidade de que estas alcancem o desejo da maternidade ou paternidade. Tal acontecimento assinala o surgimento de uma nova era, a biotecnológica, caracterizada pela intervenção do homem no processo de procriação natural.

Diante do acelerado progresso da ciência neste sentido, o ordenamento jurídico pátrio demonstrou-se lacunoso para resolver a situação oriunda das técnicas de reprodução assistida, de modo que este tema ficou em total desarmonia com a legislação existente. Destarte, diante deste novo panorama, caracterizado por debates éticos, jurídicos, religiosos e sociais, cujo tema é bastante atual e controverso, resultante de situações antes inimagináveis que desafiam a Ciência Jurídica, procura-se demonstrar a necessidade urgente da criação de uma legislação específica sobre a matéria, a fim de serem garantidos e respeitados os direitos inalienáveis, tanto das pessoas que se utilizarão destes meios para procriarem, como das pessoas resultantes destes métodos.

Há que se atentar que a temática sobre a reprodução humana assistida envolve antes de qualquer coisa o manuseio da vida, pois, no momento da fertilização, ou seja, da penetração do óvulo pelo espermatozoide, se forma uma nova identidade biológica, o embrião, que carrega em si uma nova vida, individualizada, independente daquelas que lhe deram origem.

É neste diapasão, que se tenta viabilizar o embrião como sujeito de direito, tendo em vista sua natureza jurídica, objetivando-se o seu reconhecimento como pessoa, titular de relações jurídicas e merecedor da proteção jurídica pelo ordenamento pátrio.

2.1 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Segundo o médico brasileiro Milton Nakamura, responsável pela primeira Fertilização *In Vitro* (FIV) com êxito no Brasil, o progresso da biotecnologia e Medicina nesta área passaram por três etapas até chegar ao estágio atual, conforme destacado por Sauwen e Hryniewicz (2008).

A primeira fase ocorreu em meados do século XVIII, em que Ludwig Jacobi, natural da Alemanha, fez tentativas de inseminação em peixes. Ainda no mesmo século, um biólogo italiano chamado Lazzaro Spallanzani, conseguiu resultados animadores na fecundação de mamíferos. Ocorre que, em 1799, John Hunter, médico e biólogo inglês, foi o primeiro cientista a lograr êxito com a fecundação por inseminação assistida em seres humanos.

Em meados do século passado o médico francês Girault, de 30 tentativas em seres humanos, teve sucesso em 9 delas. O Dr. Marion Sims também teve sucesso em 6 casos nos EUA. Em 1884, o médico inglês Pancoast fez a primeira inseminação heteróloga, isto é, com o esperma de um doador que não o marido. Em 1890, o Dr. Dickinson já fazia emprego em larga escala das técnicas da Inseminação Assistida.

A segunda fase ocorreu por volta de 1953, quando os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H.C. Crick descobriram a estrutura em hélice do DNA. Tal descoberta deu origem à Genética Molecular e é considerada o marco inicial da Engenharia Genética.

A terceira fase tem início em 1978, na Inglaterra, onde nasceu Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, que significou o pleno êxito da Fertilização Assistida, também conhecida como Fertilização "In Vitro".

Tornou-se certo um fato que, até então, pertencia ao campo experimental: a possibilidade de concepção de um ser humano *in vitro*. A fertilização extracorpórea passou, desde então, a fazer parte efetiva das técnicas de reprodução humana assistida. De um lado, a mencionada técnica trouxe a possibilidade da realização do sonho de ser pai ou mãe para inúmeros casais inférteis; porém, de outro, ocasionou delicados questionamentos jurídicos, muitos dos quais até o presente permanecem sem resposta adequada.

Com o contínuo progresso científico, é que foi criado em 1980, na Austrália, o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados. Tal fato passaria a configurar-se como um dos maiores desafios enfrentados pelos ordenamentos jurídicos de vários países. Residindo a problemática, principalmente, no fato da indecisão dos tribunais e/ou governos em permitir a pesquisa com células-tronco embrionárias ou resguardar o eventual direito desses embriões excedentários virem a nascer.

Ademais, fato de suma importância para a legislação pátria, deu-se em 7 de outubro de 1984, quando foi concebida Ana Paula Caldeira, a primeira brasileira resultado da fertilização *in vitro*.

A partir deste fato, as novas técnicas de Reprodução Humana Assistida passaram a ser utilizadas na sociedade brasileira por quem quisesse e pudesse delas usufruir, o que, de fato desencadeou uma problemática pelo fato de faltarem normas capazes de regular esta situação. Diante deste cenário surge a Lei de Biossegurança com a finalidade de regular os novos fatos criados pela biomedicina.

2.2 O INÍCIO DA VIDA HUMANA

Um dos maiores problemas na discussão ética sobre os limites dos avanços biotecnológicos funda-se na delimitação do início da vida humana. A identificação do verdadeiro momento em que esta se inicia, revela-se extremamente importante na medida em que essa informação interfere diretamente no desenvolvimento científico, obstruindo a realização de experiências em razão do receio de se atingir indiscriminadamente uma vida, evitando assim, a prática de crimes graves contra a pessoa em suas diversas fases de desenvolvimento (IORRA, 2008).

Ao longo da história, destacaram-se algumas teorias sobre o início da vida humana, reconhecidas como principais. São elas: (i) Teoria da Concepção, esta se mantém como a mais forte dentre todas, apontando o início da vida no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, não importando se esta foi realizada *in vitro* ou no útero. Para os defensores desta teoria, a única mudança concreta consistiu na capacidade de fecundar gametas fora do útero, considerando, portanto, o início da vida como o exato momento da fecundação. Esta tese fundamenta-se em demonstrar o caráter humano do embrião, afirmando que o desenvolvimento biológico é ininterrupto, realizando-se sem nenhuma mutação qualitativa, ainda que não seja reconhecida como figura humana, não se pode desconsiderar sua fase inicial de vida. Conclui-se que nesta teoria o embrião humano é um indivíduo em desenvolvimento, que merece o respeito e dignidade que é dado a todo homem, a partir do momento da concepção (IORRA, 2008).

A segunda diz respeito à Teoria da Nidação, que afirma que a vida inicia-se no momento da implantação do embrião na parede do útero, o que ocorre por volta do sexto dia após a concepção, pois acredita-se que é pela implantação que o ovo

adquire viabilidade, e determina o estado gravídico da mulher, tendo em vista que a partir de então os hormônios femininos começam a se alterar (OLIVEIRA, 2012).

Justifica ainda, que antes da implantação o que existiria seria um amontoado de células, que posteriormente constituiria os alicerces do embrião, ou seja, apenas com a nidação é que as células poderiam ser consideradas capazes de gerar um novo ser. Portanto, sustentam que não há nenhuma vida humana em um embrião fertilizado em laboratório, portanto, não necessitando de proteção como pessoa humana.

A terceira Teoria corresponde à Teoria Natalista, segundo essa teoria, a personalidade da pessoa teria início a partir do nascimento com vida, de modo que o nascituro seria um ser em potencial, necessitando nascer com vida para que lhe sejam atribuídos os direitos que lhe são reservados por determinação legal. Revela-se, pois como um ser com expectativa de direitos.

Por último, a Teoria da Formação dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central, esta teoria defende que o início da vida se dá a partir do momento em que surgem os rudimentos do que será o córtex cerebral, ou seja, o começo do desenvolvimento da organização básica do sistema nervoso central, acontecendo entre o décimo quinto e o quadragésimo dia de evolução embrionária, esta vertente faz um paralelo entre dois momentos de grande relevância: o início da vida e a morte, considerando que, se o ser humano é deduzido como morto no instante que seu cérebro deixa de emitir sinais de atividade, da mesma forma, deverá se considerar vivo o feto no instante em que o cérebro emite os primeiros sinais de vida (OLIVEIRA, 2012).

Mesmo com base nas várias teorias sobre o início da vida, talvez não seja possível se chegar a uma conclusão sobre este exato momento, sendo assim, tendo em vista que o tema encontra amparo e diversas respostas em vários segmentos, tais como na religião, na ciência e no ordenamento jurídico, analisar-se-á tais critérios a fim de que se chegue o mais próximo possível desse conceito.

Segundo o critério religioso, tomando por base a igreja cristã, a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não um ser humano em potencial. Portanto, manifesta-se contra o aborto e a manipulação de embriões, acreditando que negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce seria contrário ao amor humano (PETRINI, 2013).

De acordo com o critério biológico, os estudos mostram de forma segura que a vida se inicia com a fertilização, quando o espermatozoide e óvulo se unem, formando um indivíduo com um conjunto genético único, um verdadeiro ser humano digno de direitos.

Por fim, o posicionamento do ordenamento jurídico, adota uma combinação entre a teoria natalista e a concepcionista, pois considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida, porém, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

Feitas estas considerações, resta evidenciado, ainda que, não de forma pacífica, a partir da fecundação surge uma nova vida humana, merecendo toda a proteção jurídica relativa à sua condição.

2.3 O DIREITO À VIDA E A ENGENHARIA GENÉTICA

A CF/88, em seu art. 5º, *caput* consagra a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial desde a concepção, momento comprovado cientificamente como o marco inicial da formação da pessoa. Deste modo, por ser essencial ao ser humano, é um bem jurídico tutelado como direito fundamental.

É o primeiro de todos os direitos naturais do homem, ao qual se vinculam o direito de nascer, e ao longo de toda a sua existência, o de viver com dignidade, trata-se de um direito natural do homem, porque o direito não tem condições de criá-lo, competindo-lhe apenas o reconhecimento de sua precedência. É um direito que não permite gradações, sendo responsável por dar fundamento a todos os demais direitos constitutivos da pessoa humana, dentre os quais o direito de ser respeitado em sua própria identidade e o direito de não ser instrumentalizado, como destacado por Diniz (2011).

Da garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana, subjaz a ideia de que o indivíduo humano não pode ter o seu processo vital interrompido, a não ser pela morte natural, espontânea e inevitável.

Nesse mesmo sentido, valiosas as considerações de Silva (2002) apud Ferraz (2011, p.36):

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil compreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais

um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Sendo assim, o não reconhecimento da vida do ser humano *in vitro*, afronta o Princípio Constitucional supracitado e vai mais além, afronta igualmente o princípio materializado no, art. 3º, IV, da CF, qual seja a promoção do bem comum, de modo que seria inconcebível menosprezar a vida humana *in vitro*, por esta se encontrar em uma fase diferenciada. A vida é igual para todos os seres humanos devendo ser tratada de forma igual em todas as fases e aspectos. Portanto, o respeito a ela e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer.

A vida, ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula pétrea, fica acobertada de inviolabilidade e intangibilidade devendo estas características serem alcançadas em toda a sua plenitude e magnitude. Logo, qualquer atentado a mesma, declara-se eivado de inconstitucionalidade, devendo, pois, ser repellido pelo Estado tanto juridicamente quanto socialmente.

Conforme assegura o art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Em virtude dos avanços científicos, parece que o entendimento da vida vem sendo obstaculizado em decorrência das manifestações e problemas ocasionados pela biomédica, de modo a degradar o que tende a proteger o ordenamento jurídico. Porém, ainda que usando de artifícios científicos para tentar explicar a utilização da vida em situação de laboratório, ainda parece ser uma tentativa fracassada diante da supremacia e intangibilidade desta.

Com esse posicionamento, leciona Diniz (2002) apud Ferraz (2011, p.38):

Somos a favor da legalização da vida e não da morte, uma vez que a norma constitucional garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, que deverá ser respeitado. Admitir legalmente nos tempos atuais, que se coloque uma etiqueta num ser humano, decidindo se deve ou não nascer, que se exija perfeição física e mental para viver, que se garanta a gestante o direito de optar entre a vida ou a morte do seu filho ou que se permita que seres humanos inocentes e indefesos sofram a pena capital, sem um processo legal, seria um retrocesso. Equivaleria a aceitar uma nova e falsa moral, que dá a vida um valor relativo, permitindo apenas a sobrevivência de seres humanos que satisfaçam determinados padrões estéticos, físicos ou intelectuais e

atendam aos interesses egoísticos de seus pais. Como atacar isso se a Constituição Federal proclama, com todas as letras, o valor absoluto da vida humana?

Considera-se, pois, que o direito à vida alcança incondicionalmente o direito à existência indiscriminada, incluindo a proteção contra todo e qualquer descarte ou experimentação científica que venha a burlar o princípio em questão, tendo por pretensão reduzir, desqualificar, modificar, ou destruir o ser humano, com a falsa ideologia de querer salvar outras vidas, pois, em todo caso, não deve se subjugar qual a vida que merece respeito e proteção, pois o objetivo primordial do direito à vida consiste em proteger a vida humana enquanto indivíduo e enquanto comunidade.

Deste modo, a proteção constitucional para que o embrião não tenha subtraída a sua vida arbitrariamente, resulta do direito que todos os integrantes da humanidade possuem, de não terem apenas respeitada a vida num determinado momento de seu desenvolvimento, mas sim do início do processo vital até o seu término, sem a concorrência da intervenção maléfica humana. Neste sentido, a tutela conferida pela Constituição é bastante salutar, tendo em vista que quanto mais indefeso o ser humano, maior deve ser a proteção a ele dispensada.

Deve-se, portanto, proteger as pessoas humanas em fase embrionária, resguardando a integralidade de suas vidas, estendendo esse conceito à qualidade de vida, permitindo aos embriões *in vitro* um sadio desenvolvimento, protegendo-o de todo e qualquer risco, evitando, deste modo, manipulações ou técnicas invasivas, com propósitos outros.

No que diz respeito à engenharia genética, é preciso destacar que esta consiste na manipulação dos genes dirigida à modificação da constituição genética de células e organismos. Trata-se de um procedimento para transferência de informações genéticas, que irá reproduzir as características adquiridas. Por exemplo, esta técnica permite identificar pessoas portadoras de genes patológicos e retirar genes defeituosos para serem reparados e reinjetados no organismo, possibilitando a correção do mal pela substituição do gene.

Pode-se dizer que a engenharia genética é um conjunto de técnicas usadas em laboratório que possibilitam a identificação, isolamento, e a multiplicação de genes dos mais variados organismos, permitindo, por exemplo, a reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica, clonagem e manipulações genéticas. Nesse contexto, poderia o cientista modificar o genoma de uma célula-viva para a produção de

produtos químicos ou, até mesmo, lhe permitiria a criação de novos seres, ou seja, de organismos geneticamente modificados (OGM), conforme disposições do art. 3º, IV e V da Lei 11.105/2005.

Destarte, visualiza-se uma afronta direta à vida e à dignidade que lhe é intrínseca, pois em virtude dessas possibilidades de transferência de genes poder-se-ia chegar a uma violação a pessoa humana sem limites e sem retorno, trazendo efeitos imprevisíveis às futuras gerações.

Urge, para tanto, a tomada de medidas legislativas, capazes de orientar os cientistas, na seara biotecnológica, impondo-lhes limites ao tratamento e manuseio da vida, de modo a salvaguardar a espécie humana, evitando sua coisificação. Deve-se, pois, usar a humanidade sempre como um fim e nunca como um meio, não importando as possíveis justificativas, ou o estado em que a vida se encontra. Seria inadmissível o uso sem limites da vida ou porque esta se encontra em fase laboratorial, ou porque acredita-se ser esta inviolável, ou ainda, com o propósito de usurpar o valor de uma vida para salvaguardar outras.

Deveras, toda vida humana é dotada de dignidade, pois caso houvesse distinção entre vida nascida, intra e extrauterina, com a finalidade de depreciar uma vida em relação à outra por critérios utilitaristas, chegar-se-ia à conclusão de que haveria espécies de vida menos importantes do que outras, o que levaria a deduzir que nenhuma vida é importante.

Por essa razão, a vida humana, de forma integral, é digna da proteção constitucional, seja na vertente do direito à existência, seja através do direito de nascer, seja finalmente, pelo direito à conservação de uma vida já nascida.

Nas palavras do filósofo Kant (2000, p.77):

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

Isto posto, chega-se a conclusão que deve ser banida a utilização de embriões humanos, não importando o fim a que se destina, tendo em vista tratar-se de bens que não se pode atribuir um preço, neste sentido, se eles não tem preço, tem então dignidade, que deverá ser antes de tudo protegida e incólume à qualquer atentado científico.

2.4 O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Texto Constitucional não traz um elenco taxativo sobre o conteúdo material dos Direitos Fundamentais, portanto, há uma enumeração aberta, sempre pronta para ser preenchida através da introdução ou elevação de novos direitos apoiados nas necessidades vitais do homem, pautando-se em uma fundamentação consistente que justifique a opção tomada e os critérios utilizados.

Este procedimento, segundo Sarlet (2007), não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas sim à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na CF/88, ampliando o seu âmbito de proteção.

O ordenamento jurídico não possui normas específicas sobre Biodireito. Porém, entende-se que algumas disposições constitucionais abarcam temas ligados à matéria, como o Direito à Saúde (art. 6º e 196), à Liberdade Científica (arts. 5º, IX e 218), ao Planejamento Familiar (art. 226, § 7º), entre outros.

Vislumbra-se, pois, um número de normas e princípios constitucionais que podem oferecer respostas jurídicas capazes de ofertar respaldo legal para um possível Direito à Reprodução Humana Assistida.

Atualmente, não há expressão direta a esse respeito, de modo que sua regulamentação deve ser feita à luz constitucional, interpretando e obedecendo aos dispositivos constitucionais capazes de assegurar sua utilização na sociedade. Deve-se observar, contudo, que essa interpretação hermenêutica deverá obedecer sempre ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Pode-se dizer que a criação no Direito Brasileiro de um Direito Fundamental à Reprodução Assistida, passa necessariamente pela análise de outros Direitos Fundamentais positivados na CF/88, através de um ato de interpretação extensiva, elevando determinada posição jurídica a um patamar de proteção elevada. Isto que dizer que a identificação de um novo direito fundamental relacionada a TRHA, consiste menos em uma descoberta e mais numa construção hermenêutica. Não haveria a criação de uma norma nova, mas uma elevação de um direito já existente que não é devidamente reconhecido.

Neste sentido, parece que a legislação brasileira deu um novo passo, através da criação da Portaria 2.048/09 do SUS, expedida em 22.03.2005. Trata-se de uma

política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida, com o objetivo de serem implantadas em todas as unidades federadas.

Vale dizer que a criação dessa política pública não decorreu de qualquer interferência do Poder Judiciário, ou seja, foi criada por reconhecimento espontâneo do governo brasileiro, sendo decorrência da Lei 9.263/96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, do direito à saúde e dos compromissos assumidos pelo Brasil nas Conferências do Cairo (1994) e de Pequim (1995). Nesse diapasão, vale mencionar que, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, como destaca Neto (2012).

Esse programa objetiva o exercício ao planejamento familiar com a ajuda do SUS, nos sistemas básicos, de média e alta complexidade, representando uma importante conquista social que alavanca os Direitos Fundamentais.

O Ministério da Saúde no dia 06.07.2005, expediu ainda a Portaria 388, no sentido de determinar que as secretarias de saúde dos Estados, juntamente com os Municípios, adotem em conjunto providências para organizar e implantar redes de reprodução humana assistida.

A política permite que sejam realizados, pelo SUS, desde os mais básicos exames ginecológicos, que permitem solucionar problemas simples no aparelho reprodutor feminino, até os mais complexos, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Desta sorte, com o objetivo de regular a prestação dos serviços no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. O art. 308 da Portaria 2.048/09 concedeu poderes para os entes federados expedirem normas suplementares e complementares a fim de atender aos objetivos da atenção à reprodução humana assistida em suas regiões, no que importa à particularidade e exigência de cada localidade.

Atualmente, o que se constata, na prática, é que poucas instituições públicas têm oferecido o serviço, a exemplo do Centro de Referência em Saúde da Mulher (Hospital Pérola Byington) em São Paulo; do Hospital Universitário (USP Ribeirão Preto); do Centro de Reprodução Humana Assistida do Hospital Regional da Asa Sul - DF; do Instituto Materno Infantil de Pernambuco (IMIP). Trata-se de alguns poucos que cumprem a portaria.

Dessa forma, o advento da lei do planejamento familiar e da portaria acima subscrita, representou uma importante conquista da sociedade brasileira, em que

somente poucos casais com problemas de fertilidade podiam realizar o sonho de ter um filho natural, devido ao não oferecimento do serviço de baixa, média e alta complexidade, que só eram realizados em clínicas privadas. Os casais menos abastados, que nem sequer tinham acesso aos procedimentos básicos e baratos, atualmente passaram a ter novas esperanças com a importante medida do Ministério da Saúde.

Porém, há que se destacar que essa medida do Ministério da Saúde ainda não é suficiente para o reconhecimento das TRHA como Direito Fundamental. Tem o Poder Público a responsabilidade de regular essa matéria de maneira apropriada, dando-lhe a atenção que a matéria merece, de modo a assegurar todos os envolvidos na nova relação jurídica que se estabelece, ou seja, os pais, encomendantes das técnicas, e os filhos resultantes das mesmas.

Importante mencionar, que os filhos, ainda que se encontrem em situação de laboratório merecerão tutela jurídica condizente com sua situação de pessoa, não podendo ser disponibilizados para qualquer outro fim que não seja nascer.

3 BIOÉTICA E BIODIREITO

A magnitude dos avanços científicos e biotecnológicos acende a propagação de muitas expectativas e debates na conjuntura social contemporânea, pois tais avanços implicam o contínuo redimensionamento de valores fundamentais ligados à compreensão da vida e ao desenvolvimento de parâmetros normativos compatíveis com a convivência social democrática.

As reflexões que se delineiam no âmbito da bioética e o do Biodireito, ultrapassam as fronteiras de âmbitos de pesquisas particulares, e se instalam no seio da sociedade onde procuram respostas condignas. Surge então a necessidade de interligar as duas matérias em busca de um aparato ético-jurídico capaz de regular a prática de ações científicas tão vinculadas ao direito e a moral quase que de forma indissolúvel. A conexão da Bioética e do Biodireito revela-se fundamental na medida em que recobra a postura e normatização do direito e da sociedade no tocante ao valor primordial da vida em seu contexto mais intrínseco relacionado à dignidade da pessoa humana.

3.1 BIOÉTICA: DEFINIÇÕES E PERSPECTIVAS

As ciências jurídicas constitui-se o como ramo científico responsável pela organização e regulação das relações humanas em sociedade, e como tal, deve estar em constante evolução, não podendo encontrar-se abstraído das evoluções e invenções de um modo geral.

No entanto, no que atine à evolução de tecnologias referentes ao conhecimento científico e ao melhoramento da vida, especialmente os biotecnológicos, o progresso das ciências jurídicas vêm sendo falho, principalmente pelo crescimento exponencial dessas evoluções tecnológicas. O Projeto Genoma, a Clonagem, o Transplantes de Órgãos, a Eutanásia, a manipulação de Células-tronco embrionárias, a Fertilização *in vitro*, são apenas alguns exemplos da magnitude do tema, que estão sendo desenvolvidos sem uma regulamentação jurídica específica, mesmo sendo temas relevantes que provocam inúmeras discussões na sociedade.

Diante de tal quadro, em 1971, conforme assevera Diniz (2011) o oncologista holandês Van Rensselaer Potter, atônito com o desenvolvimento vultoso das tecnologias biológicas e objetivando regular, ao menos minimamente o tema, fez uso de

forma percussiva do termo *bioética*, em sua obra “*Bioethics: bridge to the future*” (*Bioética: ponte para o futuro*). Tal termo tinha como fundamento a busca pelo equilíbrio entre o desenvolvimento de novas tecnologias biológicas (bio), e o respeito ao comportamento humano, aos valores, aos princípios reguladores da vida em sociedade (ética).

Assim destaca Diaféria (1999, p.81):

O objetivo desta disciplina, como eu vejo, seria ajudar a humanidade em direção a uma participação racional, mas cautelosa, no processo da evolução biológica e cultural. Escolho ‘bio’ para representar o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e ‘ética’ para representar o conhecimento dos sistemas de valores humanos.

Por outro lado, seguindo posicionamento diferente, conforme destaca Pereira (2012, p.94) André Hellegers, em julho de 1971, também adotou o termo Bioética ao seu trabalho, sendo o primeiro a associá-lo as ciências biológicas, fundando o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproductions and Bioeth* (Joseph e Rose Kennedy Instituto para o Estudo de Reproduções de Humanos e Bioética), conforme estatui Sauwen e Hryniewicz (2008, p.09):

Hellegers denominou bioética uma ética da vida. Particularmente da vida humana. O grande avanço das biociências e, principalmente, a possibilidade de aplicação de suas descobertas em seres humanos estavam entre as preocupações principais de Hellegers e dos membros do Instituto por ele criado.

Já em 1978, buscando delimitar e elucidar o âmbito de abrangência da matéria, a Enciclopédia de Bioética (1978) apud Vieira (1999, p.16), definiu Bioética como sendo:

[...] o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção da saúde, sendo esta examinada à luz dos valores e princípios morais, construindo um conceito mais amplo que o da ética médica, tratando a vida do homem, da fauna e da flora.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a bioética assumiu status de um limitador moral e social aos trabalhos científicos, principalmente pela inexistência, até então, de normas positivadas que regulassem o tema. Assim sendo, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário o estudo conceitual do instituto, em análise, sob o prisma da doutrina moderna.

Diniz (2010, p.83) conceitua bioética como sendo:

Estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar se é lícito aquilo que é científica e tecnicamente possível. A bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores “vida”, “dignidade humana” e “saúde”, que são inestimáveis. [...] Em suma, é o estudo sistemático do comportamento humano, sob a luz dos valores e dos princípios morais, na área da vida e dos cuidados da saúde.

Já para Sauwen e Hryniewicz (2008, p.13) bioética é:

Um estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular.

Diante dessas citações, pode-se definir como sendo bioética: o estudo da proteção e respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos personalíssimos, e aos princípios sociais, frente à evolução tecnológica (biotecnológica), necessária ao desenvolvimento de técnicas de aperfeiçoamento da vida humana.

Por fim, menciona-se de forma introdutória a relação direta existente entre a bioética e o instituto do Biodireito, objeto de estudo a seguir, que diz respeito à normatização das referidas normas éticas de cunho científico.

3.2 BIODIREITO E SUAS NUANCES JURÍDICAS

Após o estudo do instituto da Bioética, bem como, a análise conceitual do referido segmento científico, surge a necessidade da análise do que seria o Biodireito e sua relação direta com a Bioética. O Biodireito pode ser compreendido como sendo um conjunto de regras positivadas que impõem aos médicos e cientistas limites e mandamentos baseados na Bioética, para as suas atividades científicas, bem como, impõe sanções em caso de descumprimento de tais mandamentos.

Enuncia o conceito de Biodireito Silva (2008, p.116),

A positivação ou a tentativa de positivação das normas bioéticas, ou seja a positivação jurídica de sanções pelo descumprimento destas normas. [...] Portanto, de um modo mais objetivo pode-se dizer que Biodireito é o conjunto de leis positivas que visam a estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, mas também pode significar a discussão sobre a necessidade de adequação, ampliação ou restrição desta legislação.

Ou seja, busca o Biodireito, amparado pela bioética, resguardar os direitos da personalidade, garantindo a integridade física e a saúde de todas as pessoas, obe-

decendo aos ditames constitucionais em especial ao princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido pelo constituinte originário de forma expressa na Constituição Federal de 1988 (CF/88), sem, no entanto, proibir a prática científica ou impedir o desenvolvimento de técnicas biomédicas necessárias para a descoberta de novas formas de salvar vidas.

Diniz (2011, p.31) ao tratar sobre o tema, assim estatui:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos, constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. Havendo conflito entre livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

De tal sorte, será necessário sempre o uso do bom senso e do equilíbrio, entre o desenvolvimento das biotecnologias e à proteção ao ser humano. O progresso científico deve ser permitido, fundamentado, inclusive pela liberdade científica assegurada na Constituição Federal, conforme supracitado, no entanto, tal progresso exige limites não devendo ser conseguido a qualquer custo.

Desta feita, o Biodireito em comunhão com a Bioética, caminham como uma matéria interdisciplinar, baseada em princípios e fundamentos autônomos, calcada na proteção do ser humano, buscando limitar os avanços da biogenética e biotecnologia, para que os avanços científicos não se sobreponham ao direito e a vida humana.

Assim, pode-se concluir que o Biodireito é uma disciplina jurídica com ramo no Direito Público, que relaciona as normas jurídicas aos avanços biotecnológicos, ou como bem assevera Xavier (2004, p.55) “o Biodireito enquanto disciplina jurídica nasce no seio da bioética, em um processo de juridicização de procedimentos e processos bioéticos no campo das biociências”.

Ou seja, trata-se de uma disciplina intimamente ligada à bioética que busca, amparada pelos preceitos desta, normatizar os avanços científicos no campo das biotecnologias, para que assim, devidamente reguladas, possam se desenvolver sem, no entanto, ter no sacrifício humano um mau necessário.

Desse modo o Biodireito deve sempre caminhar de maneira cautelosa sobre um muro que separa dois mundos, onde de um lado deve a ciência do Biodireito

apenas regular os usos das biotecnologias, sem, no entanto, privar os seus avanços, uma vez que, como é clarividente, são inegáveis os benefícios que os avanços tecnológicos trazem para a sociedade, no entanto, por outro lado, deve trabalhar no sentido de evitar que os avanços tecnológicos sejam um simples pretexto para o uso do ser humano como um mero objeto de laboratório, já que o respeito à sociedade e a defesa da dignidade da pessoa humana devem ser prioritários perante qualquer avanço tecnológico.

3.3 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Os princípios servem como alicerce de toda uma conjuntura jurídica. No campo da Bioética, se apresentam como informadores éticos a serem observados pelas pesquisas Biomédicas em seres humanos.

Já no que atine ao Biodireito, ramo autônomo das ciências jurídicas, os princípios além servirem como base normativa, e elencarem os objetivos a que a disciplina se norteia, servem como fundamentação para que os julgadores, ao se depararem com lacunas legislativas, saibam qual caminho devem seguir.

É o que se pode auferir diante das lições de Mello (2004, p.841):

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Vê-se assim, que os princípios são verdadeiras bússolas imprescindíveis para os operadores do direito, pois são os princípios que guiaram de maneira elementar todo o desenvolvimento intelectual e prático das ciências jurídicas, devendo ser sempre observados, sob pena de incompatibilidade com o restante da conjuntura jurídica.

3.3.1 Princípios Bioéticos Básicos

A conceituação de princípio é tarefa por demais tormentosa, principalmente, pelo fato de poder ser visto sob óticas totalmente diversas, permitindo assim, uma

gama de conceitos. No entanto, uma coisa é certa, como assevera Morgato (2005, p.198) os princípios devem se adequar a uma realidade social, representar as necessidades de um determinado contexto histórico, devendo possuir, desta forma, um conteúdo ético e moral, cabendo de certa forma aos operadores a tradução dos valores de cada princípio.

Desta forma, é certo afirmar que por mais que a Bioética trate de assuntos polêmicos, tormentosos, que causam a curiosidade e a ansiedade em qualquer pessoa, cabe aos princípios ordenar as bases dessa ciência, regulando os avanços tecnológicos que atinjam de qualquer forma os seres humanos.

Nesse sentido a formulação de princípios Bioéticos foi um grande passo na busca pela proteção do ser humano contra os avanços biotecnológicos. Atualmente, após uma evolução que encontra raízes desde a década de 70, a Bioética acabou definindo como princípios básicos a autonomia, beneficência, não maleficência e a justiça. Tais princípios devem obrigatoriamente ser observados de forma equânime em qualquer experimentação que tenha relação direta ou indireta com seres humanos.

O Princípio da Autonomia preleciona que deve os médicos, respeitarem a vontade, o livre arbítrio dos pacientes, bem como, suas crenças e valores morais e religiosos. Assim, não pode um médico impor uma transfusão de sangue a um paciente, ainda que este se encontre em situação por demais gravosa, quando a religião do paciente não permite tal medida, é o que ocorre, por exemplo, com os membros da Igreja Testemunhas de Jeová.

Ou seja, deve ser respeitada, acima de tudo, a capacidade do ser humano em decidir os desígnios que sua vida deve tomar, reconhecendo, desse modo, o comando daquele que se encontra em tratamento sobre sua própria vida. Nesse sentido ensina Diniz (2011, p.38), autonomia: “seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa”. Assim, diante do domínio do paciente sobre sua vida, sobre o seu corpo, todas as decisões devem encontrar substrato no seu animus, na sua vontade.

O Princípio da Beneficência, por sua vez, encontra raízes no dever intrínseco do médico de buscar sempre fazer o bem para o paciente, ou seja, o tratamento médico indicado e realizado pelo clínico deve continuamente almejar o êxito no tratamento do paciente, minimizando os danos e elevando ao máximo os benefícios.

O Princípio da Não-Maleficência é, segundo Diniz (2011, p.39) “um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima ética médica”. Assim, deve a atuação médica, em nenhuma hipótese praticar mal algum à pessoa que se encontra em tratamento, devendo suas técnicas serem utilizadas com a finalidade, exclusiva, de ajudar o doente.

O princípio da Justiça ou da Imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios preleciona que todas as pessoas em igualdade de situação devem ser tratadas de maneira equiparada, é o que se convencionou chamar de igualdade material, na qual os iguais são tratados da mesma forma e os desiguais tratados na medida de suas desigualdades.

Assim sendo, de forma lacônica pode-se definir que os princípios informadores da Bioética visam moldar as atividades médicas, de modo que estas sempre busquem o melhor tratamento para o paciente, de acordo com as especificidades de cada caso, esquivando-se, totalmente, de práticas que possam vir a causar prejuízos aos doentes, buscando a igualdade material entre as pessoas, e sempre, palpando-se de métodos que estejam em consonância com a vontade daqueles que se encontram submetidos ao tratamento médico.

3.3.2 Princípios do Biodireito

Delimitar o âmbito de atuação do Biodireito, bem como, seus dogmas principiológicos é tarefa por demais complexa. O Biodireito se estabelece sobre uma linha muito tênue entre a evolução, o desenvolvimento do ser humano e o respeito aos direitos fundamentais do homem. Contudo, por ser parte integrante de todo arcabouço jurídico, deve obrigatoriamente se submeter aos princípios norteadores das ciências jurídicas, bem como, de forma mais específica, aos princípios basilares da CF/88.

Nesse norte, pode-se elencar como princípios constitucionais do Biodireito o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade, Princípio da Informação, Princípio da Inviolabilidade da Vida, Princípio da Prudência e o Princípio da Legalidade dos Meios e Fins.

Insta ainda salientar, que a Dignidade da Pessoa Humana foi consagrada pela CF/88, em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do

Brasil, sendo um verdadeiro baldrame do Estado Democrático de Direito, o que nos permite concluir que o legislador pátrio consagrou a dignidade humana ou, por que não dizer, o próprio ser humano, como a essência da existência do próprio Estado.

A conceituação de dignidade da pessoa humana, normalmente se apresenta como insuficiente ou no mínimo limitada, principalmente pelo fato de se tratar de um mandamento que se coaduna com a realidade social, estando, portanto, em constante mutação. Nesse sentido ensina Sarlet (2008) apud Pereira (2012, p.70):

Observando as mudanças na doutrina e na jurisprudência, bem como as diversidade de valores que se manifestam nas Sociedades democráticas, a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada de maneira fixista. Trata-se de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento

De maneira conceitual, Sarlet (2008) apud Pereira (2012, p. 75), discorre em sua obra acerca da dignidade da pessoa humana, como sendo:

[...] 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.

Já para Loureiro (2000) apud Pereira (2012, p.74), a dignidade da pessoa humana, sob um enfoque mais subjetivo, deve ser visto como:

[...] uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano.

Desse modo as condutas relacionadas ao desenvolvimento das tecnologias Bioéticas devem sempre estar ajustadas conforme os ditames éticos, respeitando acima de tudo o ser humano, a fim de que as descobertas venham a proporcionar uma melhoria da vida humana, e não uma mercantilização do ser humano, que coloque em risco até mesmo a sua própria existência. Como assevera Sauwen e Hryniewicz (2008, p.58):

Respeitar o outro como um centro de dignidade consiste na difícil tarefa de trata-lo efetivamente, como pessoa e não como coisa. Tratar alguém como pessoa significa ser capaz de percebê-la e trata-la como um valor *sui generis*, que não pode ser avaliado segundo princípios de ordem material ou econômica.

Diante do supracitado, torna-se possível concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana, na condição em que se encontra, como um fundamento da república, um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, tendo claramente um status supralegal, permite-se concluir que qualquer inovação que afronte a dignidade humana, por mais benefícios que possa trazer, é uma afronta não só aos ditames éticos e legais, mas sim, uma afronta ao próprio Estado que tomou como fundamento da sua existência a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

Já o princípio da igualdade deve ser entendido sob a ótica da igualdade material, ou seja, tratar igualmente os juridicamente iguais e desigualmente àqueles que se encontrarem desiguais. Essa norma jurídica única deve ser sempre observada, em especial, na ocorrência de conflitos de direitos, buscando a melhor adequação diante de uma situação fática concreta.

Ou seja, a igualdade jurídica deve ser vista como o respeito às diferenças e individualidades de cada pessoa, ou como na lição de Silva (2008, p.398) deve ser entendido como sendo “a designação [...] instituído constitucionalmente, em virtude do qual todas as pessoas, sem distinção de sexo ou nacionalidade, de classe ou posição, de religião ou de fortuna, têm perante a lei os mesmos direitos e as mesmas obrigações”.

No que atine especificadamente ao Biodireito, a igualdade material deve ser vista sobre a ótica da imprescindibilidade de que se forneça de forma equânime a todas as pessoas os benefícios resultantes das tecnologias biológicas, permitindo, desse modo, que todas as pessoas tenham pleno acesso aos tratamentos médicos mais avançados, sob pena de tornar os avanços tecnológicos um fomentador de desigualdades e uma roleta russa na tentativa de se salvar vidas, o que não pode ser compreendido como justo.

Já o Princípio da Informação, correspondente ao princípio da autonomia na bioética, encontra-se assentado no art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88, garantindo a todo paciente receber informações do poder público acerca do procedimento que está sendo submetido, agasalhado sempre, o seu direito de consentir ou não, a realização de tal método. Ou seja, nesse sentido, pode-se arrematar que é resguardado à pessoa o direito a toda informação necessária para a formação da sua consciência, sendo protegida a necessidade de autorização para a participação em procedimen-

tos biotecnológicos, fundamentado, inequivocamente, na sua autonomia e no respeito as suas convicções éticas, culturais e religiosas.

O princípio da inviolabilidade da vida, por sua vez, se baseia no fato de ser a vida, algo essencial à existência do ser humano, estando praticamente todos os outros direitos da personalidade intimamente ligados a ele, desse modo, deve ser protegido, sendo, desta feita, um direito indisponível, intransmissível, irrenunciável e inalienável.

A palavra vida é um termo que permite as mais diversas definições, mas de uma forma simplória, a vida pode ser entendida como sendo o lapso temporal existente entre o nascimento e a morte, ou mesmo a razão da existência de todas as espécies, humanas ou não. Na busca por uma conceituação técnica Ferreira (2008, p.816) define vida como sendo: “(I) Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em plena atividade; Existência. (II) A vida humana. (III) O espaço de tempo que vai do nascimento à morte; Existência.”. Ou seja, a existência da vida humana e de tudo que ela significa depende da proteção à vida, deve ser da essência de qualquer Estado proteger a sua proteção, sob pena, de sua existência perder o sentido.

O texto constitucional de forma expressa resguarda no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, à proteção à vida seja de brasileiro, seja de estrangeiros residentes no Brasil, senão veja-se: “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”. E essa inviolabilidade é garantida desde a concepção, sendo, portanto, inviolável (MARTINS, 2008).

Assim, diante do supramencionado observa-se, que resta claro a necessidade da proteção à vida como elemento primordial de qualquer experimento biotecnológico, não podendo a vida humana ser colocado como meio necessário à obtenção de um fim altruístico, ou como assevera.

O Princípio da Prudência, no entanto, reza um mandamento que deve ser inerente a qualquer atividade médica, qual seja a prudência, ou seja, é encontrar o equilíbrio sensato entre desenvolvimento e a necessidade, entre a evolução e o risco demasiado. Segundo Ferreira (2009, p.663) prudência é a: “(I) Qualidade de quem age com cometimento, buscando evitar tudo que julga fonte de erro ou de dano. (II) Cautela, precaução”. Assim, a prudência deve ser entendida como uma característi-

ca elementar da atividade biotecnológica, devendo o desenvolvimento de todas as técnicas biotecnológicas serem precedidas da prudência necessária, de forma a expurgar a ocorrência de qualquer erro, seja ele ligado a negligência, a imprudência ou a imperícia.

Por fim, o Princípio da Legalidade dos meios e fins, vem a abarcar um pouco da essência de cada um dos princípios supracitados. Ou seja, por meio dele, o Biodireito terá o dever de garantir a eficácia dos princípios e mandamentos constitucionais, protegendo a dignidade da pessoa humana, o direito à vida de todas as pessoas, sem, no entanto, privar o desenvolvimento biotecnológico.

Assim, resta claro que os princípios do Biodireito, estão intimamente correlacionados, e juntos, formam um verdadeiro escudo protetivo do ser humano, exigindo que as produções doutrinárias, as decisões dos tribunais, ou mesmo a produção legislativa relacionados a bioética, resguardem a dignidade da pessoa humana. Devendo ainda, tais princípios, agir como um fiscalizador e normatizador dos avanços biotecnológicos, um verdadeiro sistema de freios e contrapesos, tornando o desenvolvimento médico-científico uma ferramenta essencial ao desenvolvimento da humanidade.

3.4 BIOÉTICA, BIODIREITO E HUMANISMO JURÍDICO

Por humanismo pode-se compreender como sendo o conjunto de atividades relacionadas ao estudo do homem e de suas características. Ou como preceitua Diniz (2010, p.308): trata-se do “movimento espiritual, surgido na época do Renascimento, voltado ao estudo do homem e do desenvolvimento de sua personalidade, de suas faculdades criadoras, exaltando a sensibilidade e o uso dos recursos naturais”.

Para Melo (2000, p.48), por sua vez, humanismo jurídico é:

(I) Posição doutrinária que prioriza os direitos e as necessidades dos cidadãos frente aos interesses do Estado. (II) Atitude de valorar positivamente a dignidade de cada pessoa. (III) fundamento ideológico da atividade político-jurídica no sentido de coloca-la a serviço dos direitos humanos.

O movimento humanístico surgiu na idade média, período histórico de destaque na Europa, com interstício entre os séculos V e XV, onde surgiu o pensamento de valorização do homem e de sua dignidade. Defendia-se, a partir de uma visão

essencialmente filosófica, que o homem era o centro do universo, devendo a dignidade da pessoa humana ser um preâmbulo para qualquer discussão científica.

Essas percepções humanísticas da idade média foram de fundamental importância para o desenvolvimento jurídico atual, e de sobremaneira, iniciaram o movimento jurídico humanista, donde se abstrai que as normas jurídicas devem sempre ter o condão de preservar o ser humano e seus direitos fundamentais.

No entanto hoje, como é clarividente, o humanismo não possui a mesma conotação que tinha na época da renascença, pode-se dizer que ultrapassa a fronteira ideológica de que o homem é o centro do universo. Ser humanista hoje, nas palavras de Lopes (2005, p.1):

É manter e rever todas as críticas e proposições do passado e a elas agregá-las ao conhecimento atual de que a humanidade é uma única família distribuída pela face da Terra. Nesta imensa família, composta por alguns bilhões de indivíduos, as divisões internas espelham o curso da história, não indicando quaisquer evidências de naturais superioridades biológicas, civilizatórias, raciais, sexuais etc. A preservação da espécie significa, igualmente, a preservação das diferenças, dos enfoques múltiplos e da herança cultural comum, que devem ser compartilhadas.

Ou seja, o humanismo de hoje, busca superar as diferenças étnicas, filosóficas, raciais, ou qualquer forma de discriminação, é de uma maneira geral, defender o ser humano como uma parte do universo, não como centro, mas mesmo assim merecedor de ver preservado as suas subjetividades.

Nessa esteira, a bioética e, em especial, o Biodireito, como ciência jurídica que é, passa a ter hoje, no que atine especificadamente ao desenvolvimento de biotecnologias e demais temas correlatos, um papel de fundamental importância, devendo estar sempre predeterminada a proteção do ser humano, sob pena de se tornar ineficaz, pois só assim, tomando como base a proteção da dignidade humana, passará a ter um sentido essencialmente humanista.

Seguindo essa mesma concepção Pereira (2012, p.121) enfatiza:

Cabe, então, ao Biodireito, estabelecer um liame entre Direito e Bioética, analisando cada caso separadamente, com observação dos princípios orientadores para a preservação da vida e o respeito do homem como pessoa.

Pode-se afirmar que nos últimos anos, a estreita relação traçada entre a bioética, o Biodireito e a dignidade da pessoa humana, revela um caráter nitidamente humanista para as ciências que versam sobre questões relativas às biotecnologias. As constantes preocupações em estabelecer instrumentos de preservação da condi-

ção humana, e dos direitos a estes relativos, demonstram a necessidade de manter o homem como sujeito e objeto do Direito, não podendo, desta feita, ter sua dignidade e seus direitos referentes à personalidade sacrificados, sob o pretexto do desenvolvimento biotecnológico.

No trilho desse pensamento, torna-se necessário destacar o que diz Diniz (2011, p.43):

A bioética e o Biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade. Se em algum momento houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos.

No mesmo sentido segue Diniz (2011, p.43): “As intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos”.

Assim sendo, pode-se afirmar que por maiores que sejam os benefícios colhidos através do desenvolvimento biocientífico, a integridade física, a vida e a autonomia do ser humano deve ser sempre respeitado, afinal, por mais seguro que possam parecer, qualquer procedimento médico-científico contém riscos potencialmente perigosos e inesperados, o que enseja, necessariamente, uma previsão médica aos preceitos éticos profissionais e o respeito à dignidade da pessoa humana.

4. DOS DIREITOS PESSOAIS DO EMBRIÃO *IN VITRO*

A palavra pessoa vem do latim, *persona*, precipuamente significava a máscara que os atores da Antiguidade Romana usavam na apresentação de peças teatrais para fazer ressoar sua voz. Posteriormente, essa expressão passou a significar o papel que cada ator representava, e por fim, atualmente, exprime a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico.

Juridicamente, a palavra pessoa significa todo ser capaz, ou, ao menos, suscetível de direitos e obrigações. Pessoa, portanto, é o homem ou entidade com personalidade que tenha aptidão para a titularidade de direitos e deveres. A titularidade nada mais é do que a união do sujeito ao direito, pois não há sujeito sem direitos, nem direitos sem titular.

O Código Civil regula os direitos da pessoa em seu Livro I, Parte Geral. Especialmente em seus artigos 1º e 2º, afirma que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”; e ainda: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Deste modo, ainda que, não de forma expressa, mas usando de interpretação extensiva, baseando-se na natureza humana do embrião, entende-se que a proteção deste dispositivo estende-se ao ser humano *in vitro*, ocasião em que protege toda pessoa humana, não fazendo qualquer disparidade entre a fase em que esta se encontra, se infante, adulta ou embrionária. Deste modo, conclui-se que se as normas o protegem é porque tem personalidade, sendo desta forma, considerado sujeito de direito, titular de relações jurídicas.

4.1 EMBRIÃO: ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS

Os progressos e as inovações científicas, especialmente na área da biotecnologia, atingiram novas possibilidades de concepção humana, porém, o alcance dessas inovações trouxe certa insegurança jurídica e social relacionada ao devido respeito ao ser humano, no que tange a forma de sua concepção, à dignidade que lhe é intrínseca e a transmissão da vida.

Diante da vulnerabilidade normativa em se estabelecer o início da vida humana, e da instabilidade social causada pela ausência de preceitos que a resguardem de forma absoluta, surgem as indagações: Quando começa a vida e a partir de que

momento deve ter sua dignidade protegida? Qual tratamento jurídico deve ser dado ao embrião humano? O direito deve resguardar sua natureza humana fazendo com que lhe seja atribuído o caráter de sujeito de direito?

A partir de então, é imprescindível ter conhecimento acerca dos aspectos conceituais sobre o embrião e posteriormente adentrar-se nos aspectos jurídicos. Sob o enfoque puramente técnico, o embrião é a fusão dos gametas masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleos numa única célula (zigoto), num processo que se denomina fecundação. Importante ressaltar que todo o organismo vivo se estrutura a partir de uma única célula, e que, através da fecundação é transmitido ao novo ser todas as características genéticas de seus progenitores de forma a conceber a identidade biológica do embrião.

A respeito da vida, vale reproduzir as palavras de Diniz (2002) apud Pereira (2012, p.171):

[...] os mais recentes dados da biologia têm confirmado nosso posicionamento ao demonstrarem que, com a penetração do óvulo pelo espermatozoide, surge uma nova vida, distinta daquelas que lhe deu origem, pois o embrião a partir desse momento passa a ser titular de um patrimônio genético único.

O Comitê Nacional de Bioética da Itália publicou um documento intitulado "Identità e Statuto dell'Embrione Umano" (Identidade e Estatuto do Embrião Humano). Apresentou-o à imprensa o Dr. Francesco D'Agostinho, Presidente do mencionado Comitê. A tese conclusiva desse texto, resultante de estudos recolhidos por mais de um ano e meio, soa: "O Embrião é um de nós", é uma pessoa, é gente. Mais explicitamente aí se lê: "O Comitê chegou unanimemente a reconhecer o dever moral de tratar o embrião humano, desde a fecundação, segundo os critérios de respeito e tutela que se devem adotar em relação aos indivíduos humanos aos quais se atribui comumente a característica de pessoa" (BITTENCOURT, 2003).

Alguns autores insistem em não concordar com a desenfreada utilização da palavra embrião enfatizando que somente se pode considerar embrião a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação.

Manter esta postura é demonstrar-se desconhecedor deste processo biológico tão simples, inteligível e inexplicável que é a vida. Considerá-la em sua fase inicial como unidade celular é ter uma posição vaga e meramente superficial, pois há que se concordar que não existe a possibilidade de ter embriões ou zigotos em um organismo da mesma forma que se tem tecidos, órgãos, hormônios, entre outros.

Estabelecer o início da vida humana como uma soma matemática de fatores, não condiz com o seu valor, menos ainda com o respeito à vida.

Importante ainda registrar a elucidação de Neme (2003) apud Ferraz (2011, p.22).

[...] O embrião humano pertence à categoria dos seres dotados de vida humana pessoal. O embrião humano, a partir, pois de sua concepção tem todos os direitos de vida humana e merece todo o respeito enquanto tal. Ele não pode ser produzido como material disponível para laboratórios, nem eliminado, quer por ser supranumerário, quer por não possuir as qualidades desejadas de saúde. Bastaria a possibilidade de ser um ente humano para se evitar a manipulação ou supressão do embrião.

Nesses termos, pode-se dizer que nada existe antes do embrião, pois o ser formado após a fecundação constitui um humano único, que deverá ter sua dignidade integralmente protegida, de modo que a expressão ou explicação que seja utilizada por alguns autores para desconsiderá-lo trata-se apenas de um artifício para manipular a vida.

Portanto, entende-se ser incontroversa a condição do embrião como sujeito de direito, pois a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos, e é nisso que consiste a personalidade.

Em síntese, deve-se considerar ao ser humano *in vitro* os atributos da personalidade e capacidade, tendo em vista que ambos se completam, e fazem jus a condição de pessoa natural que o mesmo possui, havendo somente uma ressalva no que diz respeito à aquisição dos direitos patrimoniais, em que o seu exercício legítimo fica condicionado ao seu nascimento com vida.

4.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo a concepção realista, a personalidade jurídica do embrião humano alicerça-se no seu estatuto biológico e ontológico, partindo da premissa de que o dever ser jurídico apoia-se no ser do embrião humano, tal como o revela a ciência biológica, ao passo que demonstra com crescente precisão que o organismo embrionário é, desde a concepção, um indivíduo da espécie humana, com identidade genética própria.

Partindo-se do pressuposto que dá base ao realismo personalista, todos os indivíduos humanos são pessoas, baseando a condição pessoal à origem biológica

do seu corpo, já que todos os sujeitos tem a mesma origem, iniciando como zigoto, sendo concebido dentro ou fora do útero feminino.

Prevalece o entendimento de que o conceito de pessoa no ordenamento jurídico brasileiro equivale a todo ser humano, assim se expressa o entendimento de que o conceito jurídico de pessoa está contido no conceito ontológico, sendo por esta razão todas as pessoas, sujeitos de relações jurídicas. Sendo assim, todo ser humano possui personalidade jurídica, ou seja, todos os homens têm, em tese, a mesma personalidade, que, em sentido jurídico refere-se à potencialidade reconhecida pela lei de tornar-se sujeito de direitos e deveres.

Partindo da premissa que, todo homem é pessoa e não há homem sem a suscetibilidade de adquirir direitos. Percebe-se, portanto, que o conceito de pessoa tem papel relevante na tutela dos direitos da personalidade, visto que tais direitos estão destinados à conservação de características essenciais do sujeito de direitos: a pessoa humana.

A tutela jurídica dos direitos da personalidade está expressa de forma genérica em dois níveis: Na CF/88, que aponta o seu alicerce, com complementação no Código Civil, que os enuncia de forma mais específica, como destacado por Venosa, (2010).

A CF/88 prevê este fundamento, e assim o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui um valor essencial para o Estado Democrático de Direito, uma vez que não permite que a vida humana seja tratada como mero objeto social, mas, por sua vez, a consagra como valor absoluto, de modo que, por a dignidade ser o centro da personalidade do homem, a partir dela decorrem os demais direitos capazes de proporcionar o desenvolvimento da personalidade e um viver digno. Ao preservar a dignidade, o ordenamento jurídico se faz reconhecedor dos valores do homem, assumindo o compromisso de resguardar sua identidade e integridade.

A partir deste paradigma, com a evolução da sociedade, reforma-se o Código Civil até então vigente datado de 1916 e surge um novo Código Civil em 2002, onde, pela primeira vez o legislador pátrio se refere aos direitos da personalidade de forma ordenada, denotando uma nova feição a este instituto.

Os direitos da personalidade se constituíram como fruto de lutas pela tutela dos direitos personalíssimos, estes, são reconhecidos como direitos subjetivos, inerentes ao homem desde a concepção, por este motivo, assumem as características de serem vitalícios, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, de modo

que devem ser integralmente protegidos pelo Estado. Se encontram nos textos civis-constitucionais, posicionando-se na hierarquia das normas, trata-se da união do direito privado, da liberdade pública e do direito constitucional.

É importante ressaltar que os direitos personalíssimos não são exaustivos, não existe, portanto, um número fechado que seja capaz de elencar todos os direitos da personalidade, de modo que, todos os direitos subjetivos pessoais capazes de proteger a pessoa, este, terá natureza de direito personalíssimo.

Com atenção especial ao que se refere o Código Civil em seu art. 1597, incisos III, IV e V, percebemos que o legislador preocupou-se em reconhecer a existência da pessoa humana *in vitro*, quando passou a proteger os filhos havidos por meio de inseminação homóloga e heteróloga.

Dispõe o mencionado diploma legal:

Art. 1597: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Daí, logo se percebe que se o embrião fora considerado pelo texto do dispositivo em epígrafe como pessoa concebida, pois o legislador lhe garante o direito de parentesco, não havendo qualquer dúvida quanto ao reconhecimento de sua existência, sendo, portanto, considerado pessoa humana em fase de desenvolvimento diferenciado, o que não impede deste ser capaz de direitos e titular de relações jurídicas.

Após estabelecida a condição jurídica do embrião *in vitro*, faz-se necessário abordar os direitos inerentes a sua qualidade de pessoa. Verifica-se, portanto, que por sua condição de *persona*, o embrião *in vitro* deve ter tutelados os seus direitos: a vida, a integridade física e mental; a identidade pessoal, familiar e social, o direito a alimentos, à própria imagem e à privacidade.

O direito ao resguardo da vida enquanto valor fundamental é compromisso efetivo tanto no plano hermenêutico como no plano político-legislativo, devendo, portanto garanti-la em sua plenitude não só à existência, mas, a um viver condigno com o valor da dignidade da pessoa.

Quando se fala em integridade física e mental, deve-se compreender que esta prerrogativa diz respeito a manutenção da idoneidade e imaculabilidade corporal e mental.

Conforme as lições de Bittar (1991) apud Ferraz (2011, p.53):

[...] de grande expressão para a pessoa é também o direito à integridade física pelo qual se protege a incolumidade do corpo e da mente. Consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos.

Aplica-se esta proteção ao ser humano *in vitro*, pois tratam-se de direitos naturais adquiridos pela pessoa, independente de sua fase de desenvolvimento, deste modo, ações como manipulações genéticas, redução embrionária, congelamento inadequado, clonagem ou o mero descarte, se configuram como violação a incolumidade física e mental, tendo em vista que tais práticas resultam em danos irreparáveis para o embrião, como pontuado por Ferraz (2011).

A atual Lei nº 11.105 de 24.03.2005 passou a permitir a pesquisa para clonagem terapêutica, tanto em células adultas como em células embrionárias, ferindo declaradamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como os direitos da personalidade, mais precisamente no que tange à sua incolumidade física e mental.

Nas palavras de Leite (2005) apud Pereira (2012, p.153):

A clonagem terapêutica é um procedimento cujos estágios iniciais são idênticos à clonagem para fins reprodutivos, difere somente no fato do embrião não ser introduzido em um útero. Ele é utilizado em laboratório para a produção de células-tronco a fim de produzirem tecidos ou órgãos para transplante. Esta técnica tem como objetivo produzir uma cópia saudável do tecido ou do órgão de uma pessoa doente para transplante.

No que se refere à distinção entre clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica, válidas as palavras de Silva (2003, p.81):

Importa questionar uma distinção presente em diversos textos normativos estrangeiros, qual seja, a distinção entre “clonagem reprodutiva” e “clonagem terapêutica”. Da mesma forma que a “cisão gemelar” e a “transferência de núcleo” é uma forma de clonagem humana. Assim sendo, conforme anteriormente explicitado, é uma clonagem reprodutiva. Logo, se o gênero é de natureza reprodutiva, suas espécies também o são. Querer distinguir, no âmbito da clonagem humana, formas reprodutivas e formas terapêuticas, além de tecnicamente impossível, revela o propósito dissimulado do correspondente discurso, que pretende, com o adjetivo terapêutico, afastar-se do verdadeiro debate ético. É a deliberada intenção de esconder o que de fato representa a clonagem humana. Em suma, o debate em torno da clonagem

humana, que é sempre reprodutiva, quando muito pode distinguir seus fins reprodutivos no sentido restrito, isto é, a geração de seres humanos com vistas ao nascimento, de seus fins ditos terapêuticos.

Embora com a promessa de curas milagrosas, o uso de células-tronco embrionárias, apenas para os fins de clonagem, acaba por consentir o uso de embriões como objeto de experiência científica, desconsiderando o seu status de pessoa e, como tal, desconsidera seus direitos intrínsecos e absolutos.

Ainda que se fale apenas em embriões inviáveis, estar-se-ia evidenciada a possibilidade de escolha de “vida-viável”, qualificando a vida à soma pressupostos.

Nas sábias palavras de Ferraz (2011, p.56):

Compreendemos que inviabilizar a clonagem simplesmente não deve ser a solução mais acertada, no entanto, que a mesma seja realizada com relação à célula de pessoa adulta – com discernimento e condições de maturidade suficientes -, para expressar o seu consentimento com o respectivo procedimento, o que não ocorre com o ser humano *in vitro* que não pode expressar a sua vontade, muito menos defender os seus direitos e prerrogativas. Em nosso entendimento a utilização de embriões humanos – para fins de clonagem – colide com os princípios do respeito à vida, a dignidade humana e, principalmente, com o princípio do melhor interesse da criança.

No que atine a identidade pessoal, familiar e social, deve-se assegurar ao embrião *in vitro* o direito a identidade pessoal em suas faces: a primeira diz respeito ao resguardado o seu patrimônio genético, e a segunda, diz respeito ao atributo da personalidade, esta entendida como a sua individualidade pessoal e social. Quanto à identidade familiar, esta diz respeito tanto ao direito à filiação, quanto ao reconhecimento patronímico familiar que identifica o núcleo familiar ao qual pertence. Por sua vez, a identidade social é o que garante o reconhecimento dos seus direitos enquanto pessoa na sociedade.

O direito a alimentos, efetivamente resguardado pela CF/88, como direito social a dizer: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Põe a salvo os direitos da personalidade, em que pese à necessidade de resguardar a existência digna do indivíduo que por hora necessita de auxílio para sobreviver, sendo assim não vem a ser objeto de cessão, (CC 1.707), nem de compensação (CC 373, II). Trata-se de segurança jurídica configurada por meio do Princípio da Solidariedade.

Dispõe Dias (2001, p.515), acerca do assunto:

Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Assim, é o Estado o primeiro a ter obrigação de prestar alimentos aos seus cidadãos e aos entes da família, na pessoa de cada um que a integra.

Nesse diapasão oportuno ressaltar que, cabe ao embrião ter resguardado o direito a alimentos, na medida em que garante a subsistência e integridade física do ser humano, tendo como objetivo principal a preservação da vida. Caracteriza-se como a obrigação de manutenção do embrião em situação de laboratório em condições apropriadas, assegurando sua longevidade até a implantação no útero.

No que se refere o direito à imagem, válidas as palavras de Ferraz (2011, p.60):

Com efeito, podemos invocar a proteção legal à imagem da pessoa humana embrionária, com o firme propósito de evitamos que fotos ou filmagens venham a divulgar o seu desenvolvimento, a forma de sua concepção; ou até a realização de manipulação genética realizada como espetáculo para uma audiência.

Quanto ao direito à privacidade, este se posiciona como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo. Neste sentido, deverá ser compreendido como aptidão para controlar a exposição e a própria disponibilidade acerca de si.

Portanto, como direitos essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana, estes devem ser preservados integral e absolutamente perante todos os ramos sociais, de modo que dever-se-ia repreender todos os excessos cometidos em sede de manipulações genéticas, tendo em vista que essas acabam por privar o indivíduo ao reconhecimento de sua identidade genética, ou seja, violam a proteção da vida humana, contrariando o que prega a CF/88 e de forma mais específica o Direito Civil.

4.3 O EMBRIÃO HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Como visto, em decorrência do grande avanço experimentado pelas ciências biológicas e pela engenharia genética, mormente no que concerne às inovadoras técnicas de fertilização *in vitro* e congelamento de embriões, faz-se mister uma nova concepção acerca da definição de nascituro, que vem sofrendo adaptações e tor-

nando-se cada vez mais técnica e pautada em elementos e entendimentos científicos. Desse modo, passando a ser compreendido como o ente concebido, e que ainda há de nascer, mesmo que não tenha sido gerado no ventre materno.

Etimologicamente, o termo nascituro indica aquele que há de nascer. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a palavra nascituro provém do latim e significa: “1. Que há de nascer. 2. Aquele que há de nascer. 3. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo”. Sendo assim, nascituro, na definição mais clássica do termo, significa o ente concebido, que está por nascer, ou seja, o ser que foi gerado e tem existência no ventre materno, ainda não tendo ocorrido o seu nascimento.

Essa concepção deve englobar tanto o embrião gerado naturalmente no corpo da mãe, quanto o que é manipulado cientificamente, gerado *in vitro*. Ressalte-se que, além do embrião, que concebe o conceito durante as primeiras semanas de vida, também fica dentro das delimitações desse conceito o feto, terminologia utilizada para indicar o período ulterior ao das primeiras semanas, tendo duração até a ocorrência do nascimento.

Cabe ressaltar que essa compreensão não é uníssona, ademais grande parte da doutrina pondera o nascituro como o ser que é concebido no ventre materno. No entanto, o posicionamento seguido neste trabalho é o de que, a partir do momento da penetração do espermatozoide no óvulo, fundidos os pró-núcleos, ou seja, é na concepção, que se inicia uma nova vida, um ser humano. Sendo assim, o fruto da concepção constitui-se como humano, independentemente que aconteça de forma natural ou através de técnicas de fertilização artificial.

O ordenamento jurídico brasileiro abraçou a teoria natalista, avaliando que a personalidade jurídica da pessoa física surge a partir do nascimento com vida. Daí que, o Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Como se pode notar, mesmo deixando evidente que a personalidade civil só começa com o nascimento, comprovando-se que a criança nasceu viva, a ordem jurídica salvaguarda os direitos do nascituro, assim considerado desde o momento da concepção. De tal forma que mesmo não possuindo personalidade jurídica, ele possui expectativa de direitos, que devem ser postos a salvo para que, futuramente, venha a tê-los como seu titular.

Avaliando os fundamentos da teoria natalista, assim como o tratamento dado ao nascituro pelo Direito nacional, é plausível e talvez até desejável estabelecer críticas ao posicionamento tomado pelo legislador pátrio. Inicialmente, por não considerar o nascituro como um sujeito o que configura um flagrante desrespeito aos fundamentos constitucionalmente erigidos. O nascituro, como já exposto no presente trabalho, é um ser humano, ainda em formação, mas já possuindo todas as peculiaridades que o caracterizam como tal e, por isso, necessita da proteção jurídica, que lhe é devida pelo fato de humano ser.

Afinal, como é possível, num Estado Democrático de Direito, considerar-se um ser humano uma mera extensão do corpo de outra pessoa? Um ser sequer entendido como pessoa, que apenas faz parte das vísceras maternas? Realmente, o nascituro, por necessitar de um ambiente propício ao seu desenvolvimento, até que possa vir a nascer, encontra-se vinculado ao corpo da mãe. Entretanto, não se pode em termos concretos, em consequência disso, afirmar que o um embrião ou um feto não possui existência própria, que não é pessoa. Pelo contrário, desde a concepção, o nascituro passa a existir como um novo ser, individualizado, apresentando material genético diferente dos que possuíam os gametas que o geraram.

Ora, a vida não se poderia tornar humana após o nascimento se não o fosse já antes, e desde a concepção. Destarte, o nascituro é um ser humano e, exatamente por isso, deve ser reconhecido juridicamente como tal, recebendo do ordenamento jurídico a proteção que lhe é peculiar.

Ademais, apesar de, conforme a redação do artigo 2º do Código Civil, o nascituro não possuir personalidade, isto é, não se configurar como pessoa, o que vem ocorrendo na prática, já há algum tempo, tal não condiz com o entendimento exposto na legislação civil. Isto porque, além de o próprio ordenamento jurídico conferir direitos ao nascituro, em alguns casos, que, apesar de parecerem simples e isolados, são bastante expressivos, os tribunais vêm decidindo de forma a romper o entendimento clássico, consagrado pela legislação e pela maioria da doutrina brasileira, quanto à posição jurídica do nascituro.

Como exposto acima, a personalidade jurídica é um conceito fundante no ordenamento jurídico, porquanto é predicado imperativo para se existir no mundo jurídico como titular de direitos e obrigações. Uma vez adquirida, adjudica o amparo jurídico àquele que a possui. Aprovisionada de tamanha relevância, é imprescindível que se defina a partir de que momento se inicia a personalidade jurídica do ser hu-

mano, com a finalidade de se demarcar de maneira clara a partir de quando a pessoa terá a proteção do Direito. Neste ponto se fixa uma das problemáticas fundamentais do presente trabalho.

4.4 DIREITO À FILIAÇÃO

A filiação é a mais importante das relações de natureza pessoal que surgem com a formação da família. Porém, após revoluções sucessivas que conduziram à pós-modernidade, aliadas às novas relações travadas na sociedade, desencadeia agora a revolução genética, que situa a sociedade na era da biotecnologia.

Diante desse cenário, a relação de filiação perde parte de sua relevância em decorrência de tais avanços. Estes vêm suscitando debates éticos e religiosos e sobressaltando questionamentos jurídicos, uma vez que interferem no processo de procriação natural do ser humano, fazendo eclodir situações das mais diversas, causando instabilidade social e desafiando a Ciência Jurídica, principalmente no que tange à tutela jurisdicional do embrião humano *in vitro*.

Assim, a reprodução humana assistida surge com o objetivo principal de dar uma nova roupagem aos modos de reprodução natural, abrindo um leque de possibilidades até então nunca vistas. Trata-se fundamentalmente, da intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

É importante mencionar que no ordenamento jurídico espanhol existe um verdadeiro direito à reprodução assistida, fundamentado em parte no direito à liberdade, na dignidade, no livre desenvolvimento da personalidade humana, no direito à intimidade pessoal e familiar, e, por fim, no direito de constituir uma família.

Ainda que no Brasil este tema não seja regulado de modo específico, deverá ser pautado por esses princípios de modo a assegurar sua legitimidade, garantindo às pessoas envolvidas maior solidez quando da escolha por tal prática.

As principais técnicas de reprodução assistida são: a Inseminação Artificial, a Fecundação *In Vitro* e as denominadas mães de substituição ou mães de aluguel.

Dependendo da técnica aplicada, a fecundação poderá ocorrer *in vivo*, ou seja, por meios naturais, ou *in vitro*. Na inseminação artificial, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, com procedimentos que são relativamente simples, con-

sistentes na introdução dos gametas masculinos dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen.

No caso da fecundação ou fertilização *in vitro*, o processo é mais complexo e a fecundação ocorre em laboratório, de forma extrauterina, podendo ser definida como uma técnica em que se reúnem em uma proveta os gametas masculino e feminino, para, em meio artificial apropriado, favorecer a fecundação e consequentemente a formação do ovo, iniciando a reprodução celular, e futuramente implantado no útero da mulher.

Portanto, dependendo da origem dos gametas, a inseminação ou fecundação será homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando o material genético é do próprio casal do qual o embrião será filho. Nesta, há dois aspectos que exigem maior atenção. O primeiro se refere à questão dos embriões excedentes, ou seja, aqueles que são concebidos como “extras”, para serem usados caso seja necessário. O segundo e não menos importante, se refere à questão da implantação *post mortem*.

Por sua vez, a reprodução assistida será heteróloga quando o espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada.

A terceira técnica diz respeito às mães de substituição ou mães de aluguel, estas consistem em mulheres que aceitam o empréstimo ou doação temporária do seu útero para outra que não pode conceber um filho no próprio útero.

Ressalte-se que no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº. 1.358/92, aceita o empréstimo ou doação temporária de útero apenas no âmbito familiar, num parentesco até colateral de segundo grau, vedando, portanto, qualquer caráter lucrativo ou comercial a esta atitude.

Esta é a técnica indicada para as mulheres impossibilitadas de carregarem o embrião, isto é, de ter uma gestação normal, precisando, portanto, que uma terceira pessoa empreste o seu útero, com o fim de assegurar a gestação, tendo em vista que o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco considerável para a mãe biológica.

Diante desta nova realidade, abre-se um novo nível de discussão na seara jurídica, qual seja, o reconhecimento da filiação decorrente de relação matrimonial ou possibilidade de inclusão de um terceiro na relação de filiação, que seriam, nesse caso, o pai e/ou a mãe biológicos. Esses, com o advento dos avanços biotecnológicos, deixam de ser considerados “mãe e/ou pai” na seara jurídica, passando esta

qualidade para aqueles que de fato reconhecerão e cuidarão da criança, passando a ser juridicamente o genitor da criança.

O Código Civil regula a matéria em seu art. 1597, III, IV, V, que atribui a presunção de filiação para todos os filhos havidos na constância do casamento, sejam por inseminação artificial homóloga ou heteróloga.

Com relação ao conceito de filiação, valiosas são as lições de Venosa (2011, p.1650):

Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistências em geral.

Portanto, pode-se dizer que a filiação é um estado, o *status familiae*, deste modo, todas as ações que visam seu reconhecimento, modificação ou negação são ações de estado. A palavra filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, este entendido como aqueles que o geraram ou o adotaram. Traduz-se, pois, na maternidade ou paternidade.

Como dito acima, com o novo Código Civil de 2002, foram inseridos três dispositivos no art. 1597, que tratam da presunção de filhos na constância do casamento, cuidando especialmente dos filhos havidos por meio de fecundação homóloga ou heteróloga, enfocando ainda a possibilidade de nascimento de filho após a morte do pai ou da mãe, no caso de fecundação homóloga e de embriões excedentários. Deve atentar-se para a possibilidade de o embrião ser alocado no útero de outra mulher, questão que faz surgir a problemática quanto a maternidade sub-rogada, ou maternidade de substituição.

É oportuno destacar, que o diploma civil não faz qualquer referência à regulamentação da reprodução assistida, apenas constata a problemática referida acima e procura dar uma solução ao aspecto da filiação.

Observa-se, por conseguinte a importância de um estatuto próprio do embrião que regulasse de maneira mais completa sobre a ampla e problemática questão referente ao seu reconhecimento, pois ainda que com um dispositivo jurídico para fundar-se nas questões acerca do tema, ainda assim, suscita um manancial de dúvidas que parecem mais problemas propostos do que efetivamente soluções encontradas.

Especificamente no que se refere ao estado de filiação, o Código Civil, de maneira desarranjada, deixa inúmeras lacunas no que se refere à fertilização assistida, pois não se posiciona diretamente acerca do tema, deixando fluir questionamentos dos mais diversos referentes, por exemplo, às consequências da filiação no direito hereditário, relegando desnecessária instabilidade social.

Ainda que o legislador pátrio não tenha incluído o embrião no rol do art.2º do diploma civil, reconhece a sua titularidade ao direito de parentesco (este deve ser entendido tanto na constância do casamento, quanto na união estável, quanto à presunção de paternidade dos filhos havidos na constância da relação convivencial), portando, reconhecido nos incisos IV e V do artigo supracitado.

A divergência doutrinária ainda é grande no ordenamento jurídico brasileiro, e alguns autores fazem considerações de monta acerca da problemática com a bioética, em admitir a implantação de um embrião órfão de um dos pais, alegando ser uma condenação à que este ser humano desde o início de sua vida tivesse de lidar com a orfandade.

Ainda que diante de alegações legítimas e fundadas, deve-se ter em consideração a carga valorativa dos bens jurídicos em questão, pois o que teria mais relevância na seara social e jurídica: a preservação de uma vida, que nesse caso se encontraria *in vitro* e que posteriormente poderia vir a ser fecundada, tendo as condições necessárias para concluir seu processo de desenvolvimento, ou, desamparar de modo a descartar o mesmo ser humano *in vitro*, somente porque este não tem um dos seus genitores, e, sabendo que atualmente é plenamente concebível a possibilidade o filho ser criado por apenas um dos pais, o que define a família monoparental?

A melhor resposta seria a conservação da vida, possibilitando que este ser *in vitro* venha a ser implantado, mesmo que em outro ventre, ou apenas possuindo um dos genitores responsáveis pela sua criação, pois essa tomada de decisão reflete o verdadeiro valor e respeito à vida, bem como ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste sentido, expõe Ferraz (2011, p.64)

Não temos dúvidas, portanto, de que no tocante à situação do ser humano *in vitro*, em respeito aos mencionados princípios constitucionais do respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, o mais acertado é a implantação do embrião, para que este possa vir a nascer, concluindo desta maneira o seu processo de desenvolvimento.

Caso diverso é o que ocorre com o sêmen congelado, tendo em vista que este não é considerado pessoa, de modo que para a sua implantação *post mortem*, ocasião em que deverá haver o consentimento expresso do uso de seu material fertilizante, mesmo que casado ou em união estável com a futura geratriz.

No que concerne às técnicas de reprodução assistida, entende-se ainda que mesmo na ausência de autorização expressa, deverá haver a proteção constitucional da criança, já que independentemente da forma como foi concebida, as suas necessidades deverão ter primazia, assim como o respeito aos seus direitos, dentre os quais os de maior importância denominados personalíssimos., em consonância com Ferraz (2011).

É conveniente avaliar que a inseminação homóloga é aquela que apresenta a menor problemática quanto à relação parental, tendo em vista possuir a identidade genética. Com relação ao que atine à inseminação heteróloga, a mesma não encontra na legislação a mesma proteção, tendo em vista que nesta, houve por parte de terceiro estranho à relação marital ou de convivência, a participação de doação de gametas, ou cede o seu útero, e, sendo assim, no plano biológico, o indivíduo gerado não é filho.

Ascensão (1994) apud Ferraz (2011, p.66), discorre sobre o tema:

[...] os grandes problemas residem, porém na procriação heteróloga, ou com doador. Aí parece necessariamente um estranho, a quebrar a intimidade familiar. Ainda que consentido, ainda que anônimo, ainda que se crie a ficção da proveniência do casal da criança a nascer, há sempre os problemas que traz o estranho no ninho. E nestes casos haverá que se perguntar se se justifica a produção de um ser nessas condições, quando há a alternativa da adoção, com a possibilidade de ocorrer simultaneamente a situações de grande carência social.

Diante deste quadrante, em que passa a existir uma procriação em que o “pai” não é o marido, ou em que a “mãe” não é a esposa, a sociedade e a comunidade jurídica se acometem de dúvidas irrefreáveis no que tange às questões como: Quem é o “pai” ou a “mãe”? Poderá o filho obter a revelação dessa paternidade biológica? Poderá o pai negar sua “paternidade não biológica”? Quais os interesses devem ser tutelados como superiores? Devemos obter dessa relação a proteção do direito ao parentesco?

Daí então deve-se procurar as respostas mais sadias, para resolver este questionamento de tamanha importância para o direito e para a sociedade.

Para melhor entendimento de que seja pai e mãe, deve-se compreender que tais significados não nascem com o indivíduo, mas a ele se incorpora diante das situações trazidas pela vida. Pai ou Mãe deve ser entendido não apenas em sentido biológico, mas deve dar à palavra conotação mais profunda e digna com o seu reconhecimento. Se faz pai e mãe na labuta, no amor que é dado, na capacidade de se entregar com inteireza e mais, fácil é ser “pai” e “mãe” do filho que lhe é dado biologicamente, quando o seu sangue corre-lhe pelas veias e quando os traços característicos se tornam apenas uma extensão daquilo que se é.

Porém, pode-se dizer que a maior prova se sobrepõe àquele que impossível de conceber, se habilita para dar à luz a um filho fruto do anseio da alma, que não distingue sangue ou forma física para conceber e oferecer o sentimento mais nobre que se tem. Portanto, a dignidade desse amor que supera todas as expectativas e preconceitos impostos pela sociedade. Desse modo, inconcebível seria não conceder este título àquele que se dispõe a amar e cuidar, daquele ser tão desejado e querido, sendo ainda inconstitucional, por ferir o princípio da paternidade responsável. Definitivamente, pai e mãe se é pela capacidade e responsabilidade de zelar pelo filho.

Não obstante, fica resguardado ao filho o direito de saber sobre sua procedência biológica, uma vez que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser executado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição.

Nas palavras de Filho (2002), a filiação, se estabelece não apenas em face do vínculo biológico, mas, principalmente em face do vínculo socioafetivo que mais atende ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana e também da Paternidade Responsável.

Assim, revela-se mais importante o interesse do filho em conhecer sua origem biológica, independente da forma que foi gerado, sendo, pois, considerado seu interesse de maior relevância do que o sigilo da origem da filiação e o anonimato da pessoa que doa o material biológico, ou no caso das mães substitutas, aquela que doa o útero. Justifica-se que na hierarquia de valores, prevalece o interesse do filho em relação ao do pai, cujo pleito de proteção à sua integridade física demonstra maior interesse particular, ao passo que o estado pessoal e familiar se sobrepõe, pois refere-se diretamente à afirmação do indivíduo como pessoa, protegendo e respeitando sua identidade pessoal.

Portanto, deve-se considerar que toda pessoa tem o direito a conhecer sua origem biológica, de modo que, por o embrião *in vitro*, ser considerado como pessoa, merece de atenção especial do ordenamento jurídico, que tem como valor maior a Dignidade da Pessoa Humana, que na verdade se trata de uma cláusula de proteção ao indivíduo.

No que se refere à possibilidade do pai negar sua paternidade não biológica, deve entender-se que isso só seria possível, se esse consentimento estivesse viciado, por exemplo, em casos em que houvesse coação, fraude, erro ou dolo, de maneira que não tenham sido emitidos com fundamento na vontade real. Fora destas hipóteses, restaria, pois impossibilitada a impugnação de paternidade, pois no caso em tela, a paternidade não teria raízes biológicas, mas, possuindo fundamento moral, prestigiando-se as relações socioafetivas, como entende Ferraz (2011).

É com esta nova moldura que o tema filiação deve ser tratado, de modo a consagrar o direito à identidade pessoal, direito ao parentesco, direito à proteção integral da criança, respeito à vida e à paternidade responsável, com vistas para um novo horizonte no que tange a bioética, homem e direito.

4.5 O EMBRIÃO *IN VITRO* E O DIREITO SUCESSÓRIO

O Direito das Sucessões abrange o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém para depois de sua morte, garantido no art. 5º, inciso XXX da CF/88.

Conforme o Art. 1784 do Código Civil 2002, no momento da morte, o de *cujus* transmite o seu patrimônio aos seus herdeiros, estando incluídos os bens móveis, imóveis, débitos e créditos, a este fato, denomina-se sucessão.

Existem atualmente dois tipos de sucessão, quais sejam, a legítima e a testamentária. A sucessão legítima é a modalidade em que a divisão patrimonial é regulada conforme determinação de lei, obedecido ao preceito do art. 1829 do referido diploma legal. Configura-se, quando o falecido não expressou sua vontade em testamento, ou, mesmo que tenha deixado, quando este for ineficaz ou perdeu o prazo de validade. De outro modo, a sucessão testamentária, ou voluntária, diz respeito ao caso em que o *de cuius* declarou expressamente sua vontade quanto à transmissão da herança para os seus herdeiros, trata-se de disposição de última vontade, de-

vendo em todo caso ser respeitada a sua vontade, obedecidos os limites impostos por lei.

Com referência no Código Civil, este traz o rol de artigos que determina quem pode suceder:

Art 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

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

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

II – as pessoas jurídicas;

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

Mais precisamente no que se refere aos embriões *in vitro*, a questão ganha destaque no enunciado 267 da 2ª Jornada de Direito Civil, veja-se:

267 - A regra do art. 1798 do código civil deve ser estendida aos embriões formados mediante técnica de uso de reprodução assistida abrangendo assim a vocação hereditária da pessoa a nascer cujos efeitos patrimoniais obedecem à regra prevista no Código Civil.

Diante da condição jurídica do embrião *in vitro*, dela decorrem não apenas direitos extrapatrimoniais, mas, pela qualidade de vida que lhe acompanha, são também inteiramente direitos patrimoniais, alcançado pela necessidade de evidenciar a titularidade de direitos e prerrogativas no campo do direito sucessório.

Para tanto, deve-se considerar que a herança pode ser um vínculo persistente com aquele que lhe deu a vida, ou, com aquele que consentiu com a sua concepção, vez que o seu fundamento é a relação de parentesco.

Deve-se considerar, portanto, que se a pessoa humana *in vitro* teria capacidade para suceder em ambas as formas de sucessão: legítima e testamentária, pelos seguintes motivos: Toda pessoa humana será, na condição de herdeira, convocada a suceder o *de cujos* por imposição da lei ou por instituição de vontade; independentemente de relação de parentesco, a pessoa humana *in vitro* poderá ser beneficiada por meio de legado.

Com base no Enunciado de nº 26 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na terceira jornada de Direito Civil, a regra do art. 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Pela compreensão dos arts. 1798 e 1799 entende-se, ainda, que a proteção ao direito sucessório do ser humano *in vitro* está contemplada, pois para a legitimação sucessória a lei fala em concepção, além de outorgar direito sucessório nos casos de sucessão testamentária; Com referência ainda na questão da responsabilidade que os pais devem ter com os filhos, sem qualquer distinção quanto à forma de sua concepção, deve atentar-se para o disposto nos arts: 1566, IV, e 1634 do Código Civil; arts. 20 e 21 do ECA; art. 227, §6º, da Constituição Federal, e, o art. 1º, §§ 2º e 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica/); Ainda, deve-se considerar o reconhecimento do direito sucessório ao nascituro, o que de forma extensiva aplica-se por analogia a pessoa humana *in vitro* (FERRAZ, 2011).

Em síntese, a capacidade sucessória indica quais são as pessoas que serão convocadas para substituir o *de cuius* na titularidade do acervo hereditário. Essa sucessão poderá se dar pela imposição da lei ou por disposição de última vontade. De modo que são legitimados a suceder na sucessão legítima, as pessoas nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão. Na sucessão testamentária por sua vez, estão legitimados a suceder a denominada prole eventual, devendo observar em todo caso, o lapso temporal de dois anos para a sua concepção, computados a partir da abertura da sucessão.

Nesses termos, válidas as palavras de Pereira (2004) apud Ferraz (2011, p.110):

O princípio cardinal do direito sucessório é a transmissão imediata dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, subordinado obviamente a que tenham capacidade para suceder (na linguagem do novo Código Civil, legitimação para suceder). Não basta ao herdeiro invocar a sua vocação hereditária. É preciso, ainda, seja ele capaz e não indigno. Mas não se confunde capacidade sucessória (ou legitimação para suceder) com a capacidade civil, ou poder de ação no mundo jurídico. Deve entender-se em acepção estrita de aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido. Assim é que uma pessoa pode ser incapaz para os atos da vida civil, e não lhe faltar capacidade para suceder; e vice-versa, incapaz de suceder, não obstante gozar de plena capacidade para os atos da vida civil. Neste sentido restrito, a incapacidade sucessória (ou no sistema do novo Código Civil, falta de legitimação para suceder) indica-se como impedimento legal, para adir à herança.

Nas palavras de Almeida (1989) apud Ferraz (2011), o embrião *in vitro* tem capacidade sucessória, seja com relação à sucessão legítima, quando foi concebido por inseminação artificial homóloga, ou à sucessão testamentária, na hipótese de inseminação artificial heteróloga.

Porém, acredita-se que esta posição não é a mais acertada, tendo em vista que o filho concebido por inseminação artificial heteróloga, passa a ser considerado filho do casal encomendante, não devendo assim, haver manutenção do vínculo de parentesco com aquele que doou o material fertilizante, já que presume-se que com a autorização do consorte para a realização da fertilização assistida, gera o título e os direitos decorrentes da situação de filiação que se forma.

Em outras palavras, pode-se afirmar sobre a possibilidade do indivíduo ser reconhecido como herdeiro legítimo, possuindo todas as prerrogativas decorrentes do falecimento do pai jurídico, sendo, oportunamente chamada para suceder o *de cujus*.

Pode-se afirmar que no que se refere à sucessão legítima, observadas as hipóteses de inseminação artificial homóloga e heteróloga, ambas poderão considerar o status de herdeiro do ser humano *in vitro*, atentando-se ainda, para à sua convocação que se dará na qualidade de filho concebido, sendo, pois, a partilha dos bens, realizada com respeito ao seu quinhão hereditário.

5 A PROTEÇÃO DO EMBRIÃO HUMANO *IN VITRO* NO DIREITO BRASILEIRO

Em virtude do desenvolvimento das técnicas de Reprodução Humana Assistida com posterior transferência de embriões, a comunidade médica tornou-se capaz de intervir no processo reprodutivo humano. Tal fato, associado com a enorme diversidade de posicionamento nos campos religioso, filosófico e científico, faz dessa temática uma área polêmica, em que as reflexões legais e éticas, ainda são pouco definidas pelo ordenamento jurídico.

De outro modo, o célere surgimento de novos conhecimentos técnico-científicos nesse campo é irrefreável, agravando o estabelecimento de normas ou legislações duradouras. No Brasil, as técnicas de Reprodução Assistida são regulamentadas precipuamente pela Resolução nº. 1358/92, do Conselho Federal de Medicina e pela Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança).

A tal fato, soma-se ainda o episódio de o Brasil estabelecer a condição de pessoa vinculada a certos parâmetros que não correspondem mais a essa nova era biotecnológica. A noção de pessoa no atual ordenamento encontra-se em desuso por não conseguir acompanhar os avanços científicos, de modo que a legislação acaba inócua frente a essa nova realidade, de modo que a situação dos embriões fica em meio a um vazio legislativo que não é suficientemente capaz de resolver sua situação.

5.1 EXAME DA LEI Nº 11.105/2005 – LEI DE BIOSSEGURANÇA

Em 24.03.2005 fora sancionada o projeto de lei, de autoria do Senador da República pelo Estado da Paraíba, Ney Suassuna, que visava regulamentar os incisos II, IV e V do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvessem OGM – organismos geneticamente modificados e seus derivados, a criação do CNBS – Conselho Nacional de Biossegurança, a reestrutura da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que disporia sobre a Política Nacional de Biossegurança, a revogação da Lei nº. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001. Logo mais em 22.11.2005, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva editou o Decreto 5.591, pretendendo regulamentar a Lei 11.105/2005, denominada de Lei de Biossegurança.

Se já não havia motivos para festejar a Lei, o mesmo se diga quanto ao Decreto que em nada a elucidou, não cumprindo, pois, com a sua função primordial: dar as pautas para a correta aplicação da Lei, explicitando a norma legal e trazendo um mínimo de segurança para os seus destinatários. Do mesmo mal padecendo a Portaria 2.526, de 21.12.2005, do Ministério da Saúde.

Com o advento dessa Lei no ordenamento jurídico, percebe-se a total ausência de métodos e sistematização, pois, como se vê, foram abraçados pela Lei diversas matérias a serem reguladas, de modo que esta tornou-se mais um emaranhado legislativo do que efetivamente um objeto de tutela jurídica.

Conquanto destinada, em tese, a regulamentar o art. 225, § 1º, incisos II, IV e V da Constituição Federal, a Lei 11.105/2005 agrupa, como uma colcha de retalhos jurídica, quatro relevantes matérias: (i) a pesquisa e a fiscalização dos organismos geneticamente modificados (OGM); (ii) a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia; (iii) o papel, a estrutura, as competências e o poder da CTNBio; e, por fim (iv) a formação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, e sua organização, através de normas ora dispersas pelo texto integral da Lei, ora concentradas no capítulo II, como destaca Júnior, (2007).

Destarte, com a aprovação desta lei, que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança, novas situações foram consignadas, interessando neste trabalho a parte em que tornou-se permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados para o fim a que se pretendia, ou seja, a procriação de seres humanos.

Isto posto, convém ressaltar, que com a promulgação desta lei, a comunidade científica dividiu-se acerca do uso de células-tronco, ficando uns a favor, outros reticentes, e ainda alguns completamente contrários a esta prática, de forma a dar ensejo a uma relevante insegurança jurídica, pela falta de critérios normativos em que se possa apoiar tais condutas.

Pode-se visualizar a imaturidade da referida Lei primeiramente no que se refere ao método, tendo em vista principalmente sua ausência, observado pela combinação de temas sem uma organização técnica amparada em critérios científicos e valores juridicamente tutelados.

Visualiza-se ainda, a ambiguidade da linguagem legislativa e o próprio mérito da Lei. Pela análise da terminologia do nome Biossegurança, vê-se que se trata de

um termo polissêmico conectado às áreas específicas do conhecimento, e em uma acepção mais ampla, refere-se a organismos geneticamente modificados(OGM) ou patógenos, radiações ionizantes e não ionizantes, substâncias citotóxicas ou mutagênicas que provocam alterações capazes de gerar doenças ou malformações fetais, conforme Neto (2007).

Percebe-se, pois, que em qualquer dessas possibilidades de sentido, não se enquadra a questão da utilização de embriões e de células-tronco embrionárias tratadas na Lei, de modo a mostrar mais uma vez o imprevisto com que a situação é abordada.

Resta, pois, tratar da situação dos embriões fazendo uso de interpretação extensiva, adaptando as normas e princípios existentes ao caso concreto, pois a Lei de Biossegurança na verdade veio mais deixar dúvidas do que essencialmente regular a matéria.

Diante de tal fato, vislumbra-se a necessidade da criação de um estatuto próprio, qual seja, o Estatuto do Embrião, suficientemente capaz de abordar a matéria detalhadamente sem deixar que parem dúvidas ou se cerque de insegurança jurídica, pois, o trato com embriões de maneira direta reflete o trato com a vida e esta por ser tão sublime e ficar acima de todo o aparato jurídico deve pois ser garantida por todos os meios e em todas as situações, a fim de que se afirme o Estado Democrático de Direito, através do reconhecimento da Dignidade da Pessoa que é intrínseca à vida.

5.2 O ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pela interferência do art. 5º da Lei de Biossegurança, ficou possibilitada aos cientistas fazerem uso de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisas.

Ocorre que este dispositivo fora questionado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3510/600, ajuizada em maio de 2005, promovida pelo Ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, em que defendia que existiria vida desde a fecundação e, portanto deveria ser preservada sua inviolabilidade.

Segundo este doutor jurista, o embrião humano não é parte, mas sim *totipotente*. Fundamentando sua afirmação em pronunciamentos de renomados cientistas que declaravam que o zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie. Sendo, portanto, biologi-

camente um indivíduo único e irrepetível, um organismo vivo pertencente à espécie humana.

Ao fazer análise detalhada sobre o contexto do referido art. 5º, afirmou que a Lei adotou a teoria da diferenciação parcial, significando que o embrião humano é ser humano, mas ainda não homem-pessoa, merecendo tutela jurídica inferior a este. Tal observação fora feita com base nas palavras do diploma legal que permite apenas o uso de células-tronco embrionárias inviáveis, ou com três anos ou mais de congelamento, além da necessidade de consentimento dos genitores. Deste modo, poderia se afirmar que o legislador pátrio não concebe o embrião como simples coisa, tendo em vista a limitação de sua disponibilidade.

Por outro lado, deve-se observar que essa consideração parcial do embrião humano como pessoa se torna ilógica, pois não se pode fazer uma gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida, de modo que, se há vida, por mínima que seja, deverá ter sua dignidade protegida, não havendo que se falar em tutela jurídica inferior.

Com base nesse posicionamento, pugnou pela definição constitucional da vida humana, tendo por base a inviolabilidade desta, perante o Supremo Tribunal Federal.

O Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Ayres Britto, aceitou o pedido do Ex-Procurador para haver uma audiência pública no respectivo órgão, com o objetivo de se ouvir as diversas correntes doutrinárias a respeito do assunto, e, ao final, tentar, embasado no direito, responder à pergunta – quando começa a vida humana?

No dia 20 de abril de 2007, ocorreu a primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal, a qual contou com a participação de trinta e quatro especialistas da comunidade científica (médicos, geneticistas, neurocientistas e advogados) na discussão sobre o emprego de células-tronco embrionárias em pesquisas.

A audiência, que se configurou numa verdadeira batalha entre cientistas, teve de um lado os defensores destas práticas, convidados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e de outro, os que não admitiam que o embrião humano fosse tido como coisa, os quais foram escolhidos pelo Ministério Público Federal e pela Confederação Nacional de Bispos do Brasil.

O propósito do questionamento seria auxiliar os onze ministros dessa Corte a decidir sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, aprovada em 2005, que

autoriza a pesquisa com células-tronco extraídas de embriões produzidos *in vitro* para fins de reprodução assistida.

Neste cenário, fora aberta a audiência, onde os cientistas expuseram suas argumentações, com o objetivo de influenciar e dar legitimidade à decisão mais lúcida e racional possível pela Egrégia Corte, sem, no entanto, pôr em risco nenhum direito assegurado pela Constituição, mas, pelo contrário, tentar estabelecer, alicerçado no princípio da proporcionalidade, o mais razoável de acordo com a Lei Maior.

Ao final de tantas discussões, ficou a cargo da Suprema Corte Constitucional resolver tal questionamento, e mais uma vez o assunto fora encerrado sem nenhuma decisão condizente capaz de solucionar tal problemática.

Ainda hoje, oito anos após a Lei de Biossegurança entrar em vigor, surgem questionamentos de monta quanto ao contexto contido na mesma, o STF parece não se posicionar bem acerca do assunto, deixando para a sociedade uma sombra de dúvidas a nortear o tema.

Porém, usando de razoabilidade e bom senso, interpretando a hermenêutica constitucional o problema vem ganhando delineamento quase harmônico por parte da sociedade, tendo em vista a larga escala do aumento de pessoas a se utilizarem das técnicas de reprodução e experimentarem seus reflexos.

Cada vez mais se percebe uma revolta no plano social, religiosa e jurídica com as possibilidades trazidas pela legislação vigente, de modo que se espera um posicionamento concreto da Suprema Corte capaz de solucionar os problemas trazidos com a Lei de Biossegurança.

5.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana confere legitimidade a uma ordem constitucional. Para que esta dignidade seja legítima, é necessário que haja o seu reconhecimento e proteção por parte do ordenamento jurídico, de modo que se poderia afirmar que o Estado que não garante a dignidade da pessoa, este não possui Constituição.

Nestes termos, fica evidenciada a função integradora deste princípio, na medida em que serve de parâmetro para a interpretação e integração não apenas dos Direitos Fundamentais, mas, de todo o diploma legislativo.

Destarte, a Dignidade da Pessoa e os Direitos Fundamentais atuam no centro moralizador da ordem constitucional, como um verdadeiro DNA, que é indissociável, de tal sorte que em cada direito fundamental há alguma projeção da dignidade da pessoa.

Portanto, se o Estado tem por preceito fundamental a dignidade do homem, na condição de valor e princípio fundamental, este pressupõe o reconhecimento e a proteção dos Direitos Fundamentais.

Por este motivo, os temas relacionados às descobertas científicas, devem ser discutidos sob o seu manto, com a finalidade de realizar o bem comum do povo, alcançando deste modo o objetivo do Estado Democrático de Direito.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana confere legitimidade a uma ordem constitucional. Para que esta dignidade seja legítima, é necessário que haja o seu reconhecimento e proteção por parte do ordenamento jurídico, de modo que se poderia afirmar que o Estado que não garante a dignidade da pessoa, este não possui Constituição.

Nestes termos, fica evidenciada a função integradora deste princípio, na medida em que serve de parâmetro para a interpretação e integração não apenas dos Direitos Fundamentais, mas, de todo o diploma legislativo.

Destarte, a Dignidade da Pessoa e os Direitos Fundamentais atuam no centro moralizador da ordem constitucional, como um verdadeiro DNA, que é indissociável, de tal sorte que em cada direito fundamental há alguma projeção da dignidade da pessoa.

Portanto, se o Estado tem por preceito fundamental a dignidade do homem, na condição de valor e princípio fundamental, este pressupõe o reconhecimento e a proteção dos Direitos Fundamentais.

Por este motivo, os temas relacionados às descobertas científicas, devem ser discutidos sob o seu manto, com a finalidade de realizar o bem comum do povo, alcançando deste modo o objetivo do Estado Democrático de Direito.

5.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIMITES E DESAFIOS

A ideia de valor do ser humano encontra suas raízes na ética cristã, nesse sentido, importante as lições de Sarlet (2007, p.30):

Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Deve-se entender, a partir dessa premissa, que desde os tempos mais remotos a noção de dignidade já existia como valor de referência para a humanidade, de modo que encontrava-se interligada com os valores da vida, liberdade, igualdade e dentre os demais valores sociais.

Destarte, a conexão entre a gênese longínqua da noção dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais forneceram os axiomas nos quais se embasa e se pauta o direito constitucional contemporâneo.

Sarlet (2007, p.42) acerca do tema, conclui que:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

A CF/88 estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos que servem de alicerce para o Estado Democrático de Direito, tendo a pessoa humana como referencial que fundamenta toda ordem jurídica. Sendo assim, partindo-se do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito brasileiro funda-se no princípio subscrito, institui-se que toda discussão jurídica sobre a vida deve levar em consideração esse preceito, que é estendido a todo ser humano.

Tal constatação não impede o debate quanto à apreensão da substância e da definição acerca da dignidade da pessoa humana na e para a ordem jurídica. Não resta dúvida quanto à problemática para se impetrar uma acepção clara e suficiente do que constitua efetivamente a dignidade da pessoa humana no mundo atual (SARLET, 2007).

Este fato, que colabora para a consecução de resultados distintos e até conflitantes, na aplicação concreta da noção de dignidade nas decisões judiciais. Assim, as decisões dos nossos Tribunais, muitas vezes se valem da Dignidade da Pessoa, sem, contudo, demonstrar qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos pelos quais determinada conduta foi considerada ofensiva à dignidade, o que, a

despeito da nobreza das intenções do julgador, acaba por constituir fator que mais desvaloriza do que valoriza a aplicação do princípio.

Certo é que a dignidade não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, sob pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada.

Clotet (2006) assevera que deve-se operar um controle restrito da dignidade para não cair num pântano de subjetividade, sendo, para isso indispensável, que se identifique, na análise do caso concreto, o direito fundamental violado para que se evite a banalização do princípio da dignidade.

Compartilha deste entendimento, Leal (2005, p.51), ao afirmar que “se a dignidade serve para tudo, na verdade não serve para nada”, salientando a necessidade de se rever a aplicação inflacionada do argumento.

Pode-se citar, no presente estudo, inúmeras tentativas de conceituação do princípio em análise, porém, mais importante que isso, é ter a noção de que o conteúdo da dignidade da pessoa humana, requer constante concretização e delimitação para que não se perca o seu lugar central no pensamento jurídico, sendo valor inerente à pessoa humana como destacado por Fachin (2000).

Logo, mesmo que não haja uma conceituação clara e precisa do que seja efetivamente a dignidade que é inerente a toda pessoa humana, não há maior dificuldade em identificar as situações em que a mesma é violada. Com o texto constitucional de 1988, a dignidade da pessoa humana tem o *status* de princípio cardeal organizativo dentro do sistema jurídico, e toda regra, positivada ou proposta, que com esse princípio colide, no todo ou em parte, é inconstitucional.

Vale mencionar que apenas a Dignidade de determinada ou determinadas pessoas é passível de ser desrespeitada, não sendo possível atentar contra a dignidade de uma pessoa em abstrato. Lembre-se que o conteúdo da dignidade da pessoa humana difere da dignidade humana, quanto ao seu titular, já que a primeira constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada e a segunda, refere-se à humanidade como um todo.

A partir desta diferenciação, é possível identificar o que busca a Constituição de 1988; a proteção de cada indivíduo. Sabemos que esta proteção implica necessariamente uma proteção comunitária, visto que o indivíduo convive em determinada comunidade ou grupo, de maneira que respeitar a pessoa em sua individualidade significa respeitá-la no todo, em sua comunidade ou grupo.

Bem assinala Sarlet (2007), ao dizer que a concepção de dignidade humana tem por escopo o indivíduo (a pessoa humana), de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa humana individual em prol da dignidade humana como bem de toda humanidade.

Dessa forma, não há que se falar na existência de possibilidade legal para o sacrifício dos embriões humanos pré-implantatários, visando ao bem da humanidade, pois o projeto apresentado pela Constituição de 1988, não oferece espaço para qualquer ordem de manipulação do ser humano, ainda que o número de beneficiados seja maior que o número de prejudicados. Para melhor compreensão, do que se afirmou, retomemos a raiz da palavra dignidade e sua concepção. A palavra dignidade deriva do latim “*dignus*” e significa aquele que merece estima e honra a quem se deve respeito, aquele que é importante.

Logo, a Dignidade da Pessoa Humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio, proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de forma que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.

5.5 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PESSOA HUMANA E A MANIPULAÇÃO DOS EMBRIÕES *IN VITRO* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A vida, na visão do Direito, é bem tutelado juridicamente, que tem direitos fundamentais e básicos que surgem desde a concepção da pessoa humana, em seu momento específico comprovado pela ciência. Nesse sentido, os embriões humanos, ainda que não implantados no útero feminino ou não nascidos, merecem proteção por ser vida, por ser alguém e, ainda que não vejamos o seu rosto, são seres humanos.

Este é o entendimento que compartilhamos com Aguiar (2005, p. 54), que é taxativa ao afirmar que: “Não há quem seja homem sem ser pessoa, nem podem existir classes diferentes de seres humanos. Toda pessoa, qualquer que seja ela, não importa o grau de desenvolvimento físico ou maturidade mental, tem a dignida-

de como atributo próprio, para exercê-la, sem superioridade sobre qualquer outro homem”.

É ainda, Meirelles (2002, p.189), quem diz:

Considerados os embriões humanos como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade da pessoa humana e a proteção ao direito à vida. Inadmissível dissociá-los desses que são fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes.

Então, partindo do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito brasileiro funda-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, intui-se que toda discussão jurídica sobre a vida, desde a sua concepção, como já vimos no decorrer deste trabalho, deve levar em consideração esse preceito, que é estendido a todo ser humano.

Sgreccia (1996) pontua que até a incerteza sobre a aplicabilidade ou não do conceito de pessoa aos primeiros estágios de vida, se torna uma elucubração inútil, quando se pensa que pouco importa como se queira juridicamente defini-lo, pois aquele embrião já é o mesmo indivíduo em desenvolvimento que será definido pessoa.

Brauner (1999, p.201) afirma que: “A pessoa é o fundamento de toda a reflexão e o caráter sagrado da vida e também da qualidade de vida deve justificar que o ser humano seja o centro das preocupações e não um simples instrumento para a ciência”. Quanto à relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, é certo que o modo pelo qual se compreendem as conexões de ambos, influencia e depende uma série de consequências jurídicas, principalmente no que diz respeito à vinculação direta da dignidade ao valor intrínseco da vida humana. Para o autor Sarlet (2007) tal dilema deve ser resolvido pela substituição da fórmula dignidade ou vida, pela fórmula dignidade e vida, sem, contudo, cancelar a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio.

Pode-se, então, afirmar que a dignidade, ou seja, o valor da pessoa humana é a fonte inicial de todos os outros valores, e a densidade deste princípio torna-se máxima em nosso sistema constitucional, e, sendo assim, é um direito inalienável e imprescritível que o Estado não pode recusar a cumprir; pois nele todos os preceitos éticos da personalidade encontram-se consubstanciados. Quanto aos embriões excedentários, estes devem ter a vida garantida pelo controle de sua criação, para que

aqueles já existentes não sejam “utilizados”, na nossa concepção o melhor termo seria produzido de forma irresponsável como aponta Silva (2002).

A bioética, além de disciplina acadêmica, constitui um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares que tem por objetivo o esclarecimento e a solução de questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas; tal necessidade surgiu porque a humanidade, ainda espantada com a rapidez das pesquisas e dos avanços biológicos, ainda não encontrou respostas para as questões éticas que se acumulam. A bioética deve, por princípio, valorizar e dar prioridade à proteção do ser humano, e não às corporações biomédicas de acordo com Garcia (2004).

Certo é que o projeto de sociedade delineado pela Constituição de 1988, em cujo vértice se encontra a pessoa humana, não se coaduna com os critérios utilitaristas da ciência biomédica. Seguindo-se tal critério, seria admissível qualquer ordem de manipulação ou o emprego de qualquer técnica experimental, desde que o número de seres humanos beneficiados fosse superior aos prejudicados. Dessa forma, o utilitarismo científico distancia-se do preceito da pessoa humana como centro de nosso ordenamento jurídico, ao permitir a instrumentalização da pessoa humana na busca de finalidades egoísticas.

Assim é que, ainda que restem dúvidas quanto à existência da vida ou da inserção do embrião humano pré-implantatório na categoria de pessoa, deve se conceder ao menos o benefício da dúvida ao embrião, como ensina Meirelles (2002, p.176):

Lembra o autor que, se um determinado adulto se encontra inerte na via pública, não há condições imediatas de saber se é uma pessoa viva ou um cadáver. Mas ainda que não apresente sinais vitais como respiração e pulso, mesmo o profissional da Medicina não afirmará, antecipadamente, tratar-se de um cadáver. A atitude habitual será outorgar-lhe o benefício da dúvida, no sentido de promover-lhe toda assistência e, mediante uma sequência de atitudes, tentar reativar as suas funções biológicas. Logo, estará tratando daquele adulto inerte como se fosse uma pessoa viva, e não como se assim não fosse. Quando, por meio dos diversos processos de fertilização assistida é constituído o zigoto, ainda que biologicamente existam divergências se é ou não uma pessoa humana, é de se lhe outorgar, igualmente, o benefício da dúvida e respeitá-lo como pessoa, máxime sabendo-se que, mais tarde, poderá efetivamente tornar-se uma pessoa humana e, ainda que as pessoas já nascidas foram todas zigotos, no início de sua evolução.

Não se pode esquecer que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e, não, o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Assim, não restam dúvidas que o dever de proteção im-

posto ao poder público, inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra a sua própria dignidade, de acordo com Fachin (2001).

Hoje em dia, fica clara a existência de “revolução”, provocada tanto pela biotecnologia quanto pela biomedicina, e tais procedimentos acabam por trazer uma série de questionamentos que antes não eram pensados por este ou qualquer outro ramo do conhecimento.

Os assuntos que envolvem vida e morte de seres humanos, e por ser assim envolvem também a ética, o Direito, e, conseqüentemente, a bioética e o biodireito, de maneira que a esfera jurídica se revela vital para o debate a que se propõe, de modo que se estabeleça uma coexistência entre o progresso científico e a dignidade da pessoa humana.

Meirelles (2002, p.85) ainda pontua:

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos [...].

Os avanços tecnológicos e científicos são bem vindos, claro, mas devem vir acompanhado de reflexão e ética, que devem orientar este progresso esperado por todos; assim os temas do aborto; da eutanásia; da clonagem e dos embriões humanos são hoje assuntos que envolvem vida e morte de seres humanos, e, por ser assim, envolvem também a ética, o Direito, e, conseqüentemente, a bioética e o biodireito. As questões éticas são suscitadas, aliadas às legislações nacionais e internacionais, para que se alcance uma espécie de frenagem à ciência para aquilo que for considerado como ofensor à dignidade do ser humano.

Assim, entende-se que, o abrangente tema da engenharia genética deve ser tratado à luz dos compromissos jurídicos fundamentais constantes da CF/88, e, ter toda sua ação de acordo com os princípios constitucionais que asseguram proteção e dignidade à pessoa humana, a partir da concepção, o que tem aplicação direta ao Código Civil, tendo resultado na que chamada repersonalização do Código Civil.

A CF/88 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa humana. Esta renúncia patrimonialista chamada despatrimonialização, conduz a um processo de desmaterialização da riqueza, o que não significa a exclusão do patrimônio do Direito, mas, sim, a sua valoração qualitativa, no sentido deste ser produzido respeitando a dignidade da pessoa humana.

Entende-se, assim, por todo o exposto, que o embrião pré-implantatório deve ser protegido pelo direito, independentemente de estender-se a este o conceito de nascituro existente hoje no Código Civil; porém, compartilha-se do entendimento de que, se para o embrião humano pré-implantatório gozar de proteção e tutela jurídica, for preciso encaixá-lo em alguma categoria jurídica tradicional, a que melhor comporta a sua definição é a de nascituro, utilizando-se este termo em conceito amplo, de modo a abranger, genericamente, o fruto da concepção nas várias fases da vida pré-natal, incluindo-se o concebido no útero ou *in vitro*, ampliando o conceito tradicional de nascituro que pressupõe a concepção *in vivo*.

Fato é que o ordenamento jurídico não pode eximir-se de dar proteção jurídica ao embrião humano, pelo simples fato de tratar-se de vida humana, e o direito à vida, ser condicionante de todos os demais. É necessário, então, o estabelecimento de um termo que, a partir do qual, torne possível considerar caracterizada a pessoa e as condições que deva reunir para receber do ordenamento jurídico a proteção adequada; no entanto, admitindo-se a identidade pessoal do embrião humano, do ponto de vista ontológico, há que se entender, na lógica do personalismo realista que o embrião humano deve receber o tratamento de pessoa pelo ordenamento jurídico sob a ótica de Conti (2004).

Assim, mesmo que o início da personalidade do embrião humano e sua consequente condição de pessoa sejam retardados sob as mais diversas fundamentações, não restam dúvidas de que o embrião humano é dotado de natureza racional e por esta razão é pessoa, tanto quanto um recém-nascido, pois o que interessa é a natureza a qual pertence o indivíduo, não pairando dúvidas de que o embrião humano é pertencente à natureza humana, sendo fruto da fusão de materiais genéticos humanos como destaca Almeida (1999).

Dessa forma, de acordo com Conti (2004), tanto os embriões implantados, quanto os ainda não implantados, denominados no presente estudo de pré-

implantatários merecem proteção constitucional e conseqüentemente a tutela dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Em meio às aos debates existentes, e aqui expostos, acerca da origem da vida, é inegável, todavia, que não há como salvaguardar vida fora do útero sem a defesa da possibilidade sua existência, resultando assim, na proteção ao nascituro. Desta forma, para a defesa do nascituro, deve-se, essencialmente, proteger todo o período que antecede ao nascimento em si. Da mesma forma que se resguarda a criança após o nascimento, para que chegue à idade adulta, impelindo com a necessidade de preservar todos os períodos gestacionais desde a concepção. Que seja, a partir da fusão dos pró-núcleos outra coisa não pode ser gerada senão um ser humano, afinal ele já existe, mesmo que na forma embrionária, conforme anotado por Meireles (2002).

Significando, com isso que o nascituro titular de direitos, para efeitos jurídicos, diz-se que teve início sua personalidade. Não havendo assim outra possibilidade, porquanto seria impraticável que um ser humano não possuísse personalidade jurídica, obviamente que o nascituro é possuidor de capacidade para o exercício de direitos, mesmo que por meio de representação.

Ressalte-se ainda que mesmo as pessoas jurídicas possuem personalidade, sem que precisem de visibilidade fática, sendo assim muito menos ter vida. A pessoa jurídica é uma criação do Direito, ficção jurídica, uma construção que visa o melhor desenvolvimento de atividades em um meio social.

Cabe ressaltar que outros direitos podem ter marcos posteriores, tais como os direitos patrimoniais. O que não se deve admitir em uma sociedade civilizada e nor-teada por preceitos éticos é negar a personalidade jurídica a um ser humano, seja qual for seu estágio de desenvolvimento. Pois é inegável que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. Na vida, está inserida a dinâmica do mundo³⁹, o sentido de todas as coisas, o início e a razão da existência. De forma que a CF/88, em seu artigo 5º, *caput*, versa 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: (...).

Ainda neste sentido Diniz (2002, p.180) coloca que:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (Destaques da autora)

Ademais, em convergência com o posicionamento da eminente jurista, o nascituro tem salvaguardo apenas personalidade jurídica formal, ou seja, disposição para titularizar unicamente direitos personalíssimos. Tendo nascido com vida, aquele que era nascituro torna-se capacitado para adquirir personalidade jurídica material, titularizando também direitos patrimoniais, que, anteriormente ao nascimento, encontravam-se em estado potencial.

Pontue-se também que a autora faz menção aos embriões concebidos *in vitro*, dispensando-lhes tratamento igual àquele adjudicado ao nascituro, o que acarreta em um notável efeito material quanto às pesquisas e experimentos que fazem utilização de embriões humanos, realidade que vem se concretizando em grande parte das nações do mundo, como no Brasil, onde essas pesquisas são disciplinadas pela Lei nº 11.105/2005 — Lei de Biossegurança.

Portanto, de tudo o que acima foi exposto, pode-se visualizar a tamanha insegurança jurídica causada pelo advento da respectiva Lei, de modo a colocar os embriões em situação embaraçosa, tendo em vista que nem o trata como coisa, muito menos como pessoa, deste modo, fica uma parcialidade de posicionamentos que não dão nenhuma segurança para a sociedade.

Reflete-se sobre o posicionamento do Direito, que tende a ser a baliza em que toda a sociedade jurídica e científica deve se basear para solucionar os problemas que afetam a comunidade.

Deste modo, exige-se um posicionamento eficaz do ordenamento jurídico, capaz de salvaguardar não apenas os embriões, como salvar o patrimônio genético do país e principalmente à proteção integral da vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo diante de tanta polêmica e do manejo de conceitos, na sua maioria, não jurídicos percebe-se que é diverso o tratamento dispensado aos embriões excedentes, o que se apresenta alarmante na sociedade contemporânea, já que a vida e a morte têm tratamento diverso em cada país.

Inicialmente, é oportuno ressaltar que o debate proposto por este trabalho não se trata de questão religiosa, mas, sim, uma discussão voltada, especialmente, para os direitos humanos. A afirmação de que a vida começa na concepção não é dogma religioso, é algo que a esmagadora maioria dos manuais de embriologia e genética trata como questão indiscutível, mas que deve ser interpretada sob um bojo ético.

Fato é, que ainda que não se reconheça nos embriões excedentes a caracterização como “pessoa”, não há como negar a sua vinculação com a natureza humana, já que o embrião representa a fase inicial do desenvolvimento de um ser humano. Não se pode esquecer também que todas as pessoas já nascidas foram embriões e que, por isso, se assemelham a eles e por isso não devem ser considerados mais ou menos “pessoa” em razão de suas fases de desenvolvimento, já que o fim certo e esperado é o mesmo: a formação de um ser humano.

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana estão entre os direitos fundamentais contidos na CF/88 e são princípios basilares para o efetivo Estado Democrático de Direito, vigente no Brasil. Não obstante, a democracia aqui adotada e os princípios basilares são patentes no Estado Democrático de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais, e para se falar em garantias efetivas, no plano democrático, é fazer respeitar a vida humana, o que, não significa necessariamente a vontade da maioria.

Dessa forma, deve-se fazer uma reflexão quanto à “coisificação” dos embriões, pois não merecem tal tratamento, apenas por serem estranhos ao modelo clássico vigente em nosso ordenamento jurídico, que reconhece apenas os concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas ao nascerem com vida como nascituros, e os seres humanos ainda não concebidos como prole eventual.

O legislador, o sistema jurídico e, por conseguinte a sociedade deve proteger o embrião, ainda quando discorde da certeza de seu caráter ontológico de pessoa; isto deve ser feito em respeito à vida embrionária, como sendo a vida da pessoa em

que o embrião irá se tornar. Dessa forma, há que se reconhecer que o Direito deve se renovar adaptando-se às descobertas científicas, de forma que acompanhe os avanços tecnológicos e conseqüentemente litigiosos, que o mundo contemporâneo nos impõe.

Para tanto, verifica-se sobre a necessidade da criação de uma regulamentação própria, que seria neste caso, o Estatuto do Embrião, com a finalidade de resguardar devidamente os seus direitos, e regulamentar sua utilização, de modo a não deixar lacunas nem para o direito, nem para a sociedade, tendo em vista que deste modo, estar-se-ia alcançando os ditames da CF/88.

Ademais, pode-se afirmar que foram alcançados os objetivos propostos neste estudo constatando que todo ser humano, não importando o seu desenvolvimento físico ou maturidade mental, deve ter a dignidade protegida como atributo próprio, para exercê-la, sem subordinação, a qualquer outra pessoa. O entendimento de que o embrião não pode ser sujeito de proteção jurídica, significa restringir direito fundamental à dignidade da pessoa humana, a determinado período da vida, de forma que toda a sua extensão tornar-se-ia prejudicada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, M. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMORIM, F. B. S. **ADI nº 3510**: a atuação da AGU na defesa das pesquisas com células-tronco. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22877/adi-no-3510-a-atuacao-da-agu-na-defesa-das-pesquisas-com-celulas-tronco>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

ANDRADE, W. S. DE. **A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos909/a-tutela-juridica/a-tutela-juridica.shtml>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

ANDREAZZA, G. L. **A personalidade jurídica dos embriões excedentários e a dignidade da pessoa humana**. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22778/a-personalidade-juridica-dos-embrioes-excedentarios-e-a-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

BETTENCOURT, E. **O embrião é um de nós**. 2003. Disponível em: <<http://www.veritatis.com.br/inicio/blog/8256-o-embriao-e-um-de-nos>>. Acesso em 02 abr. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRAUNER, M. C. C. A Bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna. In: Anuário do Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

CLOTET, J. **Bioética**: uma aproximação. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução nº 1.358/92**. Dispõe sobre a reprodução humana artificial. Diário Oficial da União, Brasília, 19 nov 92. Seção I, V e VI, p. 16053.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

DIFÉRIA, A. **Clonagem**: aspectos jurídicos e bioéticos. Bauru: Edipro, 1999.

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 8ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ, C. V. **Biodireito**: A Proteção Jurídica do Embrião - *IN VITRO*. 1ª Ed. Editora Verbatim. São Paulo, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

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

HRYNIEWICZ, S.; SAUWEN, R. F. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3ª ed. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2008.

IACOMINI, V. (Coord.). **Biodireito e Genoma Humano - Perspectivas Jurídicas**. Ed. Juruá. Curitiba, 2012. 258 pgs.

IORRA, A. K. **Aspectos jurídicos da pesquisa com células-tronco embrionárias**. 2008. 36p. Monografia apresentada à PUC-RS para obtenção do grau de bacharel em Direito. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/alice_kramer.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2013

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2000.

KRELL, O. J. G. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos**. Ed. Juruá. Curitiba, 2009. 246 pgs.

LEAL, Fernando. Argumentando com o Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Arquivos de Direitos Humanos**, 7, Diretores: Celso de Albuquerque Melo e Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2005.

MACHADO, M. H. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Ed. Juruá. Curitiba, 2003.

MARTINS, Ives Gandra. **Direito Inviolável. A constituição Garante o Direito à vida desde a Concepção**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-28/constituicao_garante_direito_vida_concepcao> Acesso em: 14. mar. 2013.

MEIRELLES, J. M. L. de (Coord.). **Biodireito em Discussão**. Ed. Curitiba. Juruá, 2007. 178 pgs.

_____, J. M. L. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NETO, O. P. **Direito à Reprodução Humana Assistida, O - Da Teoria à Concretização Judicial**. Ed. Juruá. Curitiba, 2012. 152 pgs.

NICOLAU JÚNIOR, M. (Coord.). **Novos Direitos: Encadernação Especial**. Ed. Juruá. Curitiba, 2007. 704 pgs.

OLIVEIRA, U. A. **Tutela da vida e dignidade da pessoa humana: Aborto Eugênico**. 2012. 115p. Dissertação apresentada à Centro Universitário UNIFIEO como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2012/UILEMBERGUEM_ALVES_OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2013.

PEREIRA, A. K. N. **Proteção Constitucional do Embrião, A - Uma Leitura a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Ed. Juruá. Curitiba, 2012. 206 pgs.

PETRINI, J. C. **Considerações sobre a nota do CFM a respeito do aborto**. 2013. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/notas-e-declaracoes/11650-consideracoes-sobre-a-nota-do-cfm-a-respeito-do-aborto>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª edição. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2007.

SILVA, R. P. e. **Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos**. Editora LTr. São Paulo, 2003.

SILVA, De Plácido e, 1892-1964. *Vocabulário jurídico conciso/ De Plácido e Silca*; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, S. M. DE; LIMA, S. **Tratamento jurídico do embrião**. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7221/tratamento-juridico-do-embriao>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

VENOSA, S. de S. **Código Civil Interpretado**. 2ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2011.

_____, S. de S. **Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

_____, S. de S. **Lei de Biossegurança In: Direito Civil: Parte Geral**. 10ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2010

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.